

**UNIVERSITE LILLE II
FACULTE DE DROIT**

ANNEE UNIVERSITAIRE 2018/2019

MEMOIRE DE RECHERCHE

MASTER 2 DROIT PRIVE APPRONFONDI, MENTION DROIT SOCIAL

Simon FABRE

**LA DEROGATION EN MATIERE DE NEGOCIATION
COLLECTIVE**

Directrice de Mémoire :

Madame la Maître de conférence Mathilde CARON

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Que Madame la Maître de Conférence Mathilde Caron trouve ici l'expression de ma sincère gratitude pour l'énergie et le temps qu'elle m'a consacré, et pour avoir dirigé avec attention ce travail de recherche. Ses conseils méthodologiques me suivront.

Je tiens également à adresser mes remerciements à toute l'équipe pédagogique du Master II Droit privé approfondi, et particulièrement ceux qui composent la spécialité Droit social.

Enfin, je tiens à remercier tous ceux qui m'ont aidé et soutenu, par une critique, une suggestion ou tout simplement leur présence pendant mon parcours universitaire. Ils se reconnaîtront.

LA DEROGATION EN MATIERE DE NEGOCIATION COLLECTIVE

SOMMAIRE

Les numéros indiqués renvoient aux pages

Introduction générale	p. 2
1^{ère} partie – L’accroissement accéléré de la dérogation en matière de négociation collective, source d’adaptation de la norme	p. 15
Chapitre 1 – L’accroissement du phénomène dérogatoire en matière de négociation collective, source de flexibilité	p. 16
Section 1 - Le laboratoire de la dérogation en matière de négociation collective : le temps de travail	p. 16
Section 2 - L’extension progressive du domaine d’application de la dérogation	p. 26
Chapitre 2 – L’accroissement du phénomène dérogatoire en matière de négociation collective, source de concurrence des normes	p. 36
Section 1 - Les conflits entre les accords collectifs dérogatoires et les autres normes	p. 36
Section 2 - Les conflits entre les accords collectifs dérogatoires	p. 48
2^{ème} partie – Le constat prématuré du déclin de la dérogation au profit de la supplétivité en matière de négociation collective	p. 57
Chapitre 1 – La consécration de la supplétivité, source de retrait de la dérogation	p. 58
Section 1- Le changement de paradigme en droit du travail, source d’influence au service de la reconnaissance de la supplétivité	p. 58
Section 2 - La reconnaissance de la supplétivité, source d’influence au détriment de la dérogation	p. 68
Chapitre 2 – La survie de la dérogation, source de multipolarisation de l’autodétermination.....	p. 80
Section 1 - La survie de techniques dérogatoires exclusives de la supplétivité	p. 80
Section 2 - La survie de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité	p. 88
Conclusion générale	p. 99

LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique Droit administratif
Art.	Article
C.	Code
Cass.	Cour de cassation
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
Coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Ex.	Exemple
Ed.	Edition
Fasc.	Fascicule
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
In	Dans
N°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Préc.	Précité
R.J.S.	Revue de jurisprudence sociale
R.D.T.	Revue de droit du travail
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
V°	Voir
Vol.	Volume

Introduction

« Pourvu que je ne parle en mes écrits ni de l'autorité, ni du culte, ni de la politique, ni de la morale, ni des gens en place, ni des corps en crédit, ni de l'opéra, ni des autres spectacles, ni de personne qui tienne à quelque chose, je puis tout imprimer librement, sous l'inspection de deux ou trois censeurs »¹.

Le droit se pense actuellement au travers d'un nouveau schéma réflexif. Il convient désormais de penser le droit au prisme d'une transition paradigmatique annoncée : la postmodernité².

Cette nouvelle ère du droit est notamment marquée par une modification du rôle de l'Etat dans le phénomène de production normative. Est en effet observé un « dénouement du lien consubstantiel qui, au XXème siècle, attachait le droit à l'Etat »³ : l'empire du légicentrisme laisse progressivement place à celui de la norme négociée.

De manière symétrique, la suprématie du monisme juridique⁴ cède du terrain aux théories pluralistes⁵. Ces dernières rendent compte d'une prolifération des foyers de droit⁶ : le professeur Carbonnier parle de foisonnement des sources du droit pour caractériser ce phénomène contemporain⁷. Elles jaillissent du sol postmoderne, qu'elles soient infra étatiques,

¹ BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro* ou *La folle journée* (1784), Acte V, scène 3 : ici, la multiplication des exceptions dément l'intérêt de la règle. La liberté d'expression se réduit comme peau de chagrin au vu de la multiplication des exceptions qui y sont portées. En effet, la censure royale ayant remplacé la censure religieuse de la Sorbonne au XVIIe siècle : 79 censeurs avaient pour charge d'autoriser ou d'interdire livres ou pièces, selon leur moralité. La censure inquiète plus ou moins tous les philosophes, qui vont se faire éditer en Suisse, Hollande, Angleterre. Abolie par la Révolution, rétablie en 1797, de nouveau abolie, rétablie, etc., ce sera une longue histoire dans l'histoire, jusqu'au début du XXe siècle.

² P. MAISANI, F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 27, 1994, p. 443.

³ J.M. SAUVE, « La séparation des pouvoirs : efficacité, vertus, intérêts », *Deuxièmes entretiens du Jeu de Paume organisés par le Château de Versailles et l'Université de tous les savoirs*, Versailles, le vendredi 17 juin 2011.

⁴ Le monisme juridique s'entend ici de l'exclusivité étatique dans la construction « des limites officielles du phénomène juridique » (D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 242).

⁵ B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique, Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Tome I, coll. Inter-normes, 2016, p. 80.

⁶ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, dir. J. CLAM, G. MARTIN, *Droit et société* n°5, 1998, p. 32.

⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, 27^e édition, n°49.

comme les sources professionnelles, ou supra étatiques avec les normes issues de l'union européenne. La multiplication des sources emporte une hiérarchie brouillée, formant des boucles étranges.

Toutefois, cette affirmation doit être nuancée : l'Etat demeure au centre du réseau des ordres juridiques.

Il convient de souligner que la postmodernité s'attache à modifier le phénomène de régulation juridique, et que, dans cet objectif, elle entend approcher le réel.

Le droit postmoderne se déploie principalement par deux axes que sont l'autorégulation et la corégulation. Selon la distinction opérée par Jacques Chevallier, il conviendrait de parler d'autorégulation lorsque les sources privées du droit ne sont pas saisies par l'Etat postmoderne, alors qu'il convient de parler de corégulation dès lors qu'elles le sont⁸. Autrement dit, l'autorégulation suggère un droit consenti en ce qu'il est le fruit d'un processus autonome, tandis qu'il « y aurait corégulation chaque fois que des institutions publiques invitent des acteurs privés à établir eux-mêmes les normes devant régir leurs activités »⁹.

Le droit postmoderne se caractérise par son pragmatisme. Il entend resserrer les liens avec le réel, en prenant le contrepied du droit moderne : « à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité »¹⁰, qui sont les deux caractéristiques composant la flexibilité¹¹. L'adaptabilité ainsi promue fait du droit une technique de gestion et de gouvernance. « Le droit est désormais soumis à une obligation permanente d'adaptation : alors que le droit moderne était doté d'une relative stabilité, le droit postmoderne apparaît, tout comme celui de l'Etat providence, un « droit transitoire », à espérance de vie limitée, qu'on n'hésitera pas à modifier au gré des circonstances »¹². Le droit s'assouplit donc actuellement face au conjoncturel.

Cette affirmation trouve une réception d'une particulière intensité en droit du travail. En effet, ce dernier « tend à s'affirmer comme un outil d'organisation, de régulation, et d'épanouissement des activités économiques »¹³. Cette influence s'en ressent sur son esprit,

⁸ B. BARRAUD, *Le droit postmoderne, une introduction*, coll. Le droit aujourd'hui, l'Harmattan, 2017, p. 52.

⁹ B. BARRAUD, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰ J. CHEVALLIER, *art. préc.*, p. 36.

¹¹ F. CANUT, « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », *Sem. Soc. Lamy*, n°1680, 8 juin 2015 : « La flexibilité du travail, d'abord, à laquelle on se limitera ici, doit permettre à l'entreprise de s'adapter aux modifications de son environnement. Elle se décline en flexibilité interne et externe. La première peut être quantitative et se traduire, par exemple, par la faculté de moduler les horaires de travail. Elle peut aussi être qualitative et viser à développer la polyvalence et la mobilité des salariés. La seconde cherche à faciliter la rupture du contrat de travail et à adapter, par le biais de contrats précaires notamment, la quantité de main-d'œuvre aux besoins de l'entreprise. Il s'agit d'assurer la flexibilité par la gestion des effectifs ».

¹² J. CHEVALLIER, *art. préc.*, p. 38.

¹³ B. TEYSSIE, « Droit du travail et droit des affaires », *D.* 2004, p. 2698.

lequel « n'est plus seulement de protéger les travailleurs, mais de combiner cette vue avec des exigences économiques ou autres, devenues aujourd'hui si diverses et si pesantes qu'il est de moins en moins possibles de tenir à son propos un langage prophétique. Certains n'y ont jamais vu que le droit du capitalisme, d'autres y voient aujourd'hui un droit de gestion des salariés »¹⁴. Le droit du travail s'envisage ainsi comme un levier d'action afin d'accroître la productivité, au grand dam de certains¹⁵.

En conséquence, le droit post moderne est friand d'instruments juridiques qui promeuvent la production normative négociée tout en étant vecteurs de flexibilité. Cette nouvelle ère appelle des instruments de gouvernance propres à adapter la norme à la réalité de proximité, autrement dit à la rationaliser. C'est dans cette dynamique qu'intervient la technique dérogatoire.

Etymologiquement, « déroger » vient du latin « *rogare* » qui signifie « demander » ou « porter une loi » et du préfixe « *de* » qui veut dire « hors de ». « Déroger consisterait à placer une ou plusieurs situations en dehors de l'application d'une règle »¹⁶. Aussi, cela renvoie à l'idée que la dérogation désignerait un procédé qui permet d'échapper à l'application d'une règle normalement applicable. En somme, il faut en retenir la mise à l'écart d'une règle de droit¹⁷.

Toutefois, nombreux sont les auteurs à faire remarquer que cette définition ne permet pas de rendre compte avec précision de la notion : elle ne distingue pas la dérogation de mécanismes voisins ayant pour objet d'aménager, tout comme elle, la règle de principe¹⁸. Il est vrai que les notions de dispense, d'excuse, d'abrogation, d'exception, ou encore de règles parallèles ont eu à être départies de la notion, objet de notre intérêt.

Historiquement, la dérogation consistait, pour les nobles, à accomplir un acte qui entraînait la perte des droits et privilèges attachés à la noblesse, désignant alors le fait de « condescendre », « s'abaisser », « porter atteinte ». Cet usage est encore connu actuellement à

¹⁴ J. DEPRez, « La Cour de cassation », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 171.

¹⁵ P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015, p. 17.

¹⁶ F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 2.

¹⁷ Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, P.U.F. – Quadrige, 4^e éd., 2003, v^o Dérogation : « action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier ».

¹⁸ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse Bordeaux I, 1993, p. 3.

travers la déontologie de certaines professions au souvenir de la dérogeance féodale¹⁹. Il en ressort que la dérogation est une opération de transgression, de violation de la règle. Aussi, notamment du fait de cet héritage, « le mot dérogation s'est chargé d'un sens péjoratif, soit qu'on l'assimile à la « violation » de la règle écartée, soit qu'on la dise contraire aux intérêts de ceux qu'elle vise »²⁰.

Ainsi, le sens de la dérogation, altéré par les confusions entretenues et par la charge d'un sens historique peu reluisant, mérite de faire l'objet d'une clarification.

La dérogation est une notion que l'on retrouve dans de nombreuses branches du droit. Tant la notion y est présente, le droit public y a consacré de nombreuses analyses substantielles²¹. A titre d'exemple, le droit de l'urbanisme use abondamment de la technique dérogoire²².

Le droit privé n'est pas en reste puisque la dérogation y est courante. Il n'y a qu'à citer, pour s'en convaincre, le célèbre article 6 du code civil qui dispose que l'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Si la dérogation est proscrite, c'est seulement avec pour champ d'interdiction certaines lois qualifiées. Aussi apparaît-il que la dérogation innerve le droit français en général.

Loin d'être l'apanage du droit français, la technique dérogoire est également connue du droit communautaire²³ comme de systèmes de droit étrangers²⁴.

Force est donc de constater une certaine universalité de la notion de dérogation dans le monde du droit, ou tout au moins une grande importance : elle est présente dans différents systèmes juridiques, et dans différentes branches du droit. Cette étude se cantonnera en revanche à sons strict rayonnement national et interne.

¹⁹ Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, P.U.F.-Quadrige, 4^e éd., 2003, v^o Déroger.

²⁰ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 3.

²¹ Pour des exemples v^o A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse Bordeaux I, 1993 ; F. LEURQUIN de VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruylant, Bruxelles, 1991 ; P.-A. LECOQC, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, Thèse, Lille, 1971.

²² A. PERRIN, « Exceptions et dérogations : l'exemple du droit de l'urbanisme », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 145

²³ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, Economica, éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 215.

²⁴ Notamment les systèmes Allemand et Néerlandais.

Malgré cette présence récurrente, la dérogation ne fait pas l'objet d'une définition unique. Comme le soulignait le professeur Atias, « plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies »²⁵. La notion mérite alors d'être explicitée.

La focale sera ici penchée sur la dérogation en matière de droit du travail, puisque c'est l'objet de notre étude.

« La dérogation apparaît [...] comme une technique aussi ancienne que le droit du travail ou presque : dès la loi du 18 novembre 1814, quand la monarchie instaure le repos obligatoire les dimanches et les jours fériés, de nombreuses exceptions sont prévues »²⁶.

La notion de dérogation n'est donc pas nouvelle. Cet outil juridique n'est toutefois pas resté figé : il a évolué dans le temps.

La dérogation, « au sens moderne du terme »²⁷, est une action, à savoir une « opération juridique dynamique. Elle consiste dans une ou plusieurs situations déterminées, à mettre à l'écart l'application d'une règle normalement applicable, par substitution de règles différentes »²⁸.

Sa définition formulée, il convient de revenir sur chacun de ses éléments.

Dire de la dérogation qu'elle est une opération juridique dynamique emporte qu'elle n'est pas statique, qu'elle suppose une énergie cinétique. Concrètement, ce caractère dynamique évoque l'idée de choix de la part d'un acteur. En effet, véritable instrument de corégulation, la dérogation crée une relation entre le législateur qui prévoit la possibilité de déroger et l'acteur qui use de cette faculté. Or, user de cette faculté nécessite une action, un acte positif, un choix, ou encore un comportement. Le silence ou l'inaction de l'acteur ne saurait conduire à la dérogation, de sorte que l'action en est une condition.

« Lorsque la loi est exposée au jeu de la dérogation, les sujets de droit peuvent substituer à la règle impérative en principe applicable une réglementation individuelle distincte »²⁹.

Il ressort de cette énonciation que la dérogation est une faculté car les sujets de droit « peuvent » opérer une substitution. Ici, il est fait montre que comme toute faculté, la dérogation doit être

²⁵ C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137.

²⁶ *La dérogation, le droit et le travail (19^{ème}-21^{ème} siècle)*, Appel à commissions pour une journée d'étude (21 septembre 2018, Paris), CHATEFP, p. 1.

²⁷ P. LOKIEC, « Les idéologies de la simplification », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1677.

²⁸ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 13.

²⁹ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 216.

saisie par le biais d'une opération dynamique. Il en ressort également que la dérogation est une opération de substitution.

L'objet de la dérogation est effectivement « *substitutif* » : « l'action substitutive ne peut s'expliquer qu'en raison de l'existence d'un lien de filiation ou de dépendance entre les normes juridiques en présence »³⁰. Autrement dit, la dérogation nécessite l'existence de deux normes juridiques dépendantes qui connaissent un conflit du fait de l'identité de leur objet. Aussi, « la règle dérogatoire ne peut être comprise qu'en relation avec une autre règle du système juridique à laquelle elle se substitue. L'existence de deux normes en concours, celle nouvellement créée et celle en vigueur normalement applicable, est consubstantielle à l'exercice de l'action substitutive »³¹. Il convient alors de s'intéresser aux normes que met en relation l'acte de dérogation.

Pour que l'acte substitutif ait valablement lieu, la dérogation doit être légitime. Elle tient sa légitimité d'une habilitation à déroger. En effet, « la possibilité d'écarter une norme légale impérative ne peut se concevoir que si la loi le prévoit »³².

Dire que la loi doit prévoir une aptitude à la dérogation interpelle quant à savoir si l'habilitation à la dérogation ne peut être contenue que dans un acte normatif ayant valeur légale ou si un acte normatif de valeur différente peut valablement autoriser l'acte de dérogation.

Si le législateur a surtout utilisé la loi comme source habilitante à la dérogation, d'autres sources ont néanmoins sollicité la technique : les habilitations par voie réglementaire³³ et par voie conventionnelle³⁴ illustrent parfaitement que si l'autorisation expresse du législateur semble être requise, l'autorisation n'est pas toujours déterminée par le législateur lui-même.

La norme habilitante, en ce qu'elle prévoit la dérogation, prend en charge « sa propre violation »³⁵. Elle exprime en elle l'aptitude à être dérogée. Elle désigne alors souvent à cette fin un acteur compétent pour effectuer l'acte substitutif, autrement dit pour prendre la norme dérogatoire.

Initialement, la dérogation relevait surtout de l'autorité administrative. L'autorité compétente varie selon le domaine de la dérogation. Toujours est-il qu'ont pu être à ce titre

³⁰ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 22.

³¹ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 22.

³² E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 216.

³³ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 227.

³⁴ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 230.

³⁵ A. ROUYERE, *op. cit.*, p. 1.

compétents le préfet, le ministre du Travail, la direction du travail et de l'emploi ou l'inspecteur du travail : par le biais d'une autorisation de ces acteurs, l'employeur pouvait s'écarter d'une disposition impérative³⁶.

D'autres fois, la loi donne directement compétence à l'employeur pour s'écarter de telle ou telle disposition.

La période contemporaine connaît toutefois une nouvelle technique de la dérogation qui permet aux acteurs de la négociation collective « de déroger eux-mêmes sous conditions d'accords collectifs à certaines dispositions législatives »³⁷ : c'est la dérogation conventionnelle.

Ce nouvel outil dérogatoire rompt avec la conception traditionnelle de la dérogation en droit du travail : alors que naguère, la notion de dérogation n'interagissait pas avec la combinaison des sources en droit du travail, le pouvoir de dérogation confié aux partenaires sociaux par le biais des conventions et accords collectifs constitue une secousse à l'égard de l'édifice de la combinaison des sources du droit du travail. Alors que « les normes édictées aux niveaux décentralisés doivent présenter des dispositions plus favorables aux salariés que celles qui leur servent de fondement »³⁸, le principe de faveur fondant le caractère progressiste du droit du travail, « la dérogation remet en cause l'objectif de progrès social inhérent au droit du travail »³⁹.

Il convient ainsi ici de présenter le dispositif des sources en droit, et plus particulièrement en droit du travail.

Les sources du droit, envisagées comme « les fonts dont surgit le droit, ce qui l'engendre »⁴⁰ sont plurielles⁴¹.

Issu de la conception Kelsenienne, l'ordre juridique a été présenté sous la forme d'une pyramide : l'ordre juridique serait « un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »⁴². Elle connaît deux niveaux de lectures : l'un statique et l'autre dynamique.

³⁶ F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, éd. Panthéon-Sorbonne, 2007, p. 244.

³⁷ *La dérogation, le droit et le travail (19^{ème}-21^{ème} siècle)*, Appel à commissions pour une journée d'étude (21 septembre 2018, Paris), CHATEFP, p. 1.

³⁸ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 215.

³⁹ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 378.

⁴⁰ Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, P.U.F. – Quadriga, 8^{ème} éd.

⁴¹ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 7.

⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, 2^{ème} éd., rééd. Bruylant LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 2004.

Le premier fait état d'un rapport de subordination entre les sources : la norme supérieure dans la hiérarchie prime sur la norme inférieure ce qui conduit, en cas de conflit, à appliquer celle-ci. Le second rend compte d'un rapport de validité entre les sources. Une norme inférieure ne peut valablement exister que si une norme supérieure lui en a donné la compétence.

Toutefois, cette théorie n'a pas fait et surtout ne fait plus l'unanimité. L'époque contemporaine a vu naître de nouvelles sources du droit en vertu de la contractualisation, notamment individuelles (privées, professionnelles, négociées). Ces nouvelles sources interrogent l'efficacité de la conception hiérarchique des sources dans l'ordre juridique⁴³. Le renouvellement et la multiplication des sources aurait raison de la représentation pyramidale⁴⁴. Le droit en règle générale, et davantage le droit du travail, n'autorise pas de contempler une règle juridique isolément des autres : les normes doivent être regardées « qu'en articulation avec les autres sources du droit »⁴⁵. Contrastant avec l'habituelle paisibilité qui caractérise les sources du droit, le professeur Lyon-Caen dresse un tout autre constat à l'endroit des sources en droit du travail⁴⁶. Il faut retenir que « même si l'ordonnancement juridique est fondé pour partie sur une articulation hiérarchisée empruntée à la théorie kelsénienne [...], un système nouveau émerge, dominé par un phénomène d'autonomie »⁴⁷.

Le fondement de la pyramide des sources en droit du travail s'en retrouve ébranlé, de sorte qu'il a pu être soutenu que la dérogation était un instrument qui minorait forcément les droits des salariés. En effet, il est fréquent de présenter la dérogation « comme la caractéristique d'un contenu conventionnel défavorable aux salariés »⁴⁸. Véritable pomme de discorde, la question de savoir si la dérogation conventionnelle était la seule « dérogation *in pejus* » a fortement animé la doctrine.

Il est acquis que l'outil dérogatoire réalise la mise à l'écart de l'ordre public social : « une faculté de dérogation constitue très certainement une exception à l'interdiction de déroger

⁴³ S. FROSSARD, « La supplévitivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83 : « La diversité des sources juridiques des règles mobilisées en droit du travail est un de ses traits essentiels et l'une de ses principales richesses. L'articulation de ces différentes sources obéit depuis longtemps à des règles spécifiques, telle la règle de faveur, ainsi qu'à une certaine représentation de leur ordonnancement, faisant intervenir avec une intensité variable l'idée d'une hiérarchie ».

⁴⁴ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2282.

⁴⁵ F. FAVENNEC-HERY, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 767.

⁴⁶ G. LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p. 1031 : « spécialement mais non exclusivement dans cette branche qui constitue le droit du travail - contestations, ébranlements, séismes, dans la profondeur des sources, caractérisent les dernières années ; au point qu'un véritable dysfonctionnement du système juridique menace ».

⁴⁷ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸ F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : Les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, p. 808.

à une règle d'ordre public »⁴⁹. L'exception a pu être définie comme « tout ce qui permet d'écarter une règle de droit normalement applicable, lorsque sa finalité devient non souhaitable dans une situation particulière »⁵⁰. L'exception-dérogação s'entend selon le professeur Amselek de « ce qui est exclu d'une règle tenue comme première ou principielle, ayant vocation générale à s'appliquer et à prévaloir, mais qui est inclus dans une règle seconde spéciale amputant partiellement sa portée d'une réserve »⁵¹.

En qualité d'exception, la dérogação n'est admise qu'au cas par cas⁵². L'ordre public absolu ou relatif – social – de la loi en droit du travail cède sa place en pareilles hypothèses à un nouvel ordre public auquel il semble malaisé de donner une dénomination⁵³. La qualification d'ordre public « dérogeable »⁵⁴ sera ici retenue. Si la dérogação écarte quelque peu l'identité progressiste du droit du travail, lequel se « trouve au fondement de la construction de la hiérarchie des sources en droit du travail », « l'abandon de son caractère progressiste n'emporte pas pour autant modification de la pyramide elle-même. La force juridique de la loi d'ordre public est identique à celle de toute loi. Les sources qui mettent en œuvre ses prescriptions demeurent soumises à ses normes de structure. La mise en œuvre du phénomène dérogaire n'a d'effet que sur l'articulation des normes, non sur leur hiérarchie »⁵⁵.

Si la norme dérogaire réalise la mise à l'écart du principe de faveur, elle ne consacre pas pour autant un « principe de défaveur »⁵⁶. En effet, il faut rejeter de la définition de la dérogação toute analyse qualitative. Autrement dit, la dérogação serait une opération juridique de « conception neutre, non qualitative »⁵⁷. S'il est communément admis que la dérogação peut

⁴⁹ M.-L. MAURIN, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 423.

⁵⁰ J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, Coll. du centre Pierre Kayser, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 17.

⁵¹ P. AMSELEK, « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 13.

⁵² M. POIRIER, « La clause dérogaire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 887.

⁵³ Même si de nombreux auteurs s'y sont essayés : « ordre public économique », « ordre public de protection des intérêts de l'entreprise », « ordre public dit supplétif, conditionnel, différencié ou négocié », « ordre public conditionnel ou du troisième type ».

⁵⁴ F. CANUT, *op. cit.*, p.243 : « L'ordre public dérogeable, notion relativement récente, fait désormais partie intégrante du paysage conventionnel » ; « L'ordre public dérogeable est un néologisme qui servira ici à désigner les dispositions légales et réglementaires susceptibles d'être aménagées dans un sens indifférent à l'amélioration de la situation du salarié. L'expression sera préférée à celle d'« ordre public dérogaire », parfois employée. En effet, ce sont les conventions et les accords collectifs qui peuvent, parfois, devenir dérogaire, lorsqu'ils écartent une règle normalement applicable. L'ordre public, quant à lui, n'est pas « dérogaire » ; il « supporte la dérogação », ce qui est différent.

⁵⁵ F. BOCQUILLON, *La dérogação en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 379.

⁵⁶ Y. CHALARON, « L'accord dérogaire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 359.

⁵⁷ Y. CHALARON, *art. préc.*, p. 360.

conduire à péjorer la situation du salarié, il est également des situations dans lesquelles on ne peut en apprécier le caractère défavorable⁵⁸.

Certains auteurs avaient défendu l'idée selon laquelle « la dérogation est principalement conçue comme donnant naissance à des règles porteuses d'une protection supposée équivalente pour le salarié »⁵⁹. En effet, l'obligation de prévoir des garanties était envisagé comme mettant en œuvre une règle d'équivalence. Toutefois, l'histoire montrera que les garanties ne sont pas exigées de toutes les dérogations conventionnelles. De surcroît, il est « extrêmement délicat de procéder à une pesée des inconvénients de la dérogation et des avantages résultant de la contrepartie »⁶⁰. La règle d'équivalence ne trouve pas alors à s'appliquer.

C'est dire que la minoration des droits des salariés ne saurait être considéré comme un élément utile à la définition de la notion de dérogation.

Aussi, « si la faculté de dérogation permet d'adopter des clauses conventionnelles différentes dans tous les sens, ces clauses peuvent être effectivement moins favorables mais pas nécessairement »⁶¹. Il s'ensuit que l'opération de dérogation emporte une substitution de règles « différentes » : la dérogation est indifférente au principe de faveur⁶².

Si l'opération de dérogation s'envisage plus comme un mécanisme original d'articulation des sources que comme une véritable modification de la pyramide des sources en droit du travail, elle s'insère dans un dispositif hiérarchique classique des sources⁶³.

La norme habilitante et la norme dérogatoire éventuellement conclue ne peuvent disposer de manière illimitée des droits des salariés.

En premier lieu, la norme habilitante doit respecter la hiérarchie des normes constitutionnelles. A ce titre, « la loi ne peut habiliter des accords collectifs à faire ce que le Parlement ne pourrait faire lui-même, c'est-à-dire priver de garanties légales un principe

⁵⁸ P. ORTSCHIEDT, « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales. Evolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay*, éd. Peter Lang, 1994, p. 256 : « s'agissant de caractériser une clause dérogatoire, il n'est guère possible de se limiter à son caractère moins avantageux. Certaines dérogations peuvent avoir un caractère neutre, ou, à tout le moins, être considérées diversement par les salariés ».

⁵⁹ M.-A. SOURIAU, G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 184.

⁶⁰ F. BOCQUILLON, note ss. CE 17 mai 1999, *Syndicat Sud travail*, Dr. ouv. 1999, p. 373.

⁶¹ M.-L. MAURIN, art. préc., p. 423.

⁶² E. JEANSEN, op. cit., p. 240.

⁶³ E. JEANSEN, op. cit., p. 268 : « Le dispositif hiérarchique connaît une application classique en matière de dérogation ».

constitutionnel »⁶⁴. A l'identique, l'habilitation subit la tutelle des dispositions européennes, communautaires et non communautaires. En somme, la hiérarchie classique trouve à s'appliquer : la loi habilitante doit respecter les normes issues de sources qui lui sont supérieures.

En second lieu, la norme dérogatoire doit respecter les limites imposées par la loi d'habilitation elle-même. La liberté contractuelle de l'accord dérogatoire en ressort limitée, soit qu'elle soit cantonnée à des maxims ou des minimis, soit à un champ d'application *rationae personae*⁶⁵. Le domaine de la dérogation est donc circonscrit par la norme habilitante, laquelle peut également imposer des modalités particulières de mise en œuvre de la norme dérogatoire comme des garanties. La dérogation n'est donc pas incontrôlée.

De plus, comme les dispositions contraires au droit commun sont d'interprétation stricte⁶⁶, l'habilitation doit être interprétée strictement : le champ de la dérogation est limité à celui strictement défini au sein de la norme d'habilitation et il n'est point de dérogation licite sans norme habilitante qui la prévoit.

Si le domaine de la dérogation est méconnu, il est de principe d'annuler totalement la dérogation illicite du fait de l'atteinte portée à la légalité. Cette annulation, en raison du fait que l'accord dérogatoire outrepassa la hiérarchie des normes, prend la forme de la nullité⁶⁷. L'annulation totale peut toutefois nourrir des reproches en ce qu'il est possible qu'une seule clause dérogatoire soit illégale dans l'accord. La nullité totale ici aurait pour effet de se retourner contre les personnes qu'elle entendait protéger⁶⁸ et, en cela, décourager l'action en nullité. Si retirer la clause dérogatoire illicite ne modifie pas l'économie de la convention, cette dernière doit-être sauvée. A défaut, c'est l'acte collectif dans son entier qui suivra le sort de la clause dérogatoire litigieuse.

Si les effets de la nullité, rétroactifs, sont supposés rétablir la situation antérieure à l'acte illicite, et donc à l'endroit de l'accord dérogatoire, rétablir le régime antérieur à la conclusion de l'accord, le droit du travail se prête parfois mal à la reconstitution des droits des salariés. Aussi, la nullité ne vaut parfois, en cas d'impossibilité de rétablissement de la situation antérieure, que pour l'avenir.

⁶⁴ Y. ROBINEAU, « Loi et négociation collective – Rapport au ministre du Travail et des Affaires sociales, 15 mars 1997 », *Liais. soc. Doc.*, V, n°53/97, mardi 8 juill. 1997, p. 7.

⁶⁵ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁶ Du fait de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*.

⁶⁷ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁸ F. CANUT, « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411.

La question de la sanction pénale a également longuement occupé les commentateurs de la dérogation conventionnelle. Le Conseil constitutionnel, par une décision du 13 novembre 1982⁶⁹, a décidé à propos de l'ancien article L. 153-1 du Code du travail⁷⁰ que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention collective ayant force obligatoire à son égard peut faire l'objet d'une répression pénale dès lors que le législateur reste maître des incriminations et des peines qui leur sont attachées, ce qui ne porte pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

Initialement issue de la seule jurisprudence *Plessis*⁷¹, l'incrimination pénale s'évade du domaine strictement légal pour atteindre le droit conventionnel. Par la suite, un article L. 153-1 du Code du travail verra le jour. Il met en place une incrimination pénale pour les accords collectifs étendus dérogeant à des dispositions législatives ou réglementaires. Aussi, le non-respect d'un tel accord est désormais passible des mêmes sanctions que la violation de la règle législative ou réglementaire à laquelle il déroge⁷².

Si des auteurs ont émis le souhait d'une répression pénale étendue à tous les accords dérogatoires⁷³, le constat actuel est tout autre : on assiste à un « rétrécissement progressif du champ des incriminations pénales »⁷⁴ en matière de droit conventionnel.

Outre l'effet *substitutif* de la dérogation, cette dernière induit également un effet *suspensif*. La règle de base à laquelle il est dérogé ne fait pas l'objet d'une suppression : son existence juridique est maintenue, avec pour réserve qu'elle est suspendue lorsque la faculté de dérogation qu'elle offrait a été saisie dans une situation particulière. Aussi « la coexistence de règles différentes sur le même objet mais applicables à des situations de fait différentes, conduit à diversification des conditions de travail et d'emploi, source de concurrences entre entreprises et salariés »⁷⁵. La diversification des règles de droit du travail ainsi évoquée fait écho à ce qu'à chaque norme dérogatoire correspond une norme éventuellement différente, en plus de la norme dite « de base » qui continue à exister dans l'ordre juridique.

⁶⁹ DC Cons. constit. 10 novembre 1982.

⁷⁰ Devenu C. trav., art. L. 2263-1.

⁷¹ Cass. crim. 14 février 1978, *Bull. crim.* n° 58

⁷² E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 280.

⁷³ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 591.

⁷⁴ M.-C. AMAUGER-LATTES, « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 569 : « Ainsi, en dehors de prévisions légales ou réglementaires ponctuelles, depuis les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation de 1991, la sanction pénale du droit conventionnel se fonde dans l'article L. 2263-1 du Code du travail, dont les limites sont tellement étroites qu'il est permis de s'interroger sur son intérêt pratique ».

⁷⁵ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 129.

Vectrice de flexibilité, le développement de la dérogation conventionnelle serait fonction de la place que les politiques publiques entendent lui donner en concurrence avec d'autres mécanismes d'articulation.

Dans cette perspective, ce droit s'est attaché les services de la technique dérogatoire. Toutefois, la place de la dérogation au sein de la branche du droit évoquée fait l'objet d'une mobilité importante.

Il appert alors l'intérêt de se demander quel est son sort du fait des réformes successives qui sont venues alimenter le droit de la négociation collective.

La définition de la dérogation appliquée au droit de la négociation collective suscite l'hypothèse de recherche suivante.

La dérogation en matière de négociation collective a en premier lieu été une technique d'exception complexe d'adaptation de la norme, avant d'évoluer et de s'incorporer au sein de la supplétivité, système simplifié d'adaptation de la norme.

La dérogation envisagée comme mécanisme original d'articulation des normes en matière de négociation collective et comme outil de gestion flexible de l'entreprise a connu un large développement depuis sa reconnaissance. Cela est synonyme d'accroissement normatif de l'exception à la règle et traduit le souci d'adaptation à la loi qui anime le droit postmoderne à l'époque contemporaine (Partie I).

Confrontée au changement de paradigme en droit du travail, le sort de la notion de dérogation soulève des interrogations. La consécration de la supplétivité pourrait sembler y porter l'estocade, bien qu'une autre analyse nous conduise à envisager sa survie en faisant de la dérogation la règle (Partie II).

Partie I

L'ACCROISSEMENT ACCELERÉ DE LA DEROGATION EN MATIERE DE NEGOCIATION COLLECTIVE, SOURCE D'ADAPTATION DE LA NORME

Le phénomène de la dérogation conventionnelle altère le rôle traditionnel que s'assigne le droit du travail de progression de la norme sociale au profit d'une adaptation de celle-ci : la dérogation distille « une dose prédéterminée de souplesse »⁷⁶ dans la norme. Dans cette perspective, la dérogation conventionnelle est restée un phénomène d'exception, malgré certaines propositions qui auraient souhaité y voir une norme générale⁷⁷.

Toujours est-il que ledit phénomène a fait l'objet d'un développement accéléré. En effet, sa banalisation était prévisible⁷⁸. Aussi convient-il de retracer cet accroissement qui a étendu les domaines de flexibilité en droit du travail (Chapitre I).

L'accroissement de la dérogation conventionnelle, en ce qu'elle s'inscrit dans un ordre conventionnel établi, interroge également quant aux normes qu'elle va mettre en concours et les suites à donner aux conflits ainsi nés (Chapitre II).

⁷⁶ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁷ Certains auteurs ont en effet proposé un accroissement du champ de la dérogation. Cf. J BARTHELEMY, G. CETTE, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Dr. soc.* 2006, p. 31.

⁷⁸ Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 357.

Chapitre I : L'ACCROISSEMENT DU PHENOMENE DEROGATOIRE EN MATIERE DE NEGOCIATION COLLECTIVE, SOURCE DE FLEXIBILITE

La dérogation en matière de négociation collective a connu un fort développement depuis les années 1980 afin d'apporter davantage de flexibilité dans certains domaines du droit du travail. Toutefois, son essor n'a pas été instantané et égal dans tous les domaines touchés. Son apparition se fera en matière de temps de travail, traditionnellement envisagée comme son « cercle historique »⁷⁹ (Section 1). Ensuite, elle progressera vers d'autres domaines (Section 2).

Section 1

Le laboratoire de la dérogation en matière de négociation collective : le temps de travail

Le droit du temps de travail constitue traditionnellement un champ propice à l'expérimentation : on parle volontiers de « laboratoire des évolutions du droit du travail »⁸⁰ pour le qualifier. En cette qualité, le législateur y a vu le terreau fertile à la technique dérogatoire conventionnelle. En effet, cet aspect du droit du travail est de ceux qui nécessitent le plus de flexibilité. Il n'est donc pas étonnant de constater une attraction forte du temps de travail pour la dérogation.

Si cette dernière a alors pu y trouver le terrain favorable à son développement (§1), la multiplication des expérimentations emportera la généralisation de cette technique d'exception en la matière (§2).

§1. Le développement de la dérogation en matière de temps de travail

Initialement, « le droit du temps de travail était par excellence le domaine du droit étatique (et même, dans les années 1970, d'un droit d'ordre public absolu, puisque les modèles d'horaires prévus par la réglementation ne pouvaient pas être remplacés par d'autres, même "plus favorables aux salariés") »⁸¹.

Pourtant, c'est en ce domaine que la dérogation conventionnelle a été reconnue : après une tentative empruntée - qui s'apparente à un échec (A), cette technique se développera (B).

⁷⁹ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁰ M. MINE, « Droit du travail : la hiérarchie des normes est-elle inversée ? », *La Tribune*, 29 septembre 2017.

⁸¹ F. GAUDU, « Quelques conclusions.. », *Dr. Soc.*, 2010, p. 401.

A. La reconnaissance empruntée de la dérogation en matière de temps de travail

La première reconnaissance de l'aptitude à déroger par un accord ou une convention collective à des dispositions impératives⁸² a été reconnue à l'endroit du temps de travail, par le biais de l'ordonnance du 27 septembre 1967⁸³.

En effet, l'ancien article 31MB du Code du travail permettait de déroger, par convention étendue, aux modalités de répartition de l'horaire collectif⁸⁴ lesquelles étaient prévues par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 sur la semaine de 40 heures⁸⁵.

En son temps, l'insertion de cette faculté dérogatoire fut bien reçue par la doctrine, puisque le professeur Despax commentera à son égard que « la réforme est particulièrement opportune car la question des horaires de travail est l'une de celles qui concernent le plus directement la vie quotidienne des salariés. Là, plus que partout ailleurs, il est bon que le vêtement juridique puisse être taillé sur mesure »⁸⁶.

Pourtant, cette aptitude à la dérogation « ne sera pas appliquée »⁸⁷ : elle n'a été « guère exploitée et la réglementation de la durée du travail a continué à relever de la loi et de la convention »⁸⁸. En tout état de cause, cette ordonnance fut sur ce point un échec pratique, malgré les réjouissances doctrinales que son apparition a suscitées⁸⁹.

Issue d'une reconnaissance « empruntée », sans effet, l'aptitude à déroger par une convention à une disposition légale impérative à travers l'ordonnance de 1967 a sans doute pêché du fait de l'exigence d'un accord collectif étendu. La nécessité de l'extension de la convention, fruit d'un arrêté du ministère du Travail, fait montre que cette première tentative d'autonomisation par la dérogation en matière de temps de travail est, sinon frileuse, tout au moins prudente. Ici, l'idée que la dérogation est une technique d'autonomie encadrée⁹⁰ prend tout son sens. Il n'est pas question d'une libéralisation soudaine, mais plutôt d'une première étape de corégulation (on pourrait parler à cet égard de corégulation restreinte) : la norme

⁸² F. CANUT, *op. cit.*, p. 268.

⁸³ Ordonnance n°67-830 du 27 septembre 1967 sur l'extension des conventions collectives de travail.

⁸⁴ J. BARTHELEMY, *Droit de la durée du travail, temps de travail-aménagement-35 heures*, 2^{ème} édition, dir. B. TEYSSIE, Litec, 1998, p. 274.

⁸⁵ Loi du 21 juin 1936 instituant la semaine de quarante heures, *JO* du 26 juin 1936, p. 6699.

⁸⁶ M. DESPAX, « L'ordonnance du 27 septembre 1967 sur l'extension des conventions collectives de travail », *D.* 1968, p. chron. p. 147.

⁸⁷ M. MINE, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁸ F. CANUT, *op. cit.*, p.268.

⁸⁹ M. DESPAX, *art. préc.*, p. 147.

⁹⁰ C'est notamment la conception qu'a pu en développer le professeur JEANSEN (E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, Economica, éd. Panthéon-Assas, 2008).

s'assouplie mais l'Etat garde la main sur les secteurs d'activité qui peuvent en bénéficier en réservant cette faculté aux seules entreprises qui entreraient dans le champ d'application de conventions collectives étendues, qui ont donc acquis une portée réglementaire⁹¹.

La dérogation demeure ainsi sous une tutelle forte de la sphère administrative, marque d'une technique dérogatoire circonscrite.

Il ne faut toutefois pas minorer la portée qu'a pu revêtir cette faculté. Si elle n'a pas reçu application et manquait éventuellement d'ambition, elle représente tout de même la première possibilité de dérogation en matière de négociation collective. Elle semble donc en admettre le principe.

Ce faisant, elle bouscule l'idée selon laquelle un accord ne pourrait intervenir sur une question déjà tranchée par une norme étatique impérative, sans qu'il ne soit pour autant plus favorable aux salariés⁹². Cette ordonnance a constitué la première remise en cause de la combinaison traditionnelle des sources en droit du travail⁹³. « Dans ce cas particulier, un décret, dans la hiérarchie des normes juridiques, se trouve placé à un degré inférieur à celui attribué à l'accord collectif [...] qui, selon la plaisante expression de Carnelutti, est un monstre juridique au corps de contrat et à l'âme de loi »⁹⁴.

Aux termes de cette énonciation, cette « première pierre » de la dérogation en matière de négociation collective, plus précisément en matière de temps de travail, renforce la controverse de la double dimension de l'accord collectif en lui donnant du poids : à l'image des prescriptions du droit des obligations, le contrat serait la loi des parties⁹⁵.

De plus, il faut volontiers y voir le premier événement du majestueux monument de la hiérarchie des normes⁹⁶.

Son histoire serait alors celle d'un précédent qui inspirera de nombreuses interventions législatives postérieures. A ce titre, il convient de s'intéresser à la reconnaissance réussie de la dérogation conventionnelle dans ce domaine.

⁹¹ J. BARTHELEMY, « Le choix du niveau de négociation des accords dérogatoires », JCP E, 1985, 14995.

⁹² F. CANUT, op. cit., p.268.

⁹³ F. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. Soc.*, 2010, p. 379.

⁹⁴ M. DESPAX, *art. préc.*, p. 147.

⁹⁵ C. civ., art. 1103, à l'époque, c. civ., art. 1134.

⁹⁶ A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 202.

B. La reconnaissance réussie de la dérogation en matière de temps de travail

Prolongeant la reconnaissance, fut-elle seulement théorique et restreinte, d'user d'accords dérogatoires en matière de temps de travail, l'ordonnance du 16 janvier 1982⁹⁷ puis la loi du 13 novembre 1982⁹⁸ ont emporté une reconnaissance convaincante, élargie et plus profonde de la faculté de déroger à des normes impératives par des instruments conventionnels en matière de temps de travail. De nombreux auteurs⁹⁹ préfèrent en effet attribuer la paternité de la dérogation aux textes normatifs précités, considérant l'échec du dispositif consacré en 1967.

Suite à l'échec des négociations de branche supposées se tenir à la suite du protocole sur la durée du travail du 17 juillet 1981, la loi d'habilitation du 6 janvier 1982 donne pouvoir au gouvernement de légiférer afin « d'opérer une première réduction significative de la durée du travail pour atteindre l'objectif d'une durée hebdomadaire de 35 heures en 1985 ». Pour l'essentiel, l'ordonnance de 1982 reprendra le contenu du protocole. Cette dernière, si elle « introduit la cinquième semaine de congés payés et met en place les 39 heures, permet aussi de déroger à la loi en matière de modulation des horaires de travail par voie d'accords de branche ou d'entreprise »¹⁰⁰.

Ce faisant, le principe de la dérogation en matière de temps de travail trouve écho dans certains domaines.

Il se décline néanmoins en règles différentes quant au niveau de négociation prévu. Cela ne manque pas d'entacher sa lisibilité, et partant, d'en établir la complexité.

L'aptitude à la dérogation est parfois réservée aux accords de branches étendus : c'est le cas de la modification du contingent annuel prévu à l'article L. 212-6 du Code du travail¹⁰¹.

Parfois, la négociation étendue de branche fixe le principe dérogatoire, tandis que ses modalités seront fixées par accord d'entreprise ou par décision unilatérale de l'employeur ou après avis du comité d'entreprise et accord de l'inspecteur du travail. On retrouve ces facultés

⁹⁷ Ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, *JO* du 17 janv. 1982, p. 295.

⁹⁸ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail, *JO* du 14 nov. 1982, p. 3414.

⁹⁹ M. MINE, *op. cit.*, p. 12 ; J. BARTHELEMY, *op. cit.*, p. 274 ; F. CANUT, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁰ A. JOBERT, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 367.

¹⁰¹ C. trav., art. L. 212-6 ancien.

dérogatoires pour les équipes de suppléance à l'article L. 221-5-1 du Code du travail¹⁰², ainsi que pour le travail de nuit des femmes à l'article L. 213-2 dudit Code¹⁰³.

Enfin, est consacré le double niveau de négociation dérogatoire : sur certains thèmes, « la dérogation peut résulter aussi bien de la négociation étendue de branche que de l'accord d'entreprise »¹⁰⁴.

Les thèmes visés par le dispositif sont la modification des modalités de répartition, d'aménagement des horaires collectifs ou de récupération des heures collectivement perdues sur l'année¹⁰⁵, d'instauration de la modulation des horaires sur l'année¹⁰⁶, d'augmentation ou de diminution des montants des reports autorisés d'heures d'une semaine sur une autre en cas d'horaires individualisés¹⁰⁷, et enfin porter la durée effective du travail de dix heures à douze heures par jour¹⁰⁸.

La faculté dérogatoire, alors conçue comme un triptyque, rend compte qu'à chaque niveau conventionnel dérogatoire correspond une intention du législateur. Il est manifeste que, lorsque le législateur réserve la dérogation à la négociation étendue de branche, sa volonté est de conserver la main sur la technique dérogatoire : est mise en œuvre une flexibilité encadrée. A l'inverse, là où le législateur donne la main au double niveau de la branche étendue et de l'entreprise, il convient d'y voir l'empreinte d'un libéralisme qui se traduit par une flexibilité libérée. Toutefois, consacrer un double niveau de négociation brouille les pistes quant au niveau idéal de négociation de l'accord dérogatoire. Il aurait sans doute été préférable de désigner un seul niveau de négociation apte à déroger, afin de donner une signification claire à chaque niveau de négociation¹⁰⁹.

La loi du 13 novembre 1982 a posé le principe de la dérogation par la voie du simple accord d'entreprise. En effet, par l'ancien article L. 132-26 du Code du travail relatif au droit d'opposition, ladite loi « permettait aux organisations syndicales non signataires de s'opposer à l'entrée en vigueur des accords d'entreprise ou d'établissement dérogatoires »¹¹⁰. Ici, l'objet est donc de renverser la preuve de la légitimité (ou l'illégitimité) d'un accord dérogatoire. D'une

¹⁰² C. trav., art. L. 221-5-1 ancien.

¹⁰³ C. trav., art. L. 212-3 ancien.

¹⁰⁴ J. BARTHELEMY, « Le choix du niveau de négociation des accords dérogatoires », JCP EA, 1985, act. 14995.

¹⁰⁵ C. trav., art. L. 212-2 ancien, 3^{ème} alinéa.

¹⁰⁶ C. trav., art. L. 212-8 ancien.

¹⁰⁷ C. trav., art. L. 212-4-1 ancien.

¹⁰⁸ C. trav., art. L. 212-1 ancien.

¹⁰⁹ J. BARTHELEMY, *art. préc.*

¹¹⁰ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 254.

légitimité certaine en amont, par la nécessité d'une négociation de branche étendue, on passe à une mise en échec éventuelle de la légitimité en aval, par la constitution d'une opposition à la signature d'un accord d'entreprise.

Cette modification du curseur de la légitimité traduit une promotion forte de la technique dérogatoire. Ce n'est pas le seul domaine de cette loi au travers duquel la dérogation est confortée.

La loi du 13 novembre 1982 prévoit en effet également l'obligation annuelle de négocier dans toutes les entreprises où est constituée une section syndicale représentative¹¹¹ sur les thèmes prévus aux articles L. 132-27 à 29 du Code du travail¹¹². Lesdits thèmes sont de « ceux qui connaissent la dérogation. De ce fait, cette négociation annuelle, qui risque d'être subie par l'employeur si l'accent est surtout mis sur l'obligation dont le non-respect est un délit, peut être utilisée par le dirigeant s'il y voit la possibilité, grâce à la technique de dérogation, d'adapter les normes en matière [...] de temps de travail, aux caractéristiques particulières de l'activité et de l'objectif économique que l'on s'est fixé pour l'exercice social »¹¹³.

Force est de constater que la technique dérogatoire est ici soutenue : la création d'obligations annuelles de négocier sujettes à dérogation constitue une incitation importante des entreprises comprises dans le champ d'application de ces obligations à recourir à la technique dérogatoire.

Le « duo » normatif alors envisagé fait état que « le droit du temps de travail est devenu, dès le début des années 1980, le champ d'application par excellence des accords dérogatoires »¹¹⁴, en privilégiant « le droit négocié sur le droit imposé »¹¹⁵. La dérogation s'en retrouve propulsée. D'abord admise de manière restreinte, elle est rapidement libérée et manifeste de la volonté de flexibilité du domaine du temps de travail.

Aussi, si l'émergence et le développement de la technique dérogatoire ont été rapides en matière de temps de travail, forgeant ainsi la force de l'exception, ladite technique n'a pas tardé à se généraliser et venir abreuver – voire submerger – l'ensemble de cette matière.

¹¹¹ M. MINE, *op. cit.*, p. 13.

¹¹² Les salaires effectifs, la durée effective du travail, l'organisation de l'horaire. Les obligations annuelles de négocier sont désormais prévues aux articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail.

¹¹³ J. BARTHELEMY, *Droit de la durée du travail, temps de travail-aménagement-35 heures*, 2^{ème} édition, dir. B. TEYSSIE, Litec, 1998, p. 274.

¹¹⁴ F. GAUDU, *art. préc.*, p. 401.

¹¹⁵ A. SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.

§2. Le glissement vers la normalisation de la dérogation en matière de temps de travail

Suite à la reconnaissance d'aptitudes dérogatoires en matière de temps de travail, les lois qui se sont succédées rendent compte d'une multiplication du recours aux accords dérogatoires, renforçant l'idée, si besoin était, d'une libéralisation accrue de la dérogation dans ce domaine.

La loi du 28 février 1986 relative à l'aménagement négocié du temps de travail¹¹⁶, puis celle du 19 juin 1987 relative à la durée et l'aménagement du temps de travail¹¹⁷ « ont élargi le champ offert aux accords dérogatoires »¹¹⁸. Les facultés de dérogation connaissent alors une multiplication sans précédent au terme d'un flux législatif incessant¹¹⁹.

Il convient ici de distinguer les accords dérogatoires aux durées maximales de travail et aux repos minima (A) des accords dérogatoires aux règles relatives à la répartition du temps de travail (B).

A. Les accords dérogatoires aux durées maximales de travail et aux repos minima

Le législateur s'étant attaché à fixer des durées maximales de travail, des accords dérogatoires peuvent venir contourner ces maxima.

En effet, si une durée maximale quotidienne de travail est prévue, un accord collectif peut y déroger pour l'augmenter tout en respectant une limite¹²⁰.

Des dérogations permanentes peuvent également être apportées aux durées maximales de travail par la conclusion d'accords collectifs permettant la création de conventions de forfaits annuels en heures ou en jours avec des salariés cadres. Pareils accords collectifs sont envisagés comme dérogatoires en ce qu'ils autorisent la création de conventions qui emportent une émancipation voire une neutralisation de la durée du travail d'un salarié des maxima légaux en

¹¹⁶ Loi n° 86-280 du 28 fév. 1986 relative à l'aménagement négocié du temps de travail, *JO* 1^{er} mars 1986, p. 3208.

¹¹⁷ Loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et l'aménagement du temps de travail, *JO* 10 juin 1987, p. 6648.

¹¹⁸ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁹ Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JO* du 21 déc. 1993, p. 17769 ; loi n°96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnelles du temps de travail, *JO* du 12 juin 1996, p. 8719 ; loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *JO* du 14 juin 1998, p. 9029 ; loi n°2000-37 du 17 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JO* du 20 janv. 2000, p. 975 ; loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JO* du 18 janv. 2003, p. 1080 ; loi n°2005-296 du 31 mars 2005 de réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, *JO* du 1^{er} avr. 2005, p. 5858.

¹²⁰ C. trav., art. D. 212-16 ancien.

la matière. Ces accords sont retenus comme dérogatoires car ils sont bien souvent défavorables aux salariés concernés¹²¹. En ce qu'ils emportent un risque sur la santé des salariés susvisés, ils doivent tout de même répondre à des exigences¹²². Ici, la dérogation est donc bien présente, encadrée par des limites sanitaires.

Ces règles sont inspirées par la volonté de souplesse inhérente à la gestion de l'entreprise moderne. Elle inspire également celles relatives aux repos.

Le repos minima est effectivement un siège thématique de la dérogation : qu'il soit quotidien ou hebdomadaire, il peut faire l'objet d'accords dérogatoires qui l'aménagent.

Pour ce qui tient au repos quotidien, le législateur fixe une durée minimale de repos. Celle-ci peut néanmoins faire l'objet d'une adaptation conventionnelle, motivée par la nature de l'activité¹²³ ou par son surcroît¹²⁴. Une limite est tout de même prévue¹²⁵, tout comme des compensations¹²⁶ (par des périodes de repos, ou si c'est impossible, par des contreparties au moins équivalentes). L'existence de la faculté de déroger en la matière, si elle est reconnue, est néanmoins enserrée dans des cas particuliers sous des conditions strictes. La libéralisation et la flexibilité sont réservées à certaines situations en l'espèce, preuve que dérogation ne rime pas avec absence de régulation.

Pour ce qui tient au repos hebdomadaire, des accords dérogatoires de la même inspiration existent. S'il est prévu qu'un salarié ne peut être occupé plus de six jours par semaine, et que le jour de repos dont il bénéficie est en principe le dimanche, des dérogations sont posées mais sont bien souvent non conventionnelles. Une réserve réside dans la faculté de déroger par accord collectif à la durée de repos de deux jours consécutifs pour les travailleurs de moins de dix-huit ans « lorsque les caractéristiques particulières de l'activité le justifient » et « sous réserve qu'ils bénéficient d'une période minimale de repos de trente-six heures consécutives »¹²⁷.

¹²¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 270.

¹²² L. PERRIN, « Le droit à la santé et au repos et le forfait en jours », *Dalloz actualité*, 19 juillet 2011.

¹²³ C. trav., art. D. 220-1 ancien.

¹²⁴ C. trav., art. D. 220-2 ancien.

¹²⁵ C. trav., art. D. 220-3 ancien.

¹²⁶ C. trav., art. D. 220-7 ancien.

¹²⁷ C. trav., art. L. 221-4 ancien, al. 3.

B. Les accords dérogatoires aux règles relatives à la répartition du temps de travail

A côté des dérogations conventionnelles sur les heures maximales et repos minima de travail, des accords dérogatoires peuvent porter sur la répartition du temps de travail. « Ces possibilités de dérogation sont très nombreuses et contribuent à rendre la matière ardue et peu lisible »¹²⁸.

Il est établi que la répartition de la durée du travail est collective en entreprise. Cela signifie que le personnel d'une entreprise est supposé avoir les mêmes horaires. Or, la volonté de flexibilité liée aussi bien à l'activité exercée par l'entreprise qu'aux souhaits des salariés conduit à aménager l'idée d'une durée collective, notamment par le biais de dérogations conventionnelles qui matérialisent des durées individuelles de travail. L'individualisation des horaires de travail par voie d'accord collectif peut prendre sa source dans de nombreuses dérogations : instauration de travail en équipes, mise en place d'horaires individualisés, régime de modulation des horaires, réduction de la durée du travail par octroi de journées ou de demi-journées de repos...

La dérogation à l'horaire collectif de travail peut par ailleurs se conjuguer à une dérogation aux repos minima ou aux heures maximales de travail quotidienne et hebdomadaire : ici il y aurait une « technique de la dérogation dans la dérogation »¹²⁹, témoignant toujours davantage de la complexité qui règne en la matière.

Egalement, il existe des modules dérogatoires au module hebdomadaire. En effet, un accord collectif dérogatoire peut aménager la durée hebdomadaire du travail sur l'année ou sur une partie de l'année, avec néanmoins une limite¹³⁰. Un système de la même inspiration a été prévu pour un aménagement du temps de travail par cycles¹³¹.

D'autres dérogations sont possibles au sujet du travail à temps partiel. Ainsi est-il possible de déroger aux règles de répartition quotidienne de la durée du travail, comme sur le nombre et la durée des interruptions accordées aux salariés à temps partiel par accord dérogatoire.

¹²⁸ F. CANUT, *op. cit.*, p. 272.

¹²⁹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 273.

¹³⁰ C. trav., art. L. 212-8 ancien.

¹³¹ C. trav., art. L. 212-9, II ancien.

Plus que jamais, « les régimes se déclinent laissant une part de plus en plus grande à la dérogation »¹³².

Enfin, le droit du temps de travail pose pour principe le travail de jour sans le consacrer clairement. Toutefois, des accords collectifs dérogatoires peuvent prévoir le travail de nuit. En effet, c'est expressément indiqué aux termes de l'ancien article L. 213-1 du Code du travail qui énonçait le « caractère dérogatoire du travail de nuit ».

A l'issue de ces réformes légales du temps de travail, la matière apparaît pénétrée par la dérogation, ce qui a pu faire dire au professeur Ray qu'on « cherche presque vainement un domaine où la loi exclut aujourd'hui toute négociation permettant d'adapter les normes légales ou réglementaires à la situation concrète de l'entreprise »¹³³.

C'est dire que la dérogation, initialement envisagée en matière de temps de travail comme l'exception à la règle semble se généraliser. Toutefois, la prolifération d'exceptions n'est pas synonyme de mutation de l'exception en règle. Si tous les domaines du droit du temps de travail semblent être touchés, la dérogation demeure une simple possibilité : elle ne s'applique qu'en cas d'*action*, de manifestation de volonté. Le principe demeure l'application de la loi. « La décentralisation des sources du droit, à bien des égards souhaitable en pareil domaine, ne pourra se développer que sur la base de principes généraux de concordance des temps que seule la loi est en mesure de fixer »¹³⁴.

La matière du temps de travail, profondément marquée par le phénomène des dérogations conventionnelles, offre une flexibilité et une adaptabilité certaine aux entreprises désireuses de s'en emparer, au prix toutefois d'un « réseau de règles d'une complexité accablante »¹³⁵.

Forte de cette adaptabilité gagnée en matière de temps de travail, la technique de la dérogation conventionnelle a su conquérir d'autres domaines dans le cercle travailliste.

¹³² F. FAVENNEC-HERY, « Vers l'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p.794.

¹³³ J.E. RAY, « Les accords sur le temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 103.

¹³⁴ A. SUPLOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.* 1995, p. 954.

¹³⁵ J.-J. DUPEYROUX, « Quelques questions », *Dr. soc.* 1999, p. 984.

Section 2

L'extension progressive du domaine d'application de la dérogation

Initialement réservée au seul droit du temps de travail, la dérogation conventionnelle s'est rapidement affranchie de son cercle historique pour venir gagner des contrées nouvelles. Eu égard au succès qu'elle a rencontré, comme à la flexibilité qu'elle a su insuffler dans sa matrice originelle, il n'est guère surprenant de constater que le législateur ait souhaité l'étendre.

Cette extension a touché de nombreuses matières. Aussi, pour en rendre compte, seront étudiées la dérogation aux normes substantielles (§1) et la dérogation aux normes organisationnelles (§2).

§1. L'extension de la dérogation aux normes substantielles

La dérogation conventionnelle a d'abord été étendue à des normes substantielles. Pareil développement a trouvé un écho significatif en matière d'institutions représentatives de personnel (A), même si cette technique est apparue également dans d'autres domaines (B).

A. L'extension de la dérogation en matière d'institutions représentatives du personnel

Les institutions représentatives du personnel peuvent elles aussi être aménagées par l'effet d'une dérogation conventionnelle.

En effet, concernant la mise en place des institutions représentatives du personnel, la loi quinquennale dite loi Giraud de 1993¹³⁶ est venue poser les bases légales de la délégation unique du personnel, entérinant une aptitude dérogatoire : pour les entreprises de moins de 250 salariés, adopter une instance regroupée qui dérogerait à l'idée légale initiale de la représentation compartimentée. Toutefois, cette aptitude relève de la décision discrétionnaire de l'employeur. Ici, la dérogation n'était pas conventionnelle. Toutefois, la loi dite Rebsamen¹³⁷ de 2015, élargissant le champ des entreprises qui peuvent bénéficier de cette mesure¹³⁸ et intégrant le

¹³⁶ Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JO du 21 décembre 1993, p. 17769.

¹³⁷ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO du 18 août 2015, p. 14346.

¹³⁸ Les entreprises de moins de 300 salariés.

CHCST au sein de la réunion des mandats, a également prévu la possibilité d'une délégation unique conventionnelle : les entreprises de 300 salariés et plus ont pu opter par un accord pour une délégation unique du personnel aux termes de l'ancien article L. 2391-1 du Code du travail. « Au fond, à travers la possibilité de créer une instance de représentation unique via la conclusion d'un accord collectif, la loi élargit de manière inédite du domaine de la dérogation à ses propres dispositions. L'accord dérogatoire, déjà ouvert à l'exercice de leurs attributions par les représentants du personnel, s'inscrit désormais au cœur du principe de participation »¹³⁹.

Dans la perspective de cette mise en place conventionnelle de la DUP, « l'accord instaurant l'instance conventionnelle définit le nombre de représentants du personnel titulaires et suppléants élus au sein de l'instance, ce nombre ne pouvant être inférieur à des seuils fixés par décret en Conseil d'État en fonction des effectifs de l'entreprise ou de l'établissement »¹⁴⁰.

Plus encore, c'est tout le fonctionnement de l'instance mise en place qui peut faire l'objet d'aménagements conventionnels comme les modalités de fonctionnement et l'organisation des commissions.

En second lieu, les dérogations conventionnelles peuvent impacter la formation des élus chargés des missions dévolues aux membres du CHSCT. Dans les établissements où un CHSCT fait défaut, ce sont les délégués du personnel qui sont investis des missions normalement dévolues aux membres du CHCST. Ils bénéficient à ce titre de la formation que ces derniers auraient eu. Dans les établissements de 300 salariés et plus, pareille formation est calquée sur celle des membres du comité d'entreprise. Toutefois, pour les établissements de moins de 300 salariés, un accord collectif dérogatoire peut venir fixer une telle formation aux termes de l'ancien article L. 434-10 du Code du travail.

La matière de la représentation du personnel n'est pas la seule qui a connu l'extension du phénomène dérogatoire aux normes substantielles.

B. L'extension de la dérogation aux autres normes substantielles

Cette extension s'est en premier lieu attachée aux salaires, pour ensuite trouver application en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Il faut

¹³⁹ C. NICOD, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT* 2015, p. 554.

¹⁴⁰ D. BOULMIER, « Les syndicats, commis de cuisine de la malbouffe sociale », *Dr. soc.* 2015, p. 865.

également envisager les accords de participation salariale, et les contrats atypiques, la mise à la retraite, ainsi que la formation.

Tout d'abord, la dérogation conventionnelle a pénétré la matière salariale. En effet, « des accords dérogatoires peuvent aussi être conclus pour déterminer la majoration due au titre des heures supplémentaires, pour fixer un contingent d'heures supplémentaires inférieur ou supérieur à celui que déterminent les décrets, pour prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur équivalent ou pour modifier les périodes de références pour le décompte des heures supplémentaires et des repos compensateurs »¹⁴¹.

L'ancien article L. 212-5 II prévoyait qu'une « convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut, sans préjudice des dispositions de l'article L. 212-5-1, prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations prévues ci-dessus, par un repos compensateur équivalent ». Il s'agit sans conteste d'accords collectifs dérogatoires en ce qu'il est substitué « à une norme d'ordre public une règle différente »¹⁴². Cet article prévoyait également que, dans les entreprises dans lesquelles un délégué syndical n'a pas été désigné, cette faculté de substitution appartient à l'employeur sauf opposition du comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel. Ici, est réellement aménagée la possibilité de modifier la règle du paiement des heures supplémentaires en accordant un repos compensateur qualifié d'équivalent. Il y a donc bel et bien une aptitude dérogatoire.

La dérogation conventionnelle a également pénétré l'épargne salariale. A ce titre, « L'accord collectif qui a pour objet la mise en place d'un régime de participation aux résultats de l'entreprise peut lui-même prendre la forme d'un accord dérogatoire »¹⁴³ au sens de l'ancien article L. 442-6 du Code du travail. Ce sera le cas lorsque l'employeur souhaite établir un régime de participation qui diffère dans sa base de calcul de celui prévu par la loi¹⁴⁴.

Le domaine de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes fait également l'objet de possibilités dérogatoires.

¹⁴¹ F. PETIT, « L'ordre public dérogatoire », *RJS* n° 5/07, p. 391.

¹⁴² F. CANUT, *op. cit.*, p. 277.

¹⁴³ F. PETIT, *art préc.*, p. 391.

¹⁴⁴ C. trav., art. L. 442-2 ancien.

De l'embauche au déroulé de la relation de travail, le principe de la prohibition de la différenciation entre les salariés en raison du sexe innerve le droit du travail. Cela ressortait des anciens articles L. 123-1 du Code du travail issus de la loi *Roudy*¹⁴⁵. En ce sens, l'ancien article L. 123-2 disposait qu'« aucune clause réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération du sexe ne peut, à peine de nullité, être insérée dans une convention collective de travail, un accord collectif ou un contrat de travail ». Ledit article poursuit néanmoins en réservant certaines clauses dérogatoires. Ces dernières peuvent déroger à ce principe lorsqu'elles sont relatives à la protection de la maternité et à l'éducation des enfants comme au repos des femmes en couches ou allaitant leurs enfants. Force est de constater que ces dérogations permanentes¹⁴⁶ sont toutes relatives à l'état de grossesse et de maternité de la femme.

A côté de ces dérogations permanentes coexistent des dérogations temporaires. En effet, par le biais des anciens articles L. 123-3 et 123-4 du Code du travail, il est loisible de prendre des « mesures temporaires au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »¹⁴⁷. En réalité, elles sont qualifiées de mesures ou discriminations positives. Pareilles mesures peuvent résulter d'un plan pour l'égalité professionnelle mis en place au niveau de l'entreprise aux termes de l'ancien article L. 123-4 du Code du travail, faisant référence à l'article L. 132-26 qui démontre que c'est par la voie de l'accord dérogatoire que ce plan est pris. La limite érigée par le législateur à l'aptitude dérogatoire tient au caractère nécessairement temporaire des mesures visées¹⁴⁸.

L'aptitude à la dérogation conventionnelle dans ce domaine est d'un intérêt particulier puisque cela démontre que des accords dérogatoires peuvent intervenir dans des matières « touchant à des droits et à des principes fondamentaux »¹⁴⁹.

La matière du travail précaire est elle aussi impactée par le phénomène dérogatoire. Il est notoire que lorsqu'« à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat de travail à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité destinée à compenser la

¹⁴⁵ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 14 juill. 1983, p. 2176.

¹⁴⁶ F. CANUT, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴⁷ C. trav., art. L. 123-3 ancien.

¹⁴⁸ P. MARTIN, « l'égalité des sexes en droit (français) du travail : un principe en constante évolution », *Dr. ouv.* 1996, p. 441.

¹⁴⁹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 279.

précarité de sa situation »¹⁵⁰. Si en principe cette indemnité est fixée à 10% de la rémunération totale brute due au salarié, elle est ouverte à la dérogation par voie d'accord collectif. Toutefois, la dérogation est ici enserrée dans deux limites¹⁵¹ : d'une part, la dérogation doit avoir pour but « d'améliorer la formation professionnelle des salariés sous contrat de travail à durée déterminée » et l'indemnité ne peut être inférieure à 6% de la rémunération brute. Il est remarquable qu'ici la dérogation, souvent envisagée comme une minoration des droits des salariés, doive intervenir pour favoriser la formation professionnelle. L'idée de contrepartie y est largement présente.

Il est également à noter qu'un accord collectif étendu peut désigner les secteurs d'activités « pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité concernée et du caractère par nature temporaire des emplois concernées »¹⁵². Le professeur Petit soulignera le caractère dérogatoire de ces accords « puisqu'ils ont pour objet de restreindre le recours au contrat à durée indéterminée, lequel reste le contrat de droit commun »¹⁵³.

En matière de mise à la retraite, l'accord dérogatoire a également fait son apparition. En effet, si l'âge légal requis pour prononcer une mise à la retraite est de 65 ans depuis la loi de 2003 portant réforme des retraites¹⁵⁴, l'ancien article L. 122-14-13 du Code du travail autorisait l'employeur à précipiter la mise à la retraite d'un salarié de moins de 65 ans s'il peut justifier d'une dérogation par accord collectif étendu, lequel doit prévoir des contreparties en termes d'emploi et de formation professionnelle et avoir été conclu avant le 1^{er} janvier 2008. Ici, le caractère dérogatoire de l'accord est indéniable, puisque l'âge de départ à la retraite de droit commun est de 65 ans. Il y est ainsi porté dérogation. Là encore, la dérogation conventionnelle est encadrée par le législateur en ce que des garanties qualitatives doivent être prévues et en ce que cette possibilité est limitée dans le temps.

Enfin, des accords dérogatoires peuvent venir aménager la formation. En premier lieu, de tels accords peuvent impacter la formation professionnelle des salariés. « En décidant qu'on appliquera aux bénéficiaires d'un congé de formation les dispositions des articles L. 931-8-2 et L. 931-9 du Code du travail en l'absence d'accord ou de convention sur le même

¹⁵⁰ C. trav., art. L. 122-3-4 ancien.

¹⁵¹ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵² C. trav., art. L. 122-1-1, 3^o ancien.

¹⁵³ F. PETIT, *art. préc.*

¹⁵⁴ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JO du 22 août 2003, p. 14310.

sujet, le législateur autorise sur le sujet une négociation dont il faut bien admettre le caractère dérogatoire »¹⁵⁵.

La technique de la dérogation conventionnelle s'est donc multipliée à travers les normes substantielles dans de nombreux domaines. Cet accroissement s'accompagne d'un mouvement similaire quant aux normes organisationnelles.

§2. L'extension de la dérogation aux normes organisationnelles

L'extension de la dérogation par voie conventionnelle par-delà ses terres natales du temps de travail a également impacté les normes organisationnelles, c'est-à-dire les normes qui ont vocation à organiser ou préparer un processus (de vote ou d'accord ultérieur). Appliquée à notre endroit, la définition évoque les accords préélectoraux (A) et les accords de méthode (B).

A. L'extension de la dérogation aux normes organisationnelles par les accords préélectoraux

Les modalités de mise en œuvre des élections professionnelles ont en effet été touchées par le phénomène dérogatoire.

La loi a posé pour principe que les élections professionnelles se tenaient pendant le temps de travail¹⁵⁶. Il est toutefois précisé qu'un « accord contraire peut être conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise, notamment en cas de travail en continu ». Il est remarquable que cet accord, dérogatoire en ce qu'il paralyse la prévision légale au profit d'une règle différente, nécessite l'unanimité. Cela s'explique par le fait que l'accord préélectoral en la matière, plus qu'un accord opposant les signataires salariés et employeurs, constituerait un pacte entre organisations syndicales rivales. « Il n'est donc pas possible de permettre que certaines de ces organisations puissent, avec le seul accord de l'employeur, imposer leur loi aux autres »¹⁵⁷.

¹⁵⁵ F. PETIT, *art. préc.*

¹⁵⁶ C. trav., art. L. 2314-22 ancien pour les élections des délégués du personnel ; C. trav., art. L. 2324-20 ancien pour les élections des élus au comité d'entreprise.

¹⁵⁷ A. SUPIOT, « Les accord préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115.

Une circulaire d'application¹⁵⁸ est venue préciser que pareil accord ne peut concerner que les catégories de salariés auxquelles il permet ou facilite le vote. Aussi, y sont inclus les salariés qui travaillent à l'extérieur de l'entreprise ou en dehors des heures normales d'ouverture.

Cette aptitude à la dérogation conventionnelle apparaît indispensable, en ce qu'en adaptant le moment de l'élection, l'accord dérogatoire vise à permettre à tous les salariés d'exercer leur droit de participation à l'entreprise : il doit être nécessaire au bon déroulement de l'élection.

En cela, l'accord préélectoral supporte bien une aptitude à la dérogation conventionnelle quant au moment de l'élection.

Ce type d'accord fait particulièrement montre du caractère indifférent de la dérogation à l'égard de la péjoration des droits des salariés, puisqu'elle a pour objet de permettre le vote, donc d'améliorer leurs situations.

La dérogation se retrouve également quant au nombre et à la composition des collèges électoraux à cet égard.

« Il appartient à l'employeur d'engager la négociation d'un protocole d'accord préélectoral en vue, notamment, de répartir le personnel entre les collèges électoraux »¹⁵⁹ avant la tenue d'élections professionnelles. Aussi, si la loi a érigé en principe que le nombre de collèges électoraux était de deux¹⁶⁰, un accord préélectoral dérogatoire peut valablement tout à la fois modifier le nombre comme la répartition des sièges entre les collèges. A titre d'exemple, il peut être créé un collège supplémentaire de cadres, à condition de bien déterminer et préciser la composition du collège ainsi créé. Le garde-fou tient encore ici à l'unanimité de l'accord¹⁶¹. La grande flexibilité laissée aux partenaires sociaux sur ces points rend compte du soutien apporté au développement des élections professionnelles : le pari est qu'à adapter les modalités desdites élections, le nombre d'électeurs augmentera ce qui sera source d'une meilleure démocratie sociale, dans un souci de légitimation de l'activité syndicale en France.

L'extension de la dérogation vers les normes organisationnelles ne saurait se résumer aux seules aptitudes dérogatoires à l'endroit des accords préélectoraux : elle a su également pénétrer le domaine des accords de méthode.

¹⁵⁸ Circ. Du 25 oct. 1983 relative à l'application de la loi n°82915 du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *JONC* du 20 déc. 1983, p. 11211.

¹⁵⁹ F. PETIT, *art. préc.*

¹⁶⁰ Le premier rassemble les ouvriers et employés tandis que le second comporte les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés.

¹⁶¹ C. trav., art. L. 2314-10 ancien pour les élections des délégués du personnel ; C. trav., art. L. 2324-12 ancien pour les élections des élus au comité d'entreprise.

B. L'extension de la dérogation aux normes organisationnelles par les accords de méthodes

« Ce qui caractérise la négociation de l'accord de méthode, c'est qu'elle ne porte pas encore sur le fond des problèmes. Elle porte sur les procédures de négociation ou de concertation qui seront mises en œuvre en vue de leur traitement »¹⁶². L'accord de méthode serait donc un accord sur la procédure d'une négociation à conduire.

Fort d'un développement « hors de tout cadre légal »¹⁶³ « sous l'impulsion de cabinets conseils intervenant dans des opérations de restructuration »¹⁶⁴, ledit accord est intervenu initialement en matière d'information ou de consultation du comité d'entreprise afin d'aménager la procédure applicable au moment où l'employeur envisage de prononcer le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une période de trente jours.

L'expérience de cette pratique a rapidement été confortée en tant que dispositif expérimental aux termes de la loi dite « Fillon I »¹⁶⁵, puisque cette dernière permet « aux partenaires sociaux de négocier les modalités d'information et de consultation du CE en dérogeant à certaines dispositions du Code du travail pour les procédures lourdes de licenciements pour motif économique »¹⁶⁶. Ici, on négocie donc sur « les pouvoirs même du comité d'entreprise ; l'organisation des réunions du comité ; les contre-propositions qu'il peut élaborer ; la manière dont la direction doit motiver ses réponses »¹⁶⁷.

Il est ainsi manifeste que l'accord de méthode est un accord dérogatoire, en ce que la loi même dispose qu'il déroge aux livres III et IV du Code du travail, ce que vient notamment conforter une circulaire¹⁶⁸. Cette aptitude à la dérogation conventionnelle est saluée en ce qu'elle permet que la procédure soit « adaptée à chaque situation, c'est-à-dire à chaque contexte particulier mais aussi au projet managérial. C'est bien pour rendre plus efficace la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement économique et sur le plan

¹⁶² G. COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1152, p. 6.

¹⁶³ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 227.

¹⁶⁴ J. BARTHELEMY, « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1152.

¹⁶⁵ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JO* du 4 janv. 2003, p. 255.

¹⁶⁶ P.H. ANTONMATTEI, « Licenciements économiques et négociation collective un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.* 2003, p. 486.

¹⁶⁷ G. LYON-CAEN, « Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emploi », *Dr. ouv.* 2002, p. 561.

¹⁶⁸ Circ. DGEFP/DRT/n° 2003-3 du 26 février 2003 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.

social qui en découle que la loi Fillon a organisé la possible dérogation, par voie d'accord collectif d'entreprise, à une partie des règles légales »¹⁶⁹. Il convient toutefois d'énoncer que « sont exclues de tels accords les obligations légales sur l'adaptation à l'emploi et le reclassement » auquel il ne peut être dérogé¹⁷⁰.

Ce dispositif, fort de son succès¹⁷¹, a fait l'objet d'une pérennisation par la loi du 18 janvier 2005¹⁷².

Sur le plan de la technique dérogatoire ici, ce sont tout d'abord les modalités de consultation du comité d'entreprise qui peuvent être aménagées. Toujours est-il que l'accord de méthode dérogatoire ne peut priver d'effet utile la consultation du comité d'entreprise¹⁷³. L'accord dérogatoire connaît donc des limites¹⁷⁴.

Toutefois, avec la loi de 2005 précitée et l'introduction de l'ancien article L. 320-3 du Code du travail, il est prévu des facultés de dérogation qui font sortir l'accord de méthode de son orbite procédurale : d'une part l'accord de méthode peut se transformer en un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et d'autre part il peut déterminer les conditions d'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi¹⁷⁵.

Aussi, le champ de l'accord de méthode en ressort-il considérablement élargi quant à son caractère dérogatoire, liant fond et forme : « la loi convie à l'avenir la négociation à orienter et à prédéterminer l'intégralité du processus du licenciement économique, visant à la fois la phase de formation du plan et les mesures qui devront être envisagées à cette occasion »¹⁷⁶. L'objectif poursuivi ici est évidemment de « renforcer le rôle de la négociation collective en matière de licenciement pour motif économique »¹⁷⁷.

Consacrant la possibilité de déroger conventionnellement sur la procédure en matière de licenciement pour motif économique lourd, le législateur n'entend pas spécialement porter atteinte aux garanties procédurales des salariés mais plutôt d'optimiser la procédure : « une telle

¹⁶⁹ J. BARTHELEMY, *art. préc.*

¹⁷⁰ M. COHEN, « Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc.* 2005, p. 395.

¹⁷¹ Accords de méthode - Bilan d'étape de la DGEFP (septembre 2004) in *Liaisons sociales* du 4 janv. 2005 (C 3, 445). V. *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1194, p. 3.

¹⁷² Loi n°2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* du 19 janv. 2005, p. 864.

¹⁷³ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷⁴ La consultation du comité d'entreprise doit avoir lieu avant toute prise de décision de la part de l'employeur ; un délai suffisant doit être laissé au comité d'entreprise avant qu'il ne donne son avis sur le projet ; l'accord ne peut déroger aux dispositions égales en cas de redressement et de liquidation judiciaire.

¹⁷⁵ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷⁶ S. NADAL, « Négociation collective et licenciement économique : propos introductif sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail », *Dr. ouv.* 2005, p. 308.

¹⁷⁷ P.H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude » », *Dr. soc.* 2005, p. 402.

pratique a l'immense avantage de permettre que les règles de procédures, conçues par les acteurs de la concertation eux-mêmes, soient considérées par eux comme la loi commune aux parties. Ainsi, aucun litige ne naîtra d'interprétations divergentes des règles du jeu, en même temps que celles-ci permettront la création d'outils adaptés au contexte et à l'objectif poursuivi ; l'efficacité de la consultation en sera inévitablement accrue »¹⁷⁸.

Certains verront dans cet « espèce de droit interne à l'entreprise ou au groupe » un « déguisement contractuel étouffant »¹⁷⁹. Toujours est-il que les accords de méthode constituent un vecteur de flexibilité, caractéristique de l'autorégulation prisée du droit post-moderne.

La dérogation conventionnelle s'est en effet installée sur le terrain des normes organisationnelles, notamment par les accords préélectoraux et les accords méthodes. Cette progression dans l'autodétermination de l'organisation de la norme est un pas de plus dans l'affirmation de la technique dérogatoire en droit de la négociation collective.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le droit conventionnel se caractérise notamment par la naissance et la multiplication des accords dérogatoires depuis les années 1980¹⁸⁰.

Initialement réservés au seul domaine du temps de travail dans lequel ils ont éclos, lesdits accords se sont rapidement propagés au-delà leurs « terres natales », que ce soit par des normes substantielles comme organisationnelles du droit du travail.

En filigrane, c'est la multiplication des aptitudes à la flexibilité et à l'individualisation de la norme. Partout où s'étend la dérogation est observé un accroissement de la faculté d'adapter la norme. Le fait que l'accord dérogatoire irrigue un nombre croissant de matières en droit du travail fait montre de la transition vers un droit « gestionnaire »¹⁸¹ qui caractérise le droit du travail depuis bientôt quarante ans.

¹⁷⁸ J. BARTHELEMY, *art. préc.*

¹⁷⁹ P. RENNES « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du travail) », *Dr. ouv.* 2005, p. 316-317.

¹⁸⁰ F. CANUT, *op. cit.*, p. 349.

¹⁸¹ A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 218 ; J. BARTHELEMY, « La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580.

Chapitre II : L'ACCROISSEMENT DU PHENOMENE DEROGATOIRE EN MATIERE DE NEGOCIATION COLLECTIVE, SOURCE DE CONCURRENCE DES NORMES

Le développement de la dérogation conventionnelle emporte la création d'un nouveau type d'accord collectif. Si certains ont voulu les réduire à ceux qui s'opposent « aux dispositions conventionnelles, qui en application des principes généraux du droit du travail s'entendent comme instituant un régime plus favorable que le minimum légal »¹⁸², ce qui est contestable¹⁸³, il n'en demeure pas moins que leur apparition conduit à interroger la fonction progressiste du droit conventionnel du travail.

Aussi, si initialement le concours de normes conventionnelle était résolu à l'aune du seul principe d'application de la disposition la plus favorable au salarié, qu'en est-il lorsque s'insère dans ce débat un accord dérogatoire ?

« L'accord dérogatoire peut entrer en conflit avec d'autres normes., le fait qu'il mette à l'écart la norme à laquelle il déroge ne le mettant nullement à l'abri de l'application concomitante d'autres règles »¹⁸⁴. Il faut alors étudier ces hypothèses d'embouteillages au carrefour conventionnel.

Seront à ce titre successivement envisagés les conflits que les accords dérogatoires peuvent connaître avec les autres normes conventionnelles (Section 1), puis ce qu'ils peuvent connaître entre eux (Section 2).

Section 1

Les conflits entre les accords collectifs dérogatoires et les autres normes

L'accord collectif dérogatoire, s'il réalise la mise à l'écart de la norme à laquelle il déroge, peut néanmoins se trouver en situation de concurrence avec d'autres normes professionnelles.

Aussi faut-il d'une part envisager le conflit entre ledit accord et d'autres accords dits de droit commun (§1), et d'autre part le conflit qui l'oppose à un contrat individuel de travail (§2).

¹⁸² J. AUROUX, *JOAN* du 12 juin 1982, p. 3281.

¹⁸³ J.-P. ANCIAUX, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n°1233) relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, n°1273, 3 déc. 2003, p. 38.

¹⁸⁴ F. CANUT, *op. cit.*, p. 304.

§1. Les conflits entre un accord collectif dérogatoire et un accord collectif de droit commun

Les hypothèses de conflits entre accord collectif dérogatoire et accord collectif de droit commun seront envisagées lorsque ces derniers sont au même niveau (A) ainsi que lorsqu'ils sont situés à des niveaux différents (B).

A. Les conflits entre accords collectifs de mêmes niveaux

C'est le principe de faveur qui trouve à s'appliquer pour régler les conflits entre conventions collectives de droit commun de mêmes niveaux. Cette question résolue, il faut s'interroger sur la véracité de cette énonciation en présence d'un accord dérogatoire.

Si le principe qui a été retenu en matière de concours d'accords collectifs de mêmes niveaux est celui de l'application de la disposition plus favorable, soit du principe de faveur, d'autres solutions auraient pu être adoptées lorsque l'un d'eux présente un caractère dérogatoire.

A ce titre, il est naturel de penser au principe de l'application de la convention collective la plus récente¹⁸⁵ comme au principe de l'application de la convention collective antérieure¹⁸⁶. Aussi, invoquer ici le critère de la *lex posterior* revient à considérer qu'un accord dérogatoire est intervenu postérieurement à un accord de droit commun. En revanche, le critère de la *lex prior* vient au soutien de l'accord dérogatoire auquel succède un accord de droit commun.

Ces hypothèses présentent un intérêt en cas de succession de conventions collectives et de mise en cause de ces dernières.

Evoquer l'hypothèse de la succession de conventions collectives consiste à se demander si, en cas de conflits de conventions collectives dans le temps, les critères chronologiques sont amenés à jouer un rôle.

Dans le cas de la révision d'un accord collectif, cette situation ne présente guère de difficulté : la *lex posterior* a été consacrée par le législateur. L'avenant portant révision de tout ou partie d'une convention ou d'un accord se substitue de plein droit aux stipulations de la

¹⁸⁵ Le principe dit de la *lex posterior*.

¹⁸⁶ Le principe dit de la *lex prior*.

convention ou de l'accord qu'il modifie¹⁸⁷. Aussi, c'est la convention la plus récente qui va trouver à s'appliquer¹⁸⁸, qu'elle soit dérogatoire ou non.

L'hypothèse de la dénonciation d'une convention collective suivie d'un accord de substitution connaît une logique similaire : l'article L. 2261-10 du Code du travail prévoit en son premier alinéa que « lorsque la dénonciation émane de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés, la convention ou l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ». C'est dire que l'accord de substitution s'applique de manière exclusive, qu'il soit plus ou moins favorable que l'accord dénoncé. En l'occurrence, le caractère dérogatoire de l'outil conventionnel est indifférent dans les cas évoqués de succession de conventions collectives en ce qu'en la matière, le principe de faveur est écarté au profit de la *lex posterior*, principe nécessaire à l'évolution des actes collectifs.

Toujours est-il qu'en cas de dénonciation d'un accord collectif et de non conclusion d'un accord de substitution, il continue à produire effet pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure. Aussi, un concours est possible lorsqu'un accord ultérieur est conclu pendant cette période et qu'il ne constitue pas un accord de substitution. Le conflit ne durera toutefois que pendant le délai de survie de l'accord dénoncé. Il est alors possible de concevoir que cette situation comporte un accord dérogatoire soit dénoncé mais produisant encore ses effets pendant le délai de survie, soit un accord dérogatoire ultérieur. « Que l'accord dérogatoire soit en conflit avec un accord de droit commun antérieur et ultérieur ne devrait rien changer à l'affaire : les deux accords devront être comparés de façon à ce que les dispositions les plus favorables aux salariés soient seules applicables »¹⁸⁹. Ici est donc retrouvée l'application du principe de faveur.

Pour ce qui est de la mise en cause d'un accord collectif, il peut y avoir concours à défaut de véritable accord de substitution : il y aura concours entre l'accord collectif mis en cause qui continue à produire des effets pendant le délai de survie et l'accord applicable dans l'entreprise d'accueil. Il est concevable à ce titre que l'un de ces deux accords soit dérogatoire. Pendant le délai de survie de l'accord, les deux conventions ont vocation à s'appliquer aux

¹⁸⁷ G. VACHET, *J.-Cl. Trav., [Négociation, convention et accord collectif - Conclusion]*, fasc. 1-32, 2019.

¹⁸⁸ C. trav., art. L. 2261-8, al 1^{er} « L'avenant portant révision de tout ou partie d'une convention ou d'un accord se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie ».

¹⁸⁹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 313.

salariés transférés qui peuvent se prévaloir de la disposition la plus favorable. C'est donc le principe de faveur qui s'applique en pareille circonstance.

B. Les conflits entre accords collectifs de niveaux différents

Les hypothèses de conflits entre accords collectifs de niveaux différents impliquant un accord dérogatoire sont pléthores. Le thème du conflit entre accords collectifs de niveaux différents sera ici abordé exclusivement à l'aune du rapport entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche impliquant un accord dérogatoire en ce que dernièrement, c'est la question qui a fait preuve du plus grand intérêt. Toutefois, d'autres hypothèses auraient pu être envisagées à l'image du rapport du conflit entre une convention collective et une autre ayant un champ professionnel ou géographique plus large, dont un est dérogatoire.

Il convient d'envisager les concours entre un accord d'entreprise dérogatoire et un accord de branche de droit commun (1), et ceux entre un accord de branche dérogatoire et un accord d'entreprise de droit commun (2).

1. Les concours entre un accord d'entreprise dérogatoire et un accord de branche de droit commun

Initialement, aucune règle particulière n'avait été prévue par le législateur pour régler cette situation de concours. C'est donc le principe de la disposition la plus favorable qui trouvait à s'appliquer. Aussi fallait-il virtuellement appliquer simultanément les deux accords collectifs, sous réserve du principe de faveur.

Avant la réforme du dialogue social¹⁹⁰, les articles L. 135-2 et L. 132-23 du Code du travail emportaient une telle solution. Aux termes du premier de ces textes, les clauses d'une convention collective s'appliquent aux contrats de travail « sauf dispositions plus favorables », lesquelles peuvent émaner de nombreuses sources, surtout conventionnelles. Le second dispose quant à lui en son premier alinéa que « la convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés ». Il appert donc que le rôle de la négociation collective est véritablement d'améliorer le sort des salariés par l'application

¹⁹⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO du 5 mai 2004, p. 7983.

du principe de faveur : lorsqu'un accord d'entreprise était autorisé à déroger à la loi, il ne pouvait déroger à un accord de branche de droit commun¹⁹¹.

C'est toutefois ce qu'avait retenu le Professeur Chalaron qui soutient que la combinaison de l'accord dérogatoire avec d'autres sources conventionnelles ne serait pas d'une parfaite « orthodoxie »¹⁹². Le professeur Barthélémy abonde également en ce sens en affirmant qu'« on voit mal ce qui (...) permettrait d'interdire à l'accord d'entreprise de déroger à une disposition conventionnelle de branche dans un domaine où il a capacité à déroger à la loi »¹⁹³.

Aussi, c'était bien le principe de faveur qui gouvernait les rapports entre un accord d'entreprise dérogatoire et un accord de branche de droit commun.

La loi du 4 mai 2004 de réforme du dialogue social vient rebattre les cartes, mais seulement pour les accords conclus après son entrée en vigueur. Aux termes du quatrième alinéa de l'article L. 132-23 que cette loi institue, « la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut 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 sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

La réforme est notable sur ce point : le centre de gravité de la négociation glisse vers l'accord d'entreprise. « Ce mouvement est d'autant plus accusé que, sous réserve de quelques exceptions légales, la convention de branche ne peut conserver ses fonctions traditionnelles et spécialement son effet impératif que si et dans la mesure où elle le prévoit sans équivoque »¹⁹⁴. La réforme prévoit donc la suprématie de l'accord d'entreprise dérogatoire, sauf exception légale ou conventionnelle. Ce qui fera dire au professeur Teyssié que « le territoire désormais ouvert aux conventions et accords collectifs d'entreprise ou d'établissement est fort vaste »¹⁹⁵.

En effet, l'alinéa 3 de l'ancien article L. 132-23 réserve à la négociation de branche les domaines « de 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 ».

Pour ce qui est de l'exception conventionnelle, on a pu parler de clause de verrouillage pour désigner la clause qui, dans une convention de branche, refuse la possibilité de déroger à

¹⁹¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 317.

¹⁹² Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 363.

¹⁹³ J. BARTHELEMY, *Droit de la durée du travail, temps de travail-aménagement-35 heures*, 2^{ème} édition, dir. B. TEYSSIE, Litec, 1998, p. 281.

¹⁹⁴ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 581.

¹⁹⁵ B. TEYSSIE, « L'aménagement conventionnel de la norme légale », *JCP E* 2004, n°1097.

l'accord d'entreprise. Elle permet « aux branches de verrouiller certains sujets afin que les entreprises ne puissent pas y déroger »¹⁹⁶. Cette clause peut désigner différentes interdictions à déroger¹⁹⁷, qu'elles soient générales, spéciales ou exceptionnelles. Aussi, dans les matières pour lesquelles la branche a exclu la possibilité de dérogation par l'accord d'entreprise, la négociation de branche peut conserver son rôle de « norme plancher »¹⁹⁸.

Forte de cette aptitude reconnue, la branche n'a guère tardé à se pétrifier : « l'épée de Damoclès que cette exception faisait peser sur la réforme du dialogue social ne fut pas longue à s'abattre. À peine la loi du 4 mai 2004 était-elle entrée en vigueur que les parties aux négociations de branche marquèrent leur volonté de placer en tête du document conventionnel un article premier interdisant toute dérogation aux articles suivants...

Le bilan de quatre années d'application de la loi du 4 mai 2004 présenté par le ministère du Travail le 17 janvier 2008 révèle que 80 % des accords de branche conclus comportent une telle clause d'impérativité et que les accords d'entreprise dérogeant à une convention de branche sont rarissimes. En résumé, rien n'a changé à aucun niveau et la faculté de déroger demeure quasiment lettre morte »¹⁹⁹. A la lecture de ces faits, il apparaît que la promotion de la négociation d'entreprise dérogatoire est globalement restée théorique, face à la possibilité de la branche de conserver son rôle traditionnel : le principe de faveur apparaît en sursis.

Aussi faut-il nécessairement distinguer la date de conclusion de l'accord dérogatoire, et ensuite, identifier le thème sur lequel porte l'accord ou la convention collective ainsi que la présence d'une clause de verrouillage dans la négociation de branche afin de savoir quelle est la solution du conflit.

Il convient de s'intéresser à ce qu'il advient dans l'hypothèse inverse : celle du concours entre un accord de branche dérogatoire et un accord d'entreprise de droit commun.

¹⁹⁶ F. MEHREZ, « Rapport Combrexelle : des règles du jeu plus claires entre accord d'entreprise et accord de branche », *Dalloz actualité* 10 sept. 2015.

¹⁹⁷ J.-Y. KERBOURC'H, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834.

¹⁹⁸ M.-A. SOURIAU, *art. préc.*, p. 582.

¹⁹⁹ P. MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p. 681.

2. Les concours entre un accord de branche dérogatoire et un accord d'entreprise de droit commun

Les hypothèses de concours entre accord de branche dérogatoire et accord d'entreprise de droit commun connaissent une logique différente.

Lorsque l'accord d'entreprise de droit commun est conclu postérieurement à l'accord de branche dérogatoire, les principes de la *lex posterior* et de faveur « se combinent pour assurer la primauté de l'accord d'entreprise »²⁰⁰. La conclusion postérieure d'un accord d'entreprise de droit commun suggère qu'une communauté de travail au niveau de l'entreprise n'a pas eu l'intention d'appliquer la dérogation de la branche. Cette solution trouve sa justification dans l'autonomie des partenaires sociaux au niveau de l'entreprise.

De plus, la faculté de l'accord de branche de disposer de son impérativité ne saurait lui conférer le pouvoir d'écarter la norme plus favorable de l'accord d'entreprise de droit commun.

Ainsi, le conflit opposant un accord d'entreprise de droit commun conclu postérieurement à un accord de branche dérogatoire se résout par application de la disposition la plus favorable pour les salariés concernés.

Une solution identique vient trancher le conflit entre un accord d'entreprise de droit commun conclu antérieurement à un accord de branche dérogatoire. C'est toujours le principe de l'autonomie des niveaux de négociation qui justifie cette articulation : le concours entre conventions collectives sera alors résolu par l'application de la disposition la plus favorable.

Ces hypothèses de concours étant envisagées, il faut également étudier les conflits entre un accord dérogatoire et un contrat de travail.

§2. Les conflits entre un accord dérogatoire et un contrat individuel de travail

S'épancher sur les conflits entre deux normes revient à s'exprimer sur la suprématie ou la résistance de l'une à l'égard de l'autre. Pour les accords qui nous intéressent, « c'est peut-être en définitive le contrat de travail qui, adossé à l'article 1134 du Code civil²⁰¹ résiste le mieux à l'accord dérogatoire »²⁰².

²⁰⁰ F. CANUT, *op. cit.*, p. 318.

²⁰¹ [nouv. C. civ., art. 1103, 1104 et 1193].

²⁰² Y. CHALARON, *art. préc.*, p. 361.

Cette affirmation, bien qu'un peu datée, traduit fidèlement la résolution de l'articulation entre un accord collectif dérogatoire et un contrat de travail : souvent, le contrat de travail résiste (A), bien qu'une dynamique contraire ait connu une progression (B).

A. La résistance traditionnelle du contrat de travail plus favorable

En cas de conflits de normes, le droit du travail connaît pour principe l'application de la disposition plus favorable. Les magistrats du Quai de l'horloge ont en effet visé à de nombreuses occasions²⁰³ le principe qui serait « l'âme du droit du travail »²⁰⁴ : « le contrat de travail ne trouvera application que s'il n'est pas contraire, dans un sens défavorable au salarié, à la convention collective. Dans cette hypothèse, point n'est besoin de recourir à un autre principe. La faveur pour le salarié oriente la solution du conflit »²⁰⁵. En vertu de cette énonciation, il semble que le contrat de travail constitue un outil de résistance efficace à l'accord collectif moins favorable : lorsque le contrat de travail contient une clause plus favorable, cette dernière trouve en principe à s'appliquer.

Mais il est vrai que « l'apparition des accords dérogatoires a posé la question des rapports entre le contrat de travail et la convention collective »²⁰⁶ dérogatoire.

Un débat doctrinal s'est rapidement emparé de cette pomme de discorde, les uns soutenant que si le législateur a pris la peine d'édicter des normes auxquelles il est possible de déroger conventionnellement, ce n'est pas pour que des clauses issues de contrats individuels de travail puissent y être opposées²⁰⁷, tandis que d'autres ont privilégié les prévisions contractuelles individuelles et leur stabilité, sur lesquelles le salarié devrait pouvoir compter²⁰⁸. Toutefois, le défaut de prévision contractuelle spécifique et individuelle emporterait alors ici sujétion du contrat individuel envers le contrat collectif. De nombreux auteurs retiennent la seconde conception exposée, à savoir que « les salariés peuvent donc s'opposer

²⁰³ Cass. soc., 8 oct. 1996 : Dr. soc. 1996, p. 1048, obs. J. Savatier.

²⁰⁴ Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in « *Les transformations du droit du travail* », Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

²⁰⁵ G. BLANC-JOUVAN, « Accords individuels et accords collectifs en droit du travail », JCP S 2007, 1265.

²⁰⁶ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », Dr. soc. 2011, p. 259.

²⁰⁷ « Michel Despax déclarait que les dérogations autorisées par le législateur risqueraient « devant une cascade de refus individuels », d'être privées de leur portée, « ce qui conduit à écarter une telle solution manifestement contraire aux intentions du législateur », cité dans F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », Dr. soc., 2011, p. 259.

²⁰⁸ C. RADE, « Les limites du "tout contractuel" (Cass. soc., 27 juin 2000, Crochard et autres c/ S^{té} Air-France) », Dr. soc. 2000, p. 829.

individuellement, en s'appuyant sur leur contrat de travail, à l'entrée en vigueur de l'accord dérogatoire »²⁰⁹.

Toujours est-il que jusqu'à la loi du 19 janvier 2000²¹⁰ sur la réduction de la durée du travail, le conflit était réglé par application de la disposition la plus favorable. Celle loi marquera un tournant dans l'articulation entre les deux normes, objets de notre intérêt.

En effet, la loi susvisée instituant des accords dérogatoires sur la modulation des horaires a soulevé des interrogations à ce sujet, faisant apparaître le cas des salariés à temps partiel et des salariés à temps plein.

S'agissant des salariés à temps partiel, les horaires de travail des salariés à temps partiel sont considérés comme des éléments du contrat de travail et leur modification entraîne une modification dudit contrat, qui doit, pour être effective être acceptée par les salariés concernés en vertu d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 avril 1999. « Hormis [...] l'hypothèse dans laquelle le contrat de travail lui-même prévoit l'éventualité d'une modification des horaires de travail des salariés à temps partiel suite à l'entrée en vigueur d'un accord collectif dérogatoire un tel accord ne saurait se voir reconnaître en lui-même le pouvoir de modifier le contrat de travail à temps partiel »²¹¹.

Aussi, force est de constater la résistance du contrat de travail, puisqu'il est le seul à pouvoir autoriser la suprématie d'un accord dérogatoire par l'autolimitation.

S'agissant des salariés à temps plein, la modification des horaires de travail des salariés ne constitue pas une modification du contrat de travail aux termes de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 22 février 2000, sinon à caractériser un bouleversement des horaires au sens de l'arrêt du 18 décembre 2000 de la même chambre. La question alors soulevée est celle de savoir si l'entrée en vigueur d'un accord collectif dérogatoire prévoyant la modulation des horaires de travail emporte modification du contrat de travail des salariés concernés.

De ce fait, il conviendrait alors de distinguer entre l'accord dérogatoire de modulation qui emporte un bouleversement des horaires de travail et celui qui n'emporte pas une telle conséquence.

Dans cette perspective, aux termes de l'ancien article L. 212-3 du Code du travail, « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de

²⁰⁹ E. JEANSEN, *op. cit.*, p.301.

²¹⁰ Loi n°2000-37, précitée.

²¹¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 323.

réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail ». A la lecture de ce seul article issu de l'article 30 de la loi précitée, le contrat de travail apparaît toujours comme un bastion imprenable.

Une dynamique inverse est pourtant apparue, que ce soit dans la loi dite Aubry II ou ultérieurement, marquant un accroissement de la suprématie de l'accord dérogatoire sur le contrat de travail, ou du moins, une certaine « perplexité »²¹² quant à la résistance de ce dernier.

B. L'autorité en expansion de l'accord dérogatoire sur le contrat individuel de travail

En droit du travail, « la convention collective plane au-dessus du contrat, autonome et supérieure »²¹³. En cela, elle saisit le contrat individuel de travail du fait de son effet impératif : « le contrat individuel de travail doit rester subordonné au contrat collectif pour que son contenu n'exprime pas une contrariété avec les exigences du principe d'égalité [...] et du principe de non-discrimination »²¹⁴. Aussi, est-il « indispensable de ne pas enlever toute efficacité à l'autorité de l'accord collectif, spécialement en matière d'organisation du temps de travail. Cela suppose que la résistance du contrat de travail à l'accord collectif soit relativisée »²¹⁵.

Comme annoncé, la loi dite Aubry II, dans son article 30 II, établit que « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des art. L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail ». C'est bien qu'à *contrario*, si un bouleversement des horaires de travail intervient du fait de l'entrée en vigueur d'un accord dérogatoire, ce dernier est soumis à l'approbation des salariés, et qu'en cas de refus, ces derniers pourront faire l'objet d'un licenciement. Il est manifeste que cela constitue la première concession du contrat de travail sur l'accord dérogatoire de modulation des horaires de travail : « les rapports du contrat de travail

²¹² G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p. 635.

²¹³ H. THUILLIER, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail, I. La réception des sources : un ordre statutaire », *JCP G* 1974, n° 2649.

²¹⁴ A. DONNETTE, *La contractualisation en droit du travail*, Thèse Montpellier, 2010, p. 167.

²¹⁵ J. BARTHELEMY et D. JOURDAN, « Contrat de travail et accords dérogatoires de durée de travail », *Les Cahiers du DRH* 2010, n° 170, p. 42.

et de la convention collective répondent ici à une logique différente de celle qui prévalait jusqu'à la loi du 19 janvier 2000 »²¹⁶.

Plus tard, l'article 45 de la loi dite Warsmann²¹⁷ créera l'article L. 3122-6 du Code du travail, lequel dispose aux termes de son premier alinéa que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

Il en ressort donc une progression de la sujétion du contrat de travail du salarié à temps plein²¹⁸ à l'accord modulateur des horaires de travail.

« Il est, en effet, acquis, depuis plusieurs années, que ces rapports ne se déterminent plus seulement à l'aune du principe de faveur décliné par l'article L. 2254-1 du code du travail. Le référentiel de l'avantage le plus favorable est écarté [...] par l'accord dérogatoire »²¹⁹.

Cette dynamique n'est pas marquée de la seule empreinte de l'accord modulateur.

On retrouve également la marque de la conclusion d'un accord collectif dérogatoire sur le travail de nuit, préalable indispensable à sa mise en place.

Il convient avant tout de préciser que le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit a été considéré par la Cour de cassation comme un bouleversement des horaires²²⁰, emportant alors modification du contrat de travail ce qui nécessite l'acceptation ou le refus du salarié. Cela se justifie « dans la mesure où le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, et inversement, a des répercussions indéniables »²²¹ sur la vie personnelle et familiale du salarié.

La professeure Canut s'est interrogée sur la portée de l'article L. 213-4-3 du Code du travail issu de la loi du 9 mai 2001²²², lequel dispose que « lorsque le travail de nuit est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, le salarié peut refuser d'accepter ce changement sans que ce refus constitue une faute ou un motif de licenciement ». En effet, la rédaction de cet article laisse penser que si un salarié justifie d'une des raisons impérieuses évoquées, son refus ne sera susceptible d'aucune sanction, et qu'à *contrario*, le salarié qui ne saurait justifier de

²¹⁶ F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », *Dr. soc.*, 2011, p. 259.

²¹⁷ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JO du 23 mars 2012, p. 5226.

²¹⁸ L'alinéa deux du même article en exempté les salariés à temps partiel.

²¹⁹ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. soc.* 2012, p. 672.

²²⁰ Cass. soc., 27 févr. 2001.

²²¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 327.

²²² Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, JO du 10 mai 2001, p. 7320.

telles raisons ne pourrait refuser sans se placer sous le joug d'une sanction. Pareille approche conduirait alors à placer le contrat de travail sous la sujétion de l'accord collectif dérogatoire concernant la mise en place du travail de nuit. Toutefois, cela ne semble pas aller de pair avec la volonté du législateur de 2001 « qui entendait encadrer, dans l'intérêt des salariés, le recours au travail de nuit »²²³. Or, il appert que le fait de faire primer l'accord dérogatoire sur le contrat de travail nuit à l'intérêt des salariés quant au travail de nuit. Cette disposition s'analyse plutôt comme celle venant justifier le refus pour des raisons impérieuses évoquées par l'article en cas de prévision contractuelle de possibilité de passage au travail de nuit.

Cette interrogation étant écartée, une autre retiendra notre attention : celle des accords dits « donnant-donnant » dans les accords sur l'emploi.

De tels accords sont caractérisés par leur synallagmatisme en ce qu'ils comportent des obligations réciproques à la charge des signataires. Ils s'apparentent à des contrats collectifs. Leur développement ces dernières années peut nous conduire à nous poser la question, dans le cadre de la présente étude, de savoir s'ils sont des outils conventionnels dérogatoires.

Pour une partie de la doctrine, une telle affirmation de ne fait pas de doute. La professeure Favennec-Héry l'admet sans conteste : « la dérogation à la loi n'est pas l'accessoire de l'accord de maintien de l'emploi ; elle en est le pilier : dérogation partielle au mécanisme de conclusion des conventions collectives ; dérogations majeures au droit législatif et réglementaire »²²⁴. D'autres auteurs ont une approche plus nuancée, énonçant que « si les accords dérogatoires peuvent bien, dans certains cas, s'inscrire dans le cadre des accords donnant-donnant, il s'en faut de beaucoup pour que l'ensemble de ces accords entrent dans ce schéma »²²⁵. En effet, l'exigence de contreparties, élément indispensable de l'accord donnant-donnant ne domine pas les accords dérogatoires, même si cela se vérifie pour certains d'entre eux.

Toujours est-il que les accords de maintien de l'emploi font reculer la force du contrat individuel de travail : les dispositions de tels accords emportent une mise en sommeil des clauses qui portent sur le même objet du contrat de travail des salariés concernés. Aussi, l'articulation classique entre les conventions et accords collectifs et les contrats de travail en ressort « bousculée »²²⁶.

²²³ F. CANUT, *op. cit.*, p. 329.

²²⁴ F. FAVENNEC-HERY, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2014, 1186.

²²⁵ F. CANUT, *op. cit.*, p. 329.

²²⁶ F. FAVENNEC-HERY, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2014, 1186.

Ainsi, l'apparition des accords dérogatoires n'a pas été sans conséquence sur la place du contrat individuel de travail. Naguère forteresse imprenable des droits des salariés en vertu du principe de la résistance du contrat de travail, ce dernier a pu voir son imperméabilité face aux accords collectifs entamée, bien qu'elle demeure d'une forte vigueur.

Section 2

Les conflits entre accords collectifs dérogatoires

Les accords collectifs dérogatoires peuvent également entrer en concurrence avec d'autres accords collectifs dérogatoires. Aussi faut-il envisager les conflits entre accords collectifs dérogatoires de même niveau (§1) et de niveaux différents (§2).

§1. Les conflits entre accords collectifs dérogatoires de même niveau

Les hypothèses de conflits à envisager sont d'une part celle des successions entre accords et conventions collectives (A) et d'autre part celles de mise en cause d'un accord ou d'une convention collective (B).

A. Les conflits entre accords dérogatoires successifs

Outre le cas de la conclusion d'un véritable accord de substitution, lequel emporte la primauté de l'accord le plus récent au titre de l'application du principe de la *lex posterior*, il n'y a aucune raison d'appliquer ce principe à d'autres hypothèses que celle prévue par le législateur. Aussi, En l'absence d'accords de substitution, la Cour de cassation en revient à l'hypothèse d'un conflit d'accords collectifs : « un accord collectif intervenu après une dénonciation d'accords antérieurs ne constitue pas un accord de révision au sens de l'article L 132-7 du Code du travail, un tel accord ne pouvant concerner un accord collectif dénoncé. Il ne constitue pas, non plus, un accord de substitution, au sens de l'article L 132-8 si son objet n'est pas de remplacer, en tout ou partie, les accords dénoncés.

Dès lors, une cour d'appel a exactement jugé que cet accord collectif ne pouvait valablement priver des salariés, qui avaient refusé de signer une transaction, de profiter des dispositions

résultant des accords dénoncés pendant la période de survie de ceux-ci et, au-delà, au titre des avantages individuels acquis »²²⁷.

Ainsi, un tel conflit doit inévitablement se régler par l'application de la disposition la plus favorable comme en témoigne cet arrêt.

En somme, le fait que les accords soient ici tous deux dérogatoires importe peu : « en tant que principe général du droit du travail, le principe de faveur est applicable même sans texte et a vocation à régler tous les cas de conflits de normes »²²⁸. Il s'ensuit que le silence de la loi impose l'application de ce principe.

Il faut encore étudier l'hypothèse du conflit entre accords collectifs dérogatoires dont un a fait l'objet d'une mise en cause.

B. Les conflits en cas de mise en cause d'un accord dérogatoire

Accord de branche et accord d'entreprise sont tous deux concernés par la mise en cause. Il n'existe pas, là encore, de règle spécifique qui tranche la question des accords dérogatoires. Aussi, en cas de transfert d'entreprise, à défaut d'accord de substitution ou d'adaptation, la convention ou l'accord mis en cause continue de produire effet pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du préavis²²⁹.

Les salariés de l'entreprise ou de l'établissement cédé peuvent non seulement se prévaloir de la convention collective mise en cause, mais aussi revendiquer, à compter de la date à laquelle ils sont devenus les salariés de l'entreprise cessionnaire, le bénéfice de l'accord collectif en vigueur chez leur nouvel employeur. Il y a alors concours de textes conventionnels. De même, les salariés pourront se prévaloir de la convention collective applicable à la nouvelle activité²³⁰.

Le fait que les accords en question présentent un caractère dérogatoire est indifférent. Autrement dit, la présence d'accords dérogatoires n'a ici aucun impact : le conflit est ici tranché par le principe dit de faveur.

Cette solution de résolution du concours entre accords dérogatoires de même niveau s'applique aussi bien aux accords de branche qu'aux accords d'entreprise.

²²⁷ Cass. soc., 12 juin 2001, *RJS* 2001, n°1044.

²²⁸ F. CANUT, *op. cit.*, p. 333.

²²⁹ G. VACHET, *J.-Cl. Trav., [Négociation, convention et accord collectif - Cessation]*, fasc. 1-38, 2019.

²³⁰ Cass. soc., 16 mars 1999, *RJS* 1999, n° 706.

C'est à l'issue de la période de survie de l'accord mis en cause que le conflit cesse, et donc, par voie de conséquence, que l'accord dérogatoire initial cesse également.

Pour que le principe de faveur soit ici mis à l'écart, il aurait fallu que le législateur le prévoit expressément, en énonçant par exemple que l'accord cesse immédiatement au profit de l'accord de l'entreprise d'accueil. Cette solution aurait le mérite de la simplicité comme le soutient à de nombreuses reprises la professeure Canut²³¹.

Après avoir examiné les solutions de conflits entre les accords dérogatoires de même niveau, il faut également étudier celles pour les accords dérogatoires de niveaux différents.

§2. Les conflits entre accords collectifs dérogatoires de niveaux différents

Encore une fois, pareils conflits concernent principalement les conflits entre accords de branche et d'entreprise. Aussi seront-ils les seuls à faire l'objet d'une étude. Chronologiquement, une importante discorde doctrinale sur la résolution du conflit entre accords collectifs dérogatoires de niveaux différents a émergé (A) avant que la loi du 4 mai 2004 ne vienne la résoudre (B).

A. La discorde doctrinale précédant la loi du 4 mai 2004

Initialement, la loi permettait dans certains domaines la dérogation alternative²³² : la dérogation à la loi était autorisée tant au niveau de la négociation de branche qu'au niveau de la négociation d'entreprise. Ainsi, le professeur Rodière pense aux dérogations « qui seraient susceptibles d'être apportées aux dérogations résultant d'accords dérogatoires de branche, soit pour les accentuer soit inversement pour les diminuer, voire les faire disparaître. On s'était demandé si le droit de dérogation ne s'épuise pas avec les accords de branche, de sorte que l'existence d'un accord dérogatoire de branche supprime le droit de conclure un accord dérogatoire d'entreprise, même lorsque la loi a autorisé les dérogations aux deux niveaux »²³³.

²³¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 334.

²³² E. JEANSEN, *op. cit.*, p.295.

²³³ P. RODIERE, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi 'Fillon' sur le dialogue social », *Sem. soc. Lamy* 15 déc. 2003, n°1148, p. 7.

Quelle solution appliquer lorsqu'accord dérogatoire et accord d'entreprise s'emparent du même sujet ?

En premier lieu, il faut avancer que les deux accords ne sauraient se cumuler.

La question, posée en ces termes, a trouvé un commencement de réponse par la circulaire²³⁴ décidant qu'était seul dérogatoire l'accord fondant le recours à la dérogation. Autrement dit, lorsque la loi a consacré la faculté de dérogation alternative, le fait que la négociation de branche s'empare de l'aptitude dérogatoire paralyserait la possibilité pour la négociation d'entreprise d'en faire de même.

Cette solution avancée par l'administration n'a pas manqué de déclencher l'opposition d'une certaine partie de la doctrine, à commencer par le professeur Chalaron pour lequel la conclusion d'un accord d'entreprise dérogatoire emportait l'éviction de l'accord de branche dérogatoire²³⁵ bien qu'il tempère sa pensée, admettant dans les rapports d'un accord collectif « supérieur » et d'un accord « inférieur » le premier ne peut se déclarer « dérogeable » en faveur du second²³⁶.

Plaidant pour la même solution, le professeur Barthélemy retient néanmoins une autre approche, énonçant qu'il « faut tirer argument de ce que la disposition réglementaire n'existe plus du fait de la dérogation par l'accord étendu. Dans ces conditions, ce à quoi l'accord d'entreprise déroge, c'est à la clause conventionnelle »²³⁷.

Une autre solution avancée serait celle, somme toute classique, de l'application du principe de faveur : le professeur Gaudu retient à cet égard que la négociation d'entreprise peut déroger à l'accord de branche dérogatoire dans la perspective de l'améliorer, donc « dans les conditions prévues par la loi »²³⁸. A l'exception de ce cas de figure, un accord d'entreprise dérogatoire ne saurait primer sur un accord de branche lui-même dérogatoire selon lui.

Aux débats doctrinaux succèdent les décisions de justice. Dans cette perspective, le jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 14 mai 2002. « La convention collective nationale des sociétés d'assurance du 27 mai 1992 a été modifiée par un avenant relatif à la durée et à l'organisation du temps de travail en date du 24 juillet 2001. Certains articles de cet avenant prévoient, d'une part, que les dispositions qu'elles contiennent ne

²³⁴ Circ. n°1/87 du 30 juin 1987 sur l'application des dispositions de la loi n°87-423 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, *JO* du 20 août 1987, p. 9566.

²³⁵ Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 363.

²³⁶ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s) », *Sem. soc. Lamy* 15 juill. 2012, n°1084, p. 13.

²³⁷ J. BARTHELEMY, « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.* 1988, p. 556.

²³⁸ F. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 614.

trouveront à s'appliquer qu'en l'absence d'accord d'entreprise et, d'autre part, que les accords d'entreprise antérieurs ne sont pas remis en cause. Plusieurs syndicats non signataires de l'avenant ont contesté en justice la validité de cet avenant. Saisi de ce contentieux, le tribunal de grande instance de Paris leur a donné raison en jugeant que la supplétivité de la convention de branche par rapport à l'accord d'entreprise ainsi que la sécurisation des accords d'entreprise antérieurs étaient contraires aux principes de faveur et de l'effet impératif des conventions collectives contenus dans les articles L 132-23 et L 135-2 du Code du travail »²³⁹. Cette décision a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 septembre 2003²⁴⁰.

L'avenant du 24 juillet 2001, lequel recelait de nombreuses dispositions dérogatoires en son sein, cherchait à éviter le concours entre accords dérogatoires au niveau de la branche et de l'entreprise en énonçant le caractère supplétif des prévisions de la négociation de branche. Pareille prévision est censurée par les juges du fond en ce qu'en déclarant les dispositions de la négociation de branche supplétives, le principe de faveur était écarté. Aussi, « c'est bien la mise à l'écart du principe de faveur, résultant du caractère supplétif de l'accord de branche, qui est condamnée par le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris »²⁴¹.

A raisonner à *contrario*, cela signifie que le concours entre accords dérogatoires de niveaux différents se tranchait par l'application de la disposition la plus favorable.

Toutefois, cette solution ne résistera pas bien longtemps : elle fut chassée par les dispositions de la loi du 4 mai 2004.

B. La solution retenue par la loi du 4 mai 2004

Pour les accords conclus après l'entrée en vigueur de la loi portant réforme du dialogue social, la solution retenue par les juridictions précitées ne sera plus valable.

Il convient de rappeler à cette fin que l'accord d'entreprise pourra déroger à l'accord de branche, sinon interdiction formelle de la part de l'accord de branche et sinon dans certains domaines. Cette disposition s'applique bien entendu aux accords dérogatoires, « puisqu'il est admis en règle générale que la norme d'entreprise déroge à la norme de branche, ce droit de dérogation

²³⁹ TGI Paris 14 mai 2002, *Fédération nationale CGT des personnels des secteurs c. Fédération française des sociétés d'assurance*, RJS 11/02, n°1262.

²⁴⁰ CA Paris, 24 sept. 2003, RJS 12/03, n°1419.

²⁴¹ F. CANUT, *op. cit.*, p. 346.

doit pouvoir s'exprimer dans le cas particulier d'une norme conventionnelle de branche qui est elle-même dérogatoire à la loi »²⁴².

C'est dire que désormais, les niveaux de négociation sont autonomes l'un de l'autre, sinon à ce que la négociation de branche vienne enserrer la faculté dérogatoire de l'entreprise dans quelques limites : « le champ de la négociation d'entreprise dérogatoire est encadré par les dispositions impératives de l'accord de branche et celles de la loi d'ordre public dérogeable »²⁴³.

En filigrane, c'est le principe dit de faveur qui perd du terrain. Si autrefois, une frange de la doctrine accompagnée de décisions juridictionnelles soutenait de concert son aptitude à régir les conflits qui nous occupent, une toute autre partition est mise en place par la loi du 4 mai 2004. D'un principe d'ordre public²⁴⁴, le principe de faveur devient supplétif dans les rapports entre accord de branche et d'entreprise aux termes de ladite loi, sauf pour les « quatre rescapés »²⁴⁵.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Le principe de faveur, envisagé comme une norme de structure en ce que son application agence les normes qui entrent en concours, était l'outil juridique qui en droit du travail permettait la résolution de nombreux conflits.

L'apparition des accords dits dérogatoires a pour conséquence le recul de cette solution des conflits conventionnels collectifs²⁴⁶. La loi du 4 mai 2004 a porté en elle un repoussoir du principe de faveur.

Ledit recul doit toutefois être nuancé : le principe de l'application de la disposition la plus favorable au salarié continue à régir de nombreuses situations, notamment des situations qui

²⁴² P. RODIERE, « La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir », *Sem. soc. Lamy* 27 sept. 2004, n°1183, p. 10.

²⁴³ E. JEANSEN, *op. cit.*, p.297.

²⁴⁴ Cf. A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 124 : « On imagine mal qu'il supporte le caractère volontairement supplétif d'une convention collective de branche, par exemple, par rapport à un accord d'entreprise moins favorable pour les salariés [...]. La loi peut seule autoriser [...] ou ouvrir une voie à la prévalence d'une règle moins favorable aux salariés qu'une autre norme également applicable ».

²⁴⁵ J. BARTHELEMY, « La loi du 4 mai 2004 et la notion de dérogation », *Les cahiers du DRH* n°131, 1^{er} avril 2007, p. 4.

²⁴⁶ M.-A. SOURIAU, G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 186 : « La règle du plus favorable semble appelée [...] à céder peu à peu le pas ».

impliquent un accord dérogatoire. Le contrat individuel de travail demeure sur ce point le meilleur outil de résistance à ce recul, même si une dynamique de retrait semble être à l'œuvre.

Avec l'apparition des accords dérogatoires, une complexité supplémentaire s'attache à l'articulation des normes en droit du travail, laquelle peut être source de danger²⁴⁷.

²⁴⁷ P.-Y. VERKINDT, « Ankylose et inflammation – A propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, n°1159 : « quiconque s'intéresse un peu à la santé au travail sait que l'excès de sollicitations d'une articulation produit la pénibilité d'une tâche et peut même conduire à des pathologies professionnelles. De la même manière, la surcharge des articulations juridiques provoque des phénomènes d'inflammation dont nous sommes aujourd'hui les témoins. Le risque est alors qu'apparaisse un droit du travail « claudiquant » parce que désaxé (étymologiquement « sorti de son axe ») et enflammé. Résonne alors l'avertissement selon lequel si l'articulation des normes fait partie, en droit du travail comme ailleurs, de la dynamique du droit, il n'en demeure pas moins qu'elle a besoin d'un axe et que cet axe reste, dans une démocratie, la loi ».

CONCLUSION PARTIE I

La multiplication des facultés de dérogation conventionnelles manifeste du « caractère inadapté de l'acte de dérogation comme instrument de '*dérèglementation quantitative*' »²⁴⁸. L'image d'une dérogation conventionnelle hypertrophique, boulimique semble de mise.

« Dans la mesure où elle concerne le champ d'application de la norme dont il revient à l'autorité normative de dresser les contours, l'exception n'a en théorie, pas d'incidence sur l'existence même de la règle »²⁴⁹. Comme le soutenait la professeure Bonnechère, « Seule une déviance idéologique peut faire croire qu'en droit du travail les exceptions, parce qu'elles se répètent, ont une valeur égale à la règle de principe »²⁵⁰.

Pourtant, « la prolifération des exceptions au sens le plus large du terme peut conduire à une complexité excessive de la règle de droit »²⁵¹. En matière de droit conventionnel, la multiplication des aptitudes à la dérogation a emporté une multiplication des aptitudes à l'adaptation au prix sans doute de la complexité : « le constat du droit conventionnel n'est pas toujours flatteur et l'élargissement de son rôle pourrait s'avérer regrettable. Si l'accord collectif est facteur d'adaptabilité et de souplesse, il est en revanche source de complexité, de parcellisation, d'éclatement du droit »²⁵². La dérogation conventionnelle est alors un outil de flexibilité dont la complexité est le tribut. Son développement accéléré n'a d'égale que son illisibilité. Il suffit de regarder le droit de la durée du travail pour s'en convaincre.

La multiplication du recours à cet outil conventionnel s'est également ressenti sur l'articulation des sources en droit du travail : mêlant initialement majoritairement une articulation hiérarchique accompagnée d'une règle spéciale de faveur, l'ordonnancement conventionnel doit être repensé du fait de l'apparition des accords dérogatoires : « pensons à l'articulation loi- accord, imaginons les difficultés inextricables dans lesquelles peut nous plonger la nouvelle articulation entre accords de branche, d'entreprise, d'établissement, de

²⁴⁸ F. BOCQUILLON, *op. cit.*, p. 129.

²⁴⁹ A. VIDAL-NAQUET, « propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle... », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 33.

²⁵⁰ M. BONNECHERE, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11.

²⁵¹ A. VIDAL-NAQUET, *art. préc.*, p. 34.

²⁵² F. FAVENNEC-HERY, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.

groupe »²⁵³. Le recul du principe de faveur dans certaines situations réinterroge la fonction du droit du travail.

L'étirement de l'outil dérogatoire invite alors à penser qu'on « est véritablement aux confins de la juridicité et il n'en faut pas beaucoup pour que celle-ci craque en laissant apparaître la brutalité des faits »²⁵⁴. Lorsque « les cas *exceptés*, qui étaient auparavant *exceptionnels*, deviennent monnaie courante »²⁵⁵, il est peut-être temps de modifier l'outil vecteur de flexibilité.

²⁵³ F. FAVENNEC-HERY, *art. préc.*, p. 766.

²⁵⁴ J. CAILLOSSE « Débats », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 277.

²⁵⁵ M. CARPENTIER, *Norme et exception – Essai du la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varrene, Coll. des thèses, 2014, p. 10.

Partie II

LE CONSTAT PREMATURE DU DECLIN DE LA DEROGATION AU PROFIT DE LA SUPPLETIVITE EN MATIERE DE NEGOCIATION COLLECTIVE

Hypertrophique, source de complexité, la dérogation conventionnelle a montré ses écueils à assurer de manière paisible la flexibilité promise aux acteurs qui gravitent autour du tissu travailliste français²⁵⁶.

Affaiblie par la reconnaissance de la supplétivité, instrument de flexibilité qui reçoit les faveurs de l'époque et répondrait aux exigences du renouveau paradigmatique en droit du travail, la dérogation se trouverait sur le déclin (Chapitre I).

Toutefois, ce constat paraît prématuré. La dérogation aurait survécu et survivrait, ce qui emporte une multiplication des sources d'autonomisation (Chapitre II).

²⁵⁶ J. DE MUNCK, « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 444.

Chapitre I : LA CONSECRATION DE LA SUPPLETIVITE, SOURCE DE RETRAIT DE LA DEROGATION

En constante mutation, il convient de s'interroger sur la « rationalité dont procède »²⁵⁷ le droit du travail actuellement (§1). Appliquée à la négociation collective, cette rationalité emporte une reconnaissance de la supplétivité, qui chassera la dérogation en matière de négociation collective (§2).

Section 1

Le changement de paradigme en droit du travail, source d'influence au service de la reconnaissance de la supplétivité

Le fait que le droit du travail évolue renseigne sur la présence d'un nouveau paradigme en droit du travail (§1). Affinant l'étude de ce renouveau, il convient de pencher la focale sur la négociation collective qui voit un nouvel ordre se dessiner (§2).

§1. Le renouveau paradigmatique en droit du travail

S'interroger sur un renouveau paradigmatique en droit du travail revient à se demander si un nouveau droit du travail serait né. Si majoritairement, la doctrine a considéré que la réponse était positive²⁵⁸, il est nécessaire de questionner les changements d'orientations de cette branche du droit qui se traduisent au premier plan par un changement de paradigme (A), lequel a eu une incidence sur le domaine de la négociation collective (B).

A. Le changement de paradigme

²⁵⁷ F. GEA, « Comprendre...ou pas ? » *RDT* 2016, p. 173.

²⁵⁸ J.-D. COMBEXELLE, « Vers un nouveau droit du travail », *JCP S* 2017, n°1305.

Ces dernières années, le droit du travail a subi de profondes mutations. « Grande transformation »²⁵⁹, « révolution copernicienne »²⁶⁰, « changement de paradigme »²⁶¹ : la classe politique use de nombreuses expressions pour désigner l'évolution qui résulte des récentes politiques législatives en matière de droit du travail. « S'il est un postulat premier auquel s'arrime cette réforme du droit du travail, c'est celui selon lequel il conviendrait de rénover un modèle « en crise », parce qu'incapable d'affronter les défis de notre temps »²⁶². Par-delà les effets d'annonce, il convient de s'interroger sur la réalité du changement ainsi introduit.

L'historien américain des sciences Thomas Kuhn a défini le paradigme comme « les règles admises et intériorisées comme des « normes » par la communauté scientifique à une période donnée de son histoire, de sorte que la science évolue selon la modalité de la « science normale », c'est-à-dire une science à la fois normalisée et normative »²⁶³. Au sein de ladite « science normale », un certain nombre d'idées convergentes dans la communauté scientifique va venir former une matrice disciplinaire dénommée paradigme. Aussi, un changement de paradigme intervient lorsque « la science normale n'est plus en mesure de fournir une réponse adaptée aux problèmes que pose l'analyse, cela signifie que le paradigme est obsolète, qu'il ne sert plus et qu'il est donc destiné à entrer en crise pour être remplacé par un nouveau paradigme »²⁶⁴. Il reste à appliquer cette définition au droit du travail.

Le droit du travail, en ce qu'il est un « droit vivant »²⁶⁵, compris comme un droit en perpétuelle mutation, est difficilement saisissable. Identifier un modèle de droit du travail s'avère donc être un exercice périlleux, en ce « que le droit du travail donne lieu - et depuis toujours - à une irréductible pluralité de représentations qui, appréhendées conjointement, en dévoilent le montage complexe : images d'un droit protecteur, d'un droit ambivalent, d'un droit organisateur, mais également d'un droit conflictuel, d'un droit d'équilibre, d'un droit de compromis »²⁶⁶. Le droit du travail ne serait donc pas la projection d'une dynamique unique,

²⁵⁹ M. PENICAUD, « La grande transformation », *Sem. soc. Lamy* 25 sept. 2017, n° 1783, p. 3.

²⁶⁰ « MACRON - Réforme du travail : "Une révolution copernicienne" », *Le Point* du 30 août 2017.

²⁶¹ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, p. 32.

²⁶² F. GEA, « Les soubassements de la réforme », *RDT* 2017, p. 583.

²⁶³ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, éd. Champs sciences cité par A. PERULLI, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail - Entre néolibéralisme et néolabourisme », *Dr. soc.* 2015, p. 732.

²⁶⁴ A. PERULLI, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail - Entre néolibéralisme et néolabourisme », *Dr. soc.* 2015, p. 732.

²⁶⁵ J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, 26^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2017.

²⁶⁶ F. GEA, « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017, p. 998.

mais l'intersection de projections issues de dynamiques multiples – voire concurrentes – à l'œuvre.

Historiquement, le droit du travail était un droit de liberté du travail lorsque ce dernier avait pour but d'évader le travail des corporations. Son rôle fut ensuite celui de la construction d'une branche autonome du droit. La logique néolabouriste, fondée sur la protection des intérêts individuels et collectifs des salariés fit enfin irruption.

La trajectoire du droit du travail et de ses fonctions témoigne du fait que ce droit est en construction. Partant, son orientation axiologique évolue de manière similaire.

Avec pour toile de fond les suites de la crise économique de 2008 et de la nouvelle révolution industrielle dite technologique, il a semblé nécessaire de réformer le droit du travail. La globalisation financière a exercé une influence identique : « les marchés financiers ont subrepticement assis leur suprématie sur le marché du travail, transformant le droit du travail lui-même en un outil de politique économique ayant pour finalité un fonctionnement efficient du marché »²⁶⁷. En conséquence, le paradigme naissant du nouveau droit du travail connaît pour principal paramètre l'efficacité économique : la valeur sociale devient alors de second plan. Cette différence d'appréhension de l'efficacité d'un système juridique fait montre de l'ascension qu'a connue l'analyse économique du droit, caractéristique du néolibéralisme.

Les réformes actuelles du droit du travail ont contribué à déplacer le curseur, initialement situé entre néolabourisme et néolibéralisme, caractéristique de la « flexisécurité », vers une prépondérance du néolibéralisme pour fonder la « libersécurité ». La liberté ici « perd le sens ordinaire de la liberté économique mais assume celui de la liberté du sujet dans la construction de ses transitions professionnelles, alors que la sécurité cesse de représenter une garantie sociale pour le travailleur et devient un attribut de *l'homo oeconomicus*, de sa rationalité mercantile et organisationnelle. La liberté devient alors la valeur prédominante du nouveau paradigme, réunissant la sphère économique au détriment d'autres valeurs telles que la solidarité, l'égalité, la participation, la démocratie sociale »²⁶⁸. Le droit du travail se mue ainsi en droit du marché du travail. Il deviendrait « glocal »²⁶⁹.

²⁶⁷ A. PERULLI, *art. préc.*, p. 735.

²⁶⁸ A. PERULLI, « Les ordonnances Macron et le Jobs Act : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », *Dr. soc.* 2018, p. 86.

²⁶⁹ N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, Thèse, Angers, 2010, p. 224.

Cette modification paradigmatique du droit du travail emporte différentes suites, tant du point de vue du droit des relations individuelles de travail que de celui du droit des relations collectives du travail.

Objet de notre intérêt, il convient alors d'envisager ses conséquences sur le droit des relations collectives.

B. L'incidence du changement de paradigme sur la négociation collective

L'apparition d'un nouveau paradigme en droit du travail emporte des suites remarquables en matière de négociation collective.

Le rapport Combrexelle, à l'image de ce que le rapport De Virville préconisait déjà en son temps²⁷⁰, constatait que « la norme sature quantitativement et qualitativement le dialogue social et la négociation collective »²⁷¹. Aussi, ce pan du droit devait être réformé. Le rapport a en ce sens proposé d'augmenter le recours à l'accord d'entreprise libre, comme de promouvoir la négociation imposée²⁷². Il a également été porté pour « projet, à moyen terme c'est-à-dire dans un délai maximal de quatre ans, d'une nouvelle architecture du code du travail faisant le partage entre les dispositions impératives, le renvoi à la négociation collective et les dispositions supplétives en l'absence d'accord »²⁷³ aux termes de la proposition 26 dudit rapport.

C'est faire le constat des limites de la technique dérogatoire. A ce titre, le rapport souligne que « les effets de la loi du 4 mai 2004 permettant de déroger par accord d'entreprise à un niveau supérieur, y compris hors principe de faveur, paraissent avoir été limités. Un bilan de la loi effectué en 2008 a montré que les partenaires sociaux ont eu plutôt tendance à « verrouiller » la faculté de déroger des entreprises, dans les accords de branche, comme les y autorisait la loi. Pour les années suivantes, il n'a été fait, ni par les partenaires sociaux, ni par l'État, de suivi permettant d'évaluer aujourd'hui l'importance des accords d'entreprise « dérogatoires ». Bizarrement, cette question ne semble pas intéresser les acteurs de la négociation. Tant côté syndical que DRH, beaucoup de négociateurs d'accords d'entreprise

²⁷⁰ M. DE VIRVILLE, Pour un code du travail plus efficace, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004.

²⁷¹ J.-D. COMBEXELLE, « La négociation collective, le travail et l'emploi », France Stratégie, 9 sept. 2015, p. 78.

²⁷² G. FRANCOIS, « Conventions et accords collectifs - Promouvoir la négociation collective d'entreprise », *JCP S* 2016, n°1183.

²⁷³ J.-D. COMBEXELLE, *art. préc.*, p. 81.

reconnaissent à demi-mot que la négociation de ces accords se fait « à l'aveugle », sans aucunement se préoccuper du contenu de l'accord de branche couvrant le secteur dans lequel est située l'entreprise, et donc des clauses de « verrouillage » éventuelles »²⁷⁴.

Ce faisant, reprenant la définition du changement paradigmatique avancée par Thomas Kuhn, il est imaginable de considérer la technique dérogatoire comme le marqueur de la crise de l'ancien paradigme conventionnel du droit du travail envisagé comme une vocation axiologique à la progression des droits des salariés.

S'en est suivi, au titre du « vent de flexibilité »²⁷⁵ qui souffla sur notre droit du travail depuis au moins le milieu des années 1980, un déploiement de la technique de la dérogation conventionnelle qui avait pour ambition d'adapter le droit du travail.

Toutefois, suite au constat de l'inefficacité de l'outil dérogatoire du fait des facultés de verrouillages largement utilisées par les accords de branche, il a fallu trouver un outil propre à promouvoir la négociation d'entreprise. La description dans le rapport Combrexelle de la stérilité des aptitudes dérogatoires verrouillées au niveau de la branche eut pour effet de remettre en cause ce modèle juridique pour tendre vers un nouveau modèle : « la négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi mais acquiert un champ propre, ce qui constitue un véritable changement de paradigme »²⁷⁶. Certains auteurs, comme le professeur Teyssié, ne sont en revanche pas de cet avis, préférant y voir le prolongement des réformes anciennes plutôt qu'une véritable transformation²⁷⁷.

D'autres auteurs redoutent quant à eux les effets de pareil changement : « la négociation collective, dans sa logique de pérennisation des acquis et d'empilement au plus favorable des garanties collectives, visait à réduire les incertitudes du marché capitaliste pour les salariés, voire à le dépasser. Dans le nouveau « modèle social » visé par les réformateurs, il s'agit plutôt de conduire les syndicalistes et, par leur intermédiaire, tous les salariés, à intérioriser comme une donnée indépassable les incertitudes du marché, les baisses de salaire, le changement de poste de travail ou la perte d'emploi »²⁷⁸.

²⁷⁴ J.-D. COMBEXELLE, *art. préc.*, p. 29.

²⁷⁵ F. GEA, « Les soubassements de la réforme », *RDT* 2017, p. 583.

²⁷⁶ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, p. 32.

²⁷⁷ B. TEYSSIE, « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S* 2017, n°1294.

²⁷⁸ G. GOURGUES, K. YON, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », *RDT* 2017, p. 628.

Au temps des projets, des rapports et des avancées théoriques succède le temps de l'intervention étatique. Aussi convient-il de s'intéresser, après avoir envisagé le renouveau paradigmatique qui a affecté le droit du travail, le temps de sa consécration.

§2. La consécration du nouveau paradigme en matière de négociation collective

La reconnaissance d'un nouveau paradigme en droit du travail à travers les réformes récentes se manifeste par la création d'un nouvel ordonnancement des normes professionnelles (A) au terme duquel la supplétivité se retrouve consacrée (B).

A. Le nouvel ordonnancement des normes conventionnelles

Le nouvel ordonnancement des normes professionnelles se traduit principalement par la primauté accordée à la convention d'entreprise (1), marqueur certain de la perte de valeur hiérarchique de la branche (2).

1. La primauté de la négociation d'entreprise consacrée

La loi du 8 août 2016²⁷⁹ a constitué les prémices du principe de primauté de la convention d'entreprise. Si le principe n'est pas encore posé de manière générale, ladite loi prévoit pour un certain nombre 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 ne valait qu'à l'égard du seul domaine du temps de travail, et, plutôt qu'une édicition générale, le législateur s'est attaché à reconnaître une primauté à chaque sous-section. Il s'est par ailleurs parfois écarté du principe, réservant à une convention de branche étendue telle ou telle question.

²⁷⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JO du 9 août 2016, texte n°3.

Par la suite, l'article 1er de l'ordonnance n° 2017-1385²⁸⁰, ratifiée par une loi du 29 mars 2018²⁸¹, 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 en ressort un principe : sinon les cas prévus par la loi, la convention d'entreprise prévaut sur la convention de branche. Le champ de la primauté de la négociation d'entreprise est sensiblement élargi : elle devient la règle générale d'articulation des niveaux de négociation collective.

Est ainsi consacrée la primauté de l'accord d'entreprise : ce dernier est « décentralisé »²⁸², ce qui marque « un déplacement de la force centrifuge de la négociation collective »²⁸³. La norme privilégiée est la norme de proximité²⁸⁴.

La primauté de la négociation d'entreprise se situe dans le sillon de l'adaptabilité et de la flexibilité de la norme : « 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 adéquation avec la capacité économique de l'entreprise »²⁸⁵. Aussi, parfaitement intégrée dans la perspective de la réalisation du paradigme du « droit du marché du travail », la

²⁸⁰ Ord. n°2017-1385, 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, *JO* du 23 septembre 2017, texte n° 29.

²⁸¹ Loi 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, *JO* du 31 mars 2018, texte n°1.

²⁸² A. PERULLI, « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *RDT* 2015, p. 176.

²⁸³ A. MARTINON, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2018, 1047.

²⁸⁴ Le principe de proximité trouverait ses origines dans la doctrine sociale de l'église catholique au XIXème siècle, v° G. LYON-CAEN, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.* 1993, chron. XXXIII : « L'idée vient de la doctrine sociale de l'Eglise. Il s'agissait au XIXème siècle d'adopter une position intermédiaire entre l'individualisme libéral et le socialisme libéral. L'Etat a le devoir d'intervenir, mais là seulement où l'initiative privée est en défaut ».

²⁸⁵ P.-H., ANTONMATTEI, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2018, p. 160.

primauté de la norme issue de la négociation d'entreprise, le processus d'adaptabilité de la norme passerait par la négociation de terrain comme cela a été soutenu à de nombreuses reprises²⁸⁶.

Aussi, face à l'instabilité du marché économique, l'entreprise, niveau pertinent et nécessaire de négociation, permet la « flexibilité d'emploi des règles de la main d'œuvre, c'est-à-dire d'ajustement de ces règles aux impératifs de la compétitivité »²⁸⁷.

L'accord d'entreprise ainsi placé au centre du système conventionnel, se retrouve libéré de la valeur hiérarchique de la négociation de branche.

2. La perte progressive de la valeur hiérarchique de la négociation de branche

Historiquement, la convention d'entreprise était considérée comme un outil d'amélioration de la convention de branche. Les premières atteintes à ce principe se sont trouvées dans les accords dérogatoires. A titre d'exemple, la loi du 4 mai 2004 permet à l'accord d'entreprise de primer sur l'accord de branche sauf dans quatre domaines comme nous l'avons déjà souligné. Toutefois, cette faculté de se détacher de la valeur hiérarchique de la branche est subordonnée à l'absence de prévision contraire de la branche, ce qui n'illustre pas un réel délitement de la valeur hiérarchique eu égard à la théorie de l'autolimitation.

La loi du 20 août 2008²⁸⁸ est à cet égard plus révélatrice. Elle consacre pleinement l'autonomie de la convention d'entreprise par rapport à la convention de branche quant à plusieurs domaines relatifs au temps de travail.

Ici, la valeur hiérarchique de la branche est entamée : sur les thèmes déterminés, la convention de branche ne s'applique qu'en l'absence de convention d'entreprise et la convention d'entreprise s'applique prioritairement.

De plus, il n'est pas exigé une condition d'amélioration. Il est indifférent que la convention d'entreprise améliore ou péjore les droits prévus dans l'acte conventionnel de branche : nul besoin de comparer les stipulations conventionnelles d'entreprise et de branche.

²⁸⁶ F. MOREL, « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 405 ; G. CETTE et F. MOREL, 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 ».

²⁸⁷ E. DEVAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, coll. Planète Social, LexisNexis, 2016, p. 84-85-86.

²⁸⁸ Loi n°2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* du 21 août 2008, texte n° 32.

Aussi, la supériorité hiérarchique de la branche sur l'entreprise s'en est retrouvée mise à mal, toutefois pour un seul domaine. Il faut donc convenir d'un renversement hiérarchique très circonscrit.

L'ordonnance n°2017-1385 étendra cette priorité, sauf pour 17 thèmes²⁸⁹, à l'ensemble des domaines ouverts à la négociation collective.

A l'image de la primauté mise en place en 2008, il est indifférent que la négociation d'entreprise améliore ou péjore les droits des salariés contenus dans les prévisions conventionnelles de branche : la primauté concerne l'application. La branche est supplétive de la convention d'entreprise : « occuper le terrain sera le prix de la course »²⁹⁰.

Si « la consécration du principe de primauté de la convention d'entreprise était attendue »²⁹¹, elle n'est toutefois pas le fruit d'une reconnaissance soudaine mais plutôt progressive.

De plus, le mouvement n'est pas forcément arrivé à son aboutissement, dans le sens où certains thèmes font encore montre d'une supériorité de la branche. Il est imaginable que ces thèmes glissent aussi vers une primauté de l'accord d'entreprise.

Quant à ces 17 thèmes qui ne participent pas de la primauté de la négociation d'entreprise, cette énonciation reste à nuancer du fait de la consécration de la règle d'équivalence.

B. La consécration de la règle d'équivalence

Dans les domaines de primauté de la branche sur la négociation d'entreprise, est substituée à la règle de l'application de la disposition la plus favorable dite règle ou principe de faveur la règle de l'équivalence (A), ce qui constitue un marqueur du changement paradigmatique en droit du travail (B).

²⁸⁹ C. trav., art. L. 2252-1, L. 2253-2.

²⁹⁰ A. BUGADA, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S* 2018, 1056.

²⁹¹ H. GUIZIEN, *L'articulation des niveaux de négociation collective*, Mémoire de l'Université Aix-Marseille, 2017-2018, p. 27.

1. La règle de l'équivalence

Outre le principe de la primauté de la négociation d'entreprise, le législateur a réservé certains thèmes du bloc 1 et du bloc 2 de négociation collective à la supériorité hiérarchique de la branche. En effet, que ces thèmes soient réservés à la négociation de branche²⁹², ou bien qu'ils puissent faire l'objet d'un « verrouillage » par ladite négociation²⁹³ – à l'image de ce qui existait sous l'empire de la loi du 4 mai 2004 – la convention de branche prime sur la convention d'entreprise.

Malgré le fait que la branche ait conservé sur ces points sa valeur hiérarchique quant à la négociation d'entreprise, l'application d'un accord d'entreprise dans ces domaines n'est pas complètement exclue. En effet, les stipulations d'une convention d'entreprise trouvent à s'appliquer si elles présentent des garanties au moins équivalentes à celles qui sont prévues au niveau de la branche. Auparavant, c'est le principe de faveur qui réglait ces conflits de normes. Désormais, la convention de branche prime sur ces sujets, sinon à ce qu'une convention d'entreprise prévoit des garanties identiques ou supérieures.

Afin d'accentuer le rôle de la norme de proximité, à niveau de garantie similaire, l'accord d'entreprise prévaut sur l'accord de branche dans les thèmes pour lesquels la branche conserve en principe sa suprématie. Cela fait montre de la forte promotion que le législateur a entendu faire de la négociation d'entreprise.

Cela témoigne encore d'un éventuel affadissement de la fonction améliorative de la négociation collective.

2. L'équivalence comme marqueur du recul de la fonction améliorative de la négociation collective

Lorsque le principe de faveur trouvait à s'appliquer, il exigeait « un traitement préférentiel donc supérieur. On passe du nécessairement supérieur au supérieur ou égal »²⁹⁴. En effet, le passage de l'application de la disposition la plus favorable aux garanties au moins équivalentes marque un premier infléchissement de la fonction améliorative de la négociation

²⁹² C. trav., art. L. 2253-1.

²⁹³ C. trav., art. L. 2253-2.

²⁹⁴ J.-F. CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, n°1306.

collective qui n'a rien d'anodin. C'est notamment ce qu'a souligné le professeur Lokiec : « à protection identique, le niveau de l'entreprise prévaut, ce qui constitue un premier infléchissement par rapport au principe de faveur »²⁹⁵.

Fondue dans la dynamique du droit du marché du travail, la substitution de la règle d'équivalence à la règle de faveur renseigne que la négociation collective « est devenue un outil utilisé de diverses façons en fonction de l'environnement dans lequel évolue la communauté de travail »²⁹⁶.

Un argument supplémentaire en faveur d'un recul de cette fonction améliorative réside dans le fait que la branche conserve une valeur hiérarchique dans un nombre circonscrit de domaines de négociation collective.

Toutefois, l'idée d'atteinte à la fonction améliorative est à relativiser. Le fait que le législateur continue à attribuer à la branche ce rôle de garde-fou, de prescripteur de garanties minimales semble indiquer qu'il faut qu'il prévoie un niveau similaire de garanties pour qu'un accord d'entreprise prime un accord de branche.

L'idée d'un renouveau paradigmatique en matière de négociation collective semble s'imposer : l'ascension irrésistible de l'accord d'entreprise, le recul de la valeur hiérarchique de la branche et la reconnaissance d'une nouvelle norme d'articulation des niveaux conventionnels sont autant d'indices qui inclinent à penser la consécration d'un nouveau modèle social.

L'apparition d'un nouveau paradigme fait appel à de nouveaux outils et en chasse éventuellement d'anciens. Constater le recul du principe de faveur interroge. Qu'en est-il de la dérogation ?

Section 2

La reconnaissance de la supplétivité, source d'influence au détriment de la dérogation

Si la supplétivité reconnue par le droit du travail ferait de l'ombre à la technique de la dérogation conventionnelle (B), l'étude du droit positif ne peut faire l'économie d'une étude théorique de leur rapport (A).

²⁹⁵ P. LOKIEC, « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », *Sem. soc. Lamy* 11 septembre 2017, n° 1781.

²⁹⁶ E. DEVAUX, *op. cit.*, p. 85.

§1. Le rapport théorique entre la supplétivité et la dérogation

Avant d'envisager les rapports – parfois ambigus – que les notions de supplétivité et dérogation entretiennent entre elles (B), il convient de définir la supplétivité (A).

A. La définition de la supplétivité

Le nécessaire préalable à la présentation du rapport théorique entre la supplétivité et la dérogation suppose de définir ce qu'est la supplétivité²⁹⁷. Ce qui est supplétif désigne ce « qui remplace, s'applique à défaut de..., comble une lacune. 1 : Se dit d'une règle applicable à défaut d'autres dispositions (légales ou conventionnelles) »²⁹⁸. Dans le même sens, « est supplétive ou interprétative (sous-entendu de la volonté des sujets de droit), la loi qui statue pour l'hypothèse où ceux-ci n'en auraient pas autrement disposé, et dont, par conséquent, ils peuvent écarter l'application par une manifestation de volonté contraire »²⁹⁹. Il convient désormais d'affiner ces définitions.

En premier lieu, la règle supplétive s'applique à défaut d'une manifestation de volonté contraire ou alternative. En effet, « pour le juriste, l'adjectif [supplétif] évoque un caractère particulier de la règle de droit. Supplétive de volonté, la règle de droit est communément définie comme celle qui n'a vocation à s'appliquer que lorsque la volonté individuelle ne s'est pas exprimée sur le point considéré »³⁰⁰. La supplétivité se conçoit alors comme un outil de promotion de la volonté individuelle - en ce qu'elle intervient « à défaut »³⁰¹ d'une autre. En cela, elle apparaît comme un véritable vecteur de flexibilité et d'adaptation de la norme.

²⁹⁷ Pour une définition usuelle, v° P. MORVAN, *art. préc.*, p. 680 : « Dans le vocabulaire courant, linguistique ou militaire, « supplétif » désigne ce qui est destiné à venir en aide à ce qui est incomplet ou insuffisant, ce qui complète ou sert de supplément. De même que des troupes supplétives sont levées temporairement afin de renforcer l'armée régulière, la norme supplétive s'applique, selon une locution législative usuelle, « à défaut de » ou « en l'absence de » la norme régulière ».

²⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

²⁹⁹ Rép. Droit civil, v° Lois et décrets, par L. Bach.

³⁰⁰ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 1.

³⁰¹ S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 84 : « elle intervient « à défaut » d'une autre. La locution la plus topique, qui rend compte le plus certainement de cet aspect, est précisément 'à défaut' », « En la matière, il faut toutefois se garder d'accorder un poids excessif aux mots qui sont employés dans les textes. Si l'expression « à défaut ... » peut être un bon indicateur de la supplétivité d'une règle, il n'en constitue pas non plus le mode exclusif par lequel cette dernière se manifeste. Aussi son absence ne saurait suffire à exclure le caractère supplétif. Tout va dépendre du mode d'articulation qui est organisé entre les règles. C'est pourquoi, à côté de manifestations expresses et claires de la supplétivité, celle-ci peut également être déduite de la teneur d'un texte ».

« D'un point de vue technique, la règle juridique supplétive ne constitue qu'une toile de fond, qui n'a vocation à être mobilisée qu'en l'absence d'une règle issue d'une autre source juridique déterminée et portant sur le même objet. Cette articulation peut également concerner, au-delà des règles, des catégories de sources juridiques »³⁰².

Appliquée au droit du travail, la supplétivité peut prendre « deux formes »³⁰³. La première est celle de la supplétivité de la norme légale par rapport à la norme conventionnelle. En vertu de cette supplétivité, la loi ne s'applique qu'à défaut de prévision conventionnelle. La seconde est celle de la supplétivité d'un niveau conventionnel par rapport à un autre niveau conventionnel. Ce sera notamment le cas lorsqu'un accord de branche est supplétif par rapport à un accord d'entreprise : l'accord de branche ne trouvera à s'appliquer qu'à défaut de prévision de l'accord d'entreprise.

La supplétivité désigne donc un mécanisme d'articulation particulier entre deux normes : la règle supplétive et la règle fruit de la volonté individuelle.

Dans ces deux hypothèses, « il ne peut donc s'agir d'un accord qui déroge... à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent. Il n'est pas dérogatoire : il est la règle »³⁰⁴.

Si la règle supplétive peut être écartée par une manifestation de volonté, est-ce à dire qu'elle n'est pas impérative ?

La règle supplétive a longtemps été considérée comme en opposition absolue à la règle impérative. En effet « par contraste avec la règle supplétive, la règle impérative ne formerait jamais un lieu d'expression et d'épanouissement des préférences individuelles, les particuliers ne disposant, à son égard, d'aucune marge de manœuvre »³⁰⁵.

Toutefois, l'impérativité d'une norme peut faire l'objet de degrés différents. « Sa nature n'est pas mise en cause. Si l'on se réfère aux analyses de Catherine Thibierge sur l'éventail de la normativité juridique, il est même permis d'avancer que le supplétif constitue une espèce, parmi d'autres, de ce genre que constitue l'obligatoire. Le propre de la règle supplétive est simplement d'être 'obligatoire par défaut' »³⁰⁶. Ce n'est pas parce que sous certaines conditions, une norme peut être écartée qu'elle ne serait pas impérative.

³⁰² S. FROSSARD, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. soc. Lamy* 8 juin 2015, n° 1680.

³⁰³ J. ICARD, « Une lecture économique du projet de loi Travail », *JCP E* 2016, n°455.

³⁰⁴ F. FAVENNEC-HERY, « Mutations dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 39.

³⁰⁵ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁶ F. CANUT, F. GEA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) – A propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. Soc.*, 2017, p. 47.

Aussi, lorsque les acteurs auxquels est confié le soin de manifester leur volonté individuelle afin d'écarter l'application de la norme supplétive n'usent pas de pareille faculté, ladite norme retrouve toute son obligatorité. Cela conduit à penser que « supplétive ou impérative, la norme juridique est donc toujours obligatoire, dont l'application s'impose irrésistiblement lorsque les conditions présidant à son entrée en scène se trouvent vérifiées au cas d'espèce »³⁰⁷.

Ainsi, la norme supplétive demeure impérative.

La supplétivité ayant été définie, il convient d'en énoncer les rapports avec la dérogation.

B. La distinction entre la supplétivité et la dérogation

Antinomiques³⁰⁸, identiques³⁰⁹, différentes³¹⁰, les rapports entre les notions de dérogation et de supplétivité divisent. La notion a fait l'objet d'une forte confusion légale³¹¹ ainsi que doctrinale. Au titre de cette dernière, le professeur Barthélemy estimait que la dérogation fait de la loi une solution supplétive de l'accord³¹² tandis que le professeur Supiot affirmait que c'est la supplétivité qui permet « la possibilité de conclure des accords dérogatoires, de branche ou d'entreprise »³¹³. Dans le même sens, le professeur Petit envisage l'ordre public dérogatoire comme « l'ensemble des règles présentant un caractère supplétif »³¹⁴. Autant d'énonciations qui témoignent de ce que l'admission de facultés dérogatoires traduirait le caractère supplétif des lois³¹⁵.

Or, « cette manière de réunir dérogation et supplétivité dans la même analyse est fondée sur le présupposé que ces deux mécanismes sont semblables et ne méritent pas d'être distingués »³¹⁶.

³⁰⁷ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 153.

³⁰⁸ H. TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2005, p. 113.

³⁰⁹ P. RODIERE, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi 'Fillon' sur le dialogue social », *Sem. soc. Lamy* 15 déc. 2003, n°1148, p. 5 : « supplétivité rime avec dérogeabilité ».

³¹⁰ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579.

³¹¹ S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 84 : « il arrive qu'une référence expresse au mécanisme de dérogation à la loi cache en réalité une supplétivité ».

³¹² J. BARTHELEMY, *J.-Cl. Trav.*, [Durée du travail], Fasc. 21-10, 1995.

³¹³ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 63.

³¹⁴ F. PETIT, *op. cit.*, p. 391.

³¹⁵ F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, p. 803.

³¹⁶ S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

En effet, « s'il est indéniable que dérogation et supplétivité présentent des similitudes, notamment quant à leur capacité/vocation à écarter des règles étatiques et à s'affranchir d'une logique d'articulation dominée par la faveur faite au salarié, la supplétivité va plus loin et se montre plus radicale que la dérogation »³¹⁷.

« 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 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 »³¹⁸.

La supplétivité se distingue de la dérogation en ce qu'elle est un outil supérieur de promotion de l'autonomie : « par la latitude qu'elle offre dans la fixation de la teneur matérielle des règles, la supplétivité est un instrument bien plus puissant encore que la dérogation. Elle signe un désengagement très prononcé de l'État dans l'édiction des règles et manifeste la volonté de privilégier d'autres registres normatifs »³¹⁹.

La dérèglementation³²⁰ est accrue par rapport à la dérogation. En effet, si la dérogation laissait intact le principe de la loi d'ordre public dérogeable, la règle supplétive est quant à elle reléguée au second rang. La supplétivité illumine la norme, objet de la manifestation de volonté. « Contrairement à la règle dérogeable, la règle supplétive ne constitue pas la règle de référence, qui est première ; elle promeut comme règle de référence, la règle, dont le contenu substantiel reste par hypothèse à définir, issue de la ou des sources juridiques qu'elle vise »³²¹.

La liberté offerte par la supplétivité est également plus grande que celle issue de la dérogation. « En dérogeant à une règle impérative, les individus exercent leur liberté dans le champ défini des possibles, qui, lui-même, s'impose à l'encontre de toute volonté individuelle. En retour, le mécanisme permet de circonscrire la liberté particulière que la règle supplétive, seule, leur procure »³²². La dérogation autorise une substitution à la règle impérative en principe applicable une norme différente dont les contours sont toutefois dessinés par le législateur.

³¹⁷ S. FROSSARD, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. soc. Lamy* 8 juin 2015, n° 1680.

³¹⁸ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579.

³¹⁹ S. FROSSARD, *art. préc.*

³²⁰ A. SUPLOT, « Dérèglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195 : la notion de dérèglementation s'apparente à une redistribution du pouvoir normatif, « par une valorisation du droit conventionnel face au droit étatique ».

³²¹ S. FROSSARD, *art. préc.*

³²² C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 268.

A l'inverse, la supplétivité « est une liberté de principe dont les possibilités d'expression ne sont pas, *a priori*, définies et imposées par l'ordre juridique »³²³. C'est dire que si l'aptitude à la dérogation était un vecteur d'autonomie encadrée, la supplétivité apparaît comme un vecteur d'autonomie moins encadrée : le législateur semble par l'utilisation de ce mécanisme se délier un peu plus du contenu de la norme.

Après avoir indiqué la définition de la supplétivité et l'avoir distinguée de la technique dérogatoire, il convient de s'épancher sur la reconnaissance du mécanisme en droit du travail.

§2. La consécration du mécanisme de la supplétivité en droit du travail

La consécration de la supplétivité en droit du travail ne s'est pas faite en un jour : quelques reconnaissances ponctuelles (A) ont précédé une reconnaissance généralisée³²⁴ (B) du mécanisme.

A. La reconnaissance ponctuelle de domaines de supplétivité

Annoncée par l'exécutif³²⁵, la reconnaissance de la supplétivité en droit du travail s'est d'abords attachée à des dispositions ponctuelles.

En la matière, les lois les plus révélatrices sont les lois de 2003 et 2008.

La loi du 17 janvier 2003³²⁶ reconnaît la supplétivité de la loi en matière de majoration d'heures supplémentaires : « auparavant, le Code du travail fixait cette majoration à 25 % du salaire pour les huit premières heures accomplies au-delà de la durée légale, et à 50 % pour les heures suivantes. La loi du 17 janvier 2003 avait prévu, quant à elle, de renvoyer la détermination du montant de la majoration de salaire à la négociation collective, sous la condition de respecter un minimum de 10 % ; et ce n'est qu'en l'absence de conventions ou

³²³ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 268.

³²⁴ Le vocable est emprunté à F. CANUT, « L'ordonnancement des normes infra-étatiques - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc* 2016, p. 522 : « Le projet de loi Travail instaure une supplétivité généralisée de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise en matière de durée du travail ».

³²⁵ Exposé des motifs du projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail, et au développement de l'emploi, Conseil des ministres du 18 septembre 2002 : « la rénovation du dialogue social et le développement de la négociation collective ne seront effectifs que si l'Etat définit les principes fondamentaux du droit du travail et n'intervient que d'une façon supplétive en cas d'absence, de carence ou de défaillance de la norme conventionnelle ».

³²⁶ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JO* du 18 janvier 2003, p. 1080.

d'accords collectifs que le Code du travail imposait des taux de majoration variant, comme avant la réforme, entre 25 et 50 % du salaire »³²⁷. Connaît le même régime la fixation d'un contingent d'heures supplémentaires³²⁸.

Toutefois, ce dispositif n'a pas fait de vieux os, disparaissant à l'occasion de la réforme de 2008.

La loi du 20 août 2008³²⁹ a réintroduit des mécanismes de supplétivité à la norme légale. « Deux principaux thèmes sont concernés, dans cette loi, par la technique de la supplétivité de la règle étatique, l'un de manière flagrante, l'autre de façon moins apparente. Le premier porte sur le contingent annuel d'heures supplémentaires, le second sur l'aménagement du temps de travail »³³⁰.

« Cette sorte d'inversion des rôles entre le législateur et les acteurs de la négociation collective n'est cependant pas sans limite. En premier lieu, la supplétivité de la règle de droit du travail se présente comme une nouvelle exception au principe de faveur, principe fondamental. La règle de droit du travail ne devient donc supplétive que si le législateur le décide expressément. Ici encore, une autorisation législative est indispensable. Cette autorisation devra être recherchée dans la formulation du texte, à savoir une détermination de la norme par conventions ou accords collectifs de travail et, à défaut, le régime juridique minimum applicable »³³¹. Il ne saurait être fait mention d'une technique « hors contrôle », puisqu'elle fait l'objet d'un encadrement de l'Etat.

Un autre contrôle est celui exercé par le Conseil constitutionnel, qui, à l'endroit de la loi, objet de notre intérêt, a indiqué que le législateur n'ayant « pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos (...) » a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »³³². Le législateur doit donc bien veiller à prévoir les modalités de mise en œuvre de la norme négociée.

Ladite loi ne s'est pas contentée de prévoir la supplétivité de certaines normes légales, elle a également inséré la supplétivité de la négociation de branche par rapport à la négociation d'entreprise dans certains domaines.

³²⁷ M. POIRIER, « Négociation collective : arrêter le massacre », *Dr. ouv.* 2013, p. 88.

³²⁸ F. FAVENNEC-HERY, *art. préc.*, p. 38 : « Forte d'un droit de la négociation collective en pleine mouvance, la loi Fillon pose de nouvelles règles du jeu dans deux domaines. Relève du droit conventionnel, et, à défaut, d'un décret, la fixation d'un contingent d'heures supplémentaires ».

³²⁹ Loi n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* du 21 août, p. 13064.

³³⁰ F. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 381.

³³¹ M. POIRIER, *art. préc.*, p. 89.

³³² Cons. Const. 7 août 2008, décision DC n° 2008-568.

Du fait de l'utilisation massive par la négociation de branche de sa faculté à s'opposer à sa propre dérogeabilité, la loi n° 2008-789 a décidé, sur certains thèmes, de « faire sauter le verrou de la branche »³³³.

Pour ce faire, « le fil directeur de la réforme consiste à consacrer la supplétivité pure et simple de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement »³³⁴ dans cinq domaines essentiels³³⁵.

La supplétivité sera le plus souvent simple : si un accord d'établissement ou d'entreprise s'empare du thème en question, l'accord de branche ne trouvera pas à s'appliquer. L'accord de branche est supplétif de volonté.

Mais la supplétivité se dédouble parfois. Ce mécanisme, s'il prévoit en premier lieu l'articulation précédemment décrite pour la supplétivité simple, détermine en outre qu'en l'absence de prévision au niveau de l'entreprise et la branche, c'est un décret qui trouvera à s'appliquer. En effet, l'article L. 3122-2 du Code du travail prévoyait « une double supplétivité qui est instituée, dans la mesure où, en l'absence de tout accord collectif, un décret peut prendre le relais »³³⁶.

Ici, force est de constater que la supplétivité a été insérée en matière de droit du temps de travail, déjà reconnu comme « la figure de la déréglementation »³³⁷. Comme nous l'avons précédemment exposé, cette branche du droit du travail était jusqu'alors le fief de la dérogation conventionnelle. Aussi, ces deux vecteurs de flexibilité peuvent être présentés comme des outils concurrents : la reconnaissance de l'un chassant l'autre, les normes ayant une vocation d'articulation se remplacent. L'inefficacité de l'aptitude dérogatoire de l'accord d'entreprise, verrouillé par la négociation de branche a vu en la matière disparaître la dérogation au profit de la supplétivité.

³³³ J.-Y. KERBOUC'H, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. Soc.* 2008, p. 834.

³³⁴ F. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 382.

³³⁵ L'aménagement du temps de travail ; les conventions de forfait, en heures ou en jours, sur l'année, dont la conclusion ; le compte épargne-temps ; le remplacement du paiement des heures supplémentaires ; la mise en place du contingent d'heures supplémentaires.

³³⁶ F. CANUT, *art. préc.*, p. 382.

³³⁷ F. CANUT, *art. préc.*, p. 379.

Du fait de l'apparition de la supplétivité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise, mise en place par la loi de 2008, certains auteurs ont tenu un langage prophétique sur sa généralisation³³⁸.

B. La reconnaissance d'une politique générale de la supplétivité

« Du basculement du ponctuel au général, s'agissant des aménagements susceptibles d'être apportés à la norme légale par convention ou accord collectif d'entreprise, les signes avant-coureurs étaient perceptibles dans la loi du 17 août 2015 »³³⁹. Le basculement s'opèrera avec la loi du 8 août 2016³⁴⁰ et les ordonnances du 22 septembre 2017³⁴¹. Ce trio normatif marque l'avènement de la règle supplétive, la généralisation de la supplétivité³⁴².

Le droit de la négociation s'articule désormais largement autour d'un triptyque « ordre public », « champ de la négociation collective », « dispositions supplétives ». Il ressort de la mise en place de ce tryptique une promotion du mécanisme de supplétivité³⁴³.

La loi dite « Travail » de 2016 consacre la supplétivité en matière de temps de travail³⁴⁴, domaine qui connaissait déjà de touches ponctuelles de la mécanique supplétive. La loi devient supplétive de la négociation collective.

La supplétivité est également celle de l'accord de branche par rapport à la négociation d'entreprise : « l'article 13 de la loi prévoit un nouveau schéma de régulation collective en conférant la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Ceci concerne pour

³³⁸ F. MOREL, « Perspectives de développement de la négociation collective », *JCP S* 2012, 1106 : « On peut faire le pari que cette supplétivité accroîtra, au cours des prochaines années son espace ».

³³⁹ B. TEYSSIE, *Droit du travail, relations collectives*, 11 éd., Lexisnexus, 2018, p. 941.

³⁴⁰ Loi n° 2016-1088 du 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.

³⁴¹ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n°0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

³⁴² J. ICARD, « Une lecture économique du projet de loi Travail », *JCP E* 2016, n°455 : « L'incidence du raisonnement économique sur l'architecture normative est sensible, le projet proposant une généralisation de la supplétivité sous une double forme : supplétivité de la norme légale par rapport à la norme conventionnelle ; supplétivité de la norme conventionnelle de branche par rapport à la norme conventionnelle d'entreprise ».

³⁴³ F. CANUT, F. GEA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) – A propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 1042 : « « Le triptyque présidant à la réécriture des textes semble procéder par délimitation de territoires. Il impulse un mouvement de déterritorialisation, doublé d'une reterritorialisation (de la loi, en particulier). Les lieux s'en trouvent, sur le plan conceptuel, reconfigurés, à la faveur du recours à la technique de la supplétivité ».

³⁴⁴ A. GARDIN, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 723 : « Le moins que l'on puisse dire est que depuis l'entrée en vigueur de la loi travail, le titre 1^{er} du livre 1^{er} de la 3^e partie du code du travail a changé de visage. En matière de temps de travail et de congés, les règles s'ordonnent désormais autour d'une distinction entre « l'ordre public », le « champ de la négociation collective » et « les dispositions supplétives » applicables en l'absence d'accord d'entreprise ou de branche ».

l'instant, une quarantaine de dispositions dans le droit de la durée du travail : l'organisation des temps d'astreinte, la définition des emplois permanents pouvant être pourvus par des contrats de travail intermittents, la mise en place du compte épargne temps... »³⁴⁵. Force est donc de constater la généralisation de la supplétivité en matière de temps de travail.

Nombreux sont les auteurs à observer que cette consécration du mécanisme supplétive chasse la dérogation de ce champ de la négociation collective. La professeure Gardin assure que « la loi du 8 août 2016 est de ce point de vue particulièrement emblématique puisque sur plusieurs thématiques réformées le législateur a clairement fait le choix d'une loi supplétive au lieu et place d'une loi supportant la dérogation »³⁴⁶ tandis que les professeurs Favennec-Héry et Warsmann soutiennent que « la loi impérative recule, se transforme dans certains domaines en loi supplétive qui ne s'applique qu'en l'absence d'accord collectif sur le sujet. Ceci ôte un certain intérêt à la notion de dérogation »³⁴⁷.

Ce constat de recul de la dérogation est similaire au vu de la nouvelle articulation des niveaux conventionnels entre eux : « la loi du 8 août 2016 adopte une logique d'indépendance et d'autorégulation des accords. La technique de la dérogation s'éloigne »³⁴⁸.

La loi dite « Travail » portait en son sein les germes de l'ordonnance qui allait suivre puisqu'elle prévoyait en son article 1^{er} que pareille architecture normative serait étendue à l'ensemble de la partie législative du Code du travail, entamant ainsi sa « refondation ». A cette fin, « une commission d'experts et de praticiens des relations sociales est instituée », laquelle devra remettre « ses travaux au Gouvernement dans un délai de deux ans à compter de la promulgation » de ladite loi.

Aussi, loin d'être une reconnaissance cantonnée de la supplétivité, la loi du 8 août 2016 annonce la vocation à l'universalité – ou presque – de ce découpage normatif de la partie législative du droit du travail.

La salve d'ordonnances du 22 septembre 2017 étend à de nombreux domaines « la prévalence de la convention collective d'entreprise »³⁴⁹ sur celle de branche, même si certains domaines en sont exclus³⁵⁰, tandis que d'autres sont suspendus à la faculté de la branche de se

³⁴⁵ F. FAVENNEC-HERY, R. WEISMANN, « Les dérogations en droit du travail – Le recours à l'accord dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 718.

³⁴⁶ A. GARDIN, *art. préc.*, p. 722.

³⁴⁷ F. FAVENNEC-HERY, R. WEISMANN, *art. préc.*, p. 715.

³⁴⁸ F. FAVENNEC-HERY, R. WEISMANN, *art. préc.*, p. 719.

³⁴⁹ G. AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.* 2017, p. 1020.

³⁵⁰ C. trav., art. L. 2253-1, sous la réserve toutefois que la négociation d'entreprise ne stipule pas, sur ces points, de garanties au moins équivalentes. Il y a donc des hypothèses de concours entre branche et entreprise ici. A niveau équivalent de garanties, la négociation d'entreprise en sort vainqueur, signe de sa promotion.

verrouiller³⁵¹. Aussi, l'article L. 2353-1 dispose-t-il 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 ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique ». La convention de branche est alors supplétive³⁵².

La généralisation de la supplétivité à de nombreux nouveaux domaines emporte parallèlement un recul de la dérogation, à l'image de ce qui a été dit à l'endroit du temps de travail par la réforme de 2016.

Si « le passage de la loi supportant la dérogation à la loi supplétive traduit un affadissement du rôle de l'État »³⁵³, elle traduit *ipso facto* un certain dédain pour la dérogation.

CONCLUSION CHAPITRE I

Au terme d'une transition paradigmatique, le droit du travail se trouve toujours davantage soumis à la tutelle de l'économie, au point de tendre vers un « droit du marché du travail ». A l'endroit de la négociation collective, l'accord d'entreprise devient le centre de gravité³⁵⁴ : sa prévalence est assurée par la reconnaissance de la supplétivité.

Autrefois présentée comme le « point d'achèvement »³⁵⁵ de la mutation de l'élaboration du droit, la dérogation aurait finalement été une simple étape du droit du travail dans sa quête de corégulation : « l'adoption de règles impératives assorties de facultés dérogatoires n'aura été que le prélude à l'évolution de la matière vers l'introduction de dispositions supplétives »³⁵⁶. Ce dernier semble désormais lui préférer les faveurs de la règle supplétive qui la dépasserait³⁵⁷.

³⁵¹ C. trav., art. L. 2253-2.

³⁵² G. AUZERO, *art. préc.*, p. 1020 : « la convention de branche, elle est ravalée au rang de norme supplétive, uniquement applicable en l'absence d'accord d'entreprise ».

³⁵³ F. CANUT, *art. préc.*, p. 380.

³⁵⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p. 1027.

³⁵⁵ G. BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p. 636.

³⁵⁶ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 279.

³⁵⁷ F. BOCQUILLON, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, p. 805 : « Si bien que l'essor des lois supplétives en droit du travail traduit un dépassement progressif de la technique de dérogation : plutôt que de poser une loi impérative en l'accompagnant de facultés de

« La règle supplétive jouit, dans ses rapports avec l'élément volontaire, d'une position privilégiée, dévoilant une certaine réserve de l'ordre juridique à l'égard des arrangements dérogatoires »³⁵⁸. Objet d'autonomie et de flexibilité, la supplétivité caractérise désormais un pan important de la négociation collective, et signifierait le déclin de la dérogation. Cette opposition binaire mérite toutefois d'être nuancée.

dérogation conventionnelles, une plus grande place semble être laissée aujourd'hui aux lois supplétives (à l'égard desquelles on ne saurait parler de dérogation) ».

³⁵⁸ C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 585.

Chapitre II : LA SURVIE DE LA DEROGATION, SOURCE DE MULTIPOLARISATION DE L'AUTODETERMINATION

Une consécration de la supplétivité synonyme d'abandon de la technique de la dérogation conventionnelle semble être un constat radical.

En effet, un correctif doit être apporté à cette énonciation : la dérogation, bien qu'en perte de vitesse, a survécu (Section 1). Sa survie la fait coexister avec d'autres instruments de flexibilité, preuve de la multiplication des foyers normatifs d'autodétermination (Section 2).

Section 1

La survie de techniques dérogatoires

« On sait [...] que la tendance actuelle est clairement orientée vers une montée en puissance de la technique de la supplétivité et un repli de celle de la dérogation, même si cette dernière subsiste »³⁵⁹.

Il faut donc chercher des lieux de survie de la dérogation, que l'on trouvera à l'extérieur de la supplétivité (§1), comme à l'intérieur (§2).

§1. La survie de techniques dérogatoires exclusives de la supplétivité

Relativisant la généralisation du mécanisme de supplétivité au sein de l'ordre conventionnel en droit du travail, il convient de relever la survie de facultés dérogatoires. On en retrouve en premier lieu à l'extérieur des bornes de la supplétivité, au sein du bloc n°2 de négociation (A) bien que la branche puisse prévoir son impérativité (B).

A. La faculté de dérogation de l'accord d'entreprise à l'accord de branche dans le bloc n°2 de négociation collective

« Dans quatre domaines, les clauses des conventions et accords de branche, voire des accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, peuvent l'emporter sur celles des contrats collectifs d'entreprise, mais, d'une part, il faut que la convention ou l'accord de niveau supérieur le stipule expressément, d'autre part, cette primauté conventionnellement

³⁵⁹ A. GARDIN, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

affirmée ne s'exerce qu'à l'égard des conventions et accords d'entreprise conclus après l'entrée en vigueur du contrat collectif de niveau supérieur ; ceux antérieurement conclus ne sont pas affectés »³⁶⁰.

Ce dispositif concerne la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels visés à l'article L. 4161-1 du Code du travail, l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, l'effectif à partir duquel des délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical, et les primes pour travaux insalubres et dangereux.

C'est dire que « le principe – toujours posé – selon lequel les conventions et accords d'entreprise peuvent comporter des clauses dérogeant, y compris dans un sens défavorable aux salariés, aux stipulations des conventions et accords de branche, voire d'accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, ayant le même objet [...] subsiste »³⁶¹.

Le dispositif issu de la loi de 2004 déjà examinée survit donc dans l'ordre conventionnel.

B. La limite de l'impérativité de la branche

Au vu de la réception de ce mécanisme en 2004, force est de penser que les conventions et accords de branche continueront à déclarer leur impérativité, et par la même à se « pétrifier » : « l'épée de Damoclès que cette exception faisait peser sur la réforme du dialogue social ne fut pas longue à s'abattre. À peine la loi du 4 mai 2004 était-elle entrée en vigueur que les parties aux négociations de branche marquèrent leur volonté de placer en tête du document conventionnel un article premier interdisant toute dérogation aux articles suivants...

Le bilan de quatre années d'application de la loi du 4 mai 2004 présenté par le ministère du Travail le 17 janvier 2008 révèle que 80 % des accords de branche conclus comportent une telle clause d'impérativité et que les accords d'entreprise dérogeant à une convention de branche sont rarissimes ». ³⁶²

Ainsi la branche sera toujours immunisée aux dérogations. Cela conduit à penser que ces facultés de dérogations conventionnelles resteront purement théoriques dans bon nombre de branches. Aussi est-il permis de s'interroger sur l'opportunité du maintien de cet ordonnancement.

³⁶⁰ B. TEYSSIE, *Droit du travail, relations collectives*, 11 éd., Lexisnexus, 2018, p. 945.

³⁶¹ B. TEYSSIE, *op. cit.*, p. 943.

³⁶² P. MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p. 681.

Un tel maintien peut s'expliquer par le passage du principe de l'application de la disposition la plus favorable au principe d'équivalence. Si la branche se déclare indérogeable en se saisissant de sa primauté³⁶³, l'accord ou la convention d'entreprise peut trouver à s'appliquer si sont prévues des garanties au moins équivalentes. En effet, « L'insertion d'une exception, mettant en scène une règle d'équivalence (« sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes »), conduit subrepticement à reconnaître aussi, en ces domaines, une compétence possible de l'accord d'entreprise, fût-elle subsidiaire (et conditionnée). Pour cette même raison, l'accord d'entreprise semble, contre toute attente, susceptible également de jouer (et pas uniquement, on l'aura compris, par le truchement de dispositions jugées plus favorables), en dépit de clauses dites de « verrouillage » prévues par la convention de branche dans l'espace désormais restreint (quatre thèmes) où celles-ci peuvent continuer à produire effet »³⁶⁴.

Sachant que « cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant au même objet », cela ne manque pas de rendre complexe cette appréciation. Par le biais des garanties au moins équivalentes, on peut alors prévoir différemment. La seule réserve est qu'on ne peut prévoir moins favorable.

La dérogation a, comme énoncé, survécu dans le bloc n°2 de négociation collective, sous réserve que la branche n'ait pas « sanctuarisé » les 4 domaines dans lesquels la dérogation est possible.

Toutefois, d'autres facultés de dérogation conventionnelle existent, mais cette fois-ci, dans des domaines qui intéressent la supplétivité.

§2. La survie de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité

La dérogation ne survit pas uniquement par-delà les frontières de la supplétivité. La technique est également présente dans son enceinte.

Aussi, il convient d'étudier la survie de la dérogation au sein de la notion de supplétivité (A), comme en droit positif (B).

³⁶³ P. ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p. 1039.

³⁶⁴ F. GEA, « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017, p. 1000.

A. La survie *in utero* de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité

A l'aube de son élection, l'actuel Président Emmanuel Macron se disait « favorable à changer profondément la construction de notre droit du travail et permettre aux accords de branche et d'entreprise de déroger à la loi par accord majoritaire sur tous les sujets souhaités »³⁶⁵.

L'utilisation du vocable « dérogation » verra pourtant la supplétivité être consacrée. Cela nous renseigne sur la parenté que ces deux notions connaissent entre elles. La doctrine, s'emparant de cette reconnaissance de la supplétivité en droit du travail, s'est rapidement attachée à relever ses différences par rapport à la dérogation. Toutefois, la règle supplétive s'inscrit dans la même dynamique de production normative : l'autonomie contrôlée - ou encadrée.

En effet, dérogation et supplétivité sont toutes deux des outils de promotion de l'élément volontaire. Les deux font l'objet d'un choix, sont des outils dynamiques. La supplétivité « promeut comme règle de référence, la règle, dont le contenu substantiel reste par hypothèse à définir, issue de la ou des sources juridiques qu'elle vise »³⁶⁶. Il faut encore définir ce contenu substantiel, ce qui suppose une manifestation de volonté en ce sens.

Les deux techniques entourent une norme qui demeure impérative : « Il est vrai que la règle étatique, lorsqu'elle est supplétive au regard de l'accord collectif, demeure d'ordre public, en l'absence d'accord collectif, au regard du contrat individuel. Il en est de même lorsqu'elle est dérogeable »³⁶⁷.

Elles ont également la même incidence sur le modèle social : le principe de faveur est écarté aussi bien par la technique de la dérogation que par celle de la supplétivité³⁶⁸.

Elles partagent enfin un effet substitutif : la dérogation substitue à la norme de référence une autre norme, tandis que la supplétivité substitue la norme supplétive à une règle différente.

De ces constats, il ressort que la supplétivité ne serait alors que la faculté dérogatoire renversée. Le passage de la dérogation à la supplétivité serait la traduction du renversement de l'exception à la règle. La dérogation, envisagée comme une technique exceptionnelle

³⁶⁵ E. MACRON, *Révolution*, XO éd., 2016, p. 127.

³⁶⁶ S. FROSSARD, *art. préc.*

³⁶⁷ F. CANUT, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016, p. 521.

³⁶⁸ F. CANUT, *art. préc.*, p. 521.

d'adaptation de la norme se retourne pour devenir la supplétivité, une technique générale de promotion de la liberté individuelle, à défaut de laquelle s'applique la norme qui autrefois faisait figure de référence. « La supplétivité légale constitue ainsi le visage apaisé de la dérogation, c'est-à-dire du moins disant social »³⁶⁹.

« En définitive, même si une telle précision doit être apportée, les techniques de supplétivité et de dérogation permettent toutes deux d'élaborer des règles différentes dans les limites que la loi fixe elle-même. [...] il s'agit là plus d'une nuance que d'une véritable différence entre supplétivité et dérogation, ou devrait-on dire dérogeabilité »³⁷⁰.

Aussi, si la dérogation et la supplétivité présentent une parenté, voire une fraternité indéniable, la première ne survit pas que conceptuellement dans la seconde. Des dérogations conventionnelles sont situées dans le périmètre de la supplétivité.

B. La survie en droit positif de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité

La matière du droit du temps de travail est encore une fois frappée de sceau dérogatoire. Qui croyait toute dérogation chassée par la reconnaissance de la supplétivité en ce domaine serait surpris³⁷¹.

Tout d'abords, si l'article L. 3121-18 du Code du travail indique que la durée quotidienne de travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, c'est tout de même avec plusieurs réserves. L'une d'elles tient en la prévision de l'article L. 3121-19 dudit Code. Ce dernier prévoit qu'« une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif, en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de douze heures ». Les contours d'un accord dérogatoire sont alors dessinés : une faculté d'adaptation, offerte dans certaines hypothèses, de prévoir différemment qu'une norme d'ordre public. Ce n'est pas la seule hypothèse dans laquelle la convention négociée comprise dans le

³⁶⁹ J. ICARD, « Une lecture économique du projet de loi Travail », *JCP E* 2016, n°455.

³⁷⁰ N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, Thèse, Angers, 2010, p. 221.

³⁷¹ A. GARDIN, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 723 : « La réalité est tout autre et elle se découvre en scrutant le niveau 2 qui contient des dispositions relevant clairement de la dérogation conventionnelle à la loi. Tel est le cas du dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif qui peut être portée de 10 à 12 heures par un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche ou de celui de la durée maximale hebdomadaire pouvant être porté de 44 à 46 heures dans les mêmes conditions. On trouve également d'autres possibilités de dérogation conventionnelle dans le régime du travail de nuit, du repos quotidien, des congés payés ou encore du repos dominical ».

champ de la négociation collective peut substituer à la loi impérative d'ordre public une solution différente, péjorant les droits des salariés.

En effet, l'article L. 3121-23 du Code du travail à propos des durées hebdomadaires maximales de travail se situe dans le même sillon. Si la règle d'ordre public prévue aux articles L. 3121-20 qui dispose qu'« au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de quarante-huit heures » et L. 3121-22 au terme duquel « la durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures », des exceptions sont prévues. « Une fois encore des dérogations existent. Une convention ou un accord d'entreprise (ou d'établissement) ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le dépassement de cette durée, à condition que celui-ci n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de quarante-six heures »³⁷².

Des facultés de dérogations de la même veine existent. Il en est ainsi à propos du travail de nuit à l'article L. 3122-17 du Code du travail qui s'épanche sur la possibilité de dépassement de la durée maximale quotidienne de travail par voie conventionnelle. Sont encore prévues des aptitudes à la dérogation par accord quant à la durée légale minimale de 11 heures à l'article L. 3131-2, quant aux règles de fractionnement des congés payés aux articles L. 3141-20 et suivants, et enfin quant au repos dominical aux articles L. 3132-14 et suivants du Code du travail.

Il n'en faut guère plus pour conclure que « la dérogation réapparaît là où on ne l'attendait pas »³⁷³. Aussi, « La dérogation conventionnelle n'a donc pas disparu en matière de temps de travail, mais elle a incontestablement cédé du terrain à la supplétivité sur certaines thématiques »³⁷⁴. Elle aurait également survécu dans d'autres domaines.

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 emporte la création du « comité social et économique (CSE), [...] créature d'un nouveau droit de la représentation du personnel »³⁷⁵. Cette nouvelle instance consiste en la fusion des trois précédentes instances du personnel – délégués du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des

³⁷² W. FRAISSE, « Les effets du non-respect de la durée maximale de travail sur l'appréciation de la faute grave », *Dalloz actu.* 23 janv. 2019.

³⁷³ A. GARDIN, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

³⁷⁴ A. GARDIN, *art. préc.*, p. 723.

³⁷⁵ G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017, p. 1044.

conditions de travail (CHSCT). Loin d'être l'objet d'une consécration surprenante, pareille fusion était attendue³⁷⁶ et sollicitée³⁷⁷.

A côté de cette nouvelle instance obligatoire, est proposée la mise en place d'un Conseil d'entreprise, « institution ultime et emblématique de la nouvelle philosophie du dialogue social, tendant à aboutir à une codécision entre l'employeur et ses représentants du personnel »³⁷⁸. Née d'un projet avorté d'un pouvoir de négociation partagé entre représentation salariale et représentation syndicale³⁷⁹, et d'une volonté affirmée de certains groupements³⁸⁰, cette instance a pour l'heure rencontré un succès des plus limités³⁸¹.

Le conseil d'entreprise trouve son siège textuel à l'article L. 2321-2 du Code du travail, dont le premier alinéa dispose qu'il « peut être institué par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12. Cet accord est à durée indéterminée. Il peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical ». Il est remarquable que le texte légal n'ait pas indiqué le seuil d'effectif déclencheur de cette possibilité, ce qui n'a pas manqué de retenir l'attention de la doctrine³⁸². Si l'accord d'entreprise constitutif du conseil d'entreprise en cas de présence de délégués syndicaux répond aux conditions de négociation et de signature d'un accord de droit commun³⁸³, il n'en demeure pas moins que pareil accord procède d'une dérogation conventionnelle.

³⁷⁶ Des rapports ministériels militaient en ce sens, pour un exemple, v° M. DE VIRVILLE, Pour un code du travail plus efficace, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004.

³⁷⁷ Des lobbys militaient également en ce sens, pour un exemple, v° J. ATTALI, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008.

³⁷⁸ Le Lamy social, Partie 1, Division 15, Chapitre 12, 4584 – Le conseil d'entreprise une instance consultative et de codécision.

³⁷⁹ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. soc. Lamy* 9 octobre 2017, n°1785 : « Le président Macron avait promis de fusionner le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués du personnel dans une instance unique. Désireux de lui donner le pouvoir de négocier, le gouvernement a tenté de lui conférer ce rôle élargi, mais n'a pu obtenir un consensus social suffisant pour permettre à cette nouvelle instance de négocier des accords collectifs, alors même que des délégués syndicaux seraient présents dans l'entreprise ».

³⁸⁰ Différents rapports émanant de lobbys soutenaient cette solution, toutefois sous des conditions variables, pour un exemple, v° MONTAIGNE (Institut), Reconstruire le dialogue social, juin 2011.

³⁸¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, « De la négociation pour le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019, p. 204.

³⁸² G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018, n°1227 : « La doctrine est partagée quant à la question de savoir si un conseil d'entreprise peut être installé dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Ainsi que le souligne un auteur, « ce seuil s'impose eu égard à la logique d'une opération qui vise à transférer à l'instance élue de représentation du personnel l'essentiel de la fonction des délégués syndicaux, donc d'acteurs du jeu social dont la présence suppose que soit réuni l'effectif précédent ». Au soutien de la position inverse il a pu être relevé, d'une part, que la loi ne précise pas l'effectif de l'entreprise au sein de laquelle peut être mis en place un conseil d'entreprise et, d'autre part, que les attributions du conseil d'entreprise et ses modalités de fonctionnement « étant calquées sur celles du CSE, quelle que soit la taille de l'entreprise, il doit pouvoir être mis en place y compris dans les entreprises de moins de 50 salariés, à partir de 11 salariés ».

³⁸³ B. TEYSSIE, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018, n°1111.

En effet, la norme d'ordre public impose à la fois la mise en place d'un comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés au titre de l'article L. 2311-2 du Code du travail, et subordonne la validité de la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif à certains acteurs syndicaux aux termes de l'article L. 2231-1 du Code du travail.

Or, la lettre de l'article L. 2321-1 du même code indique que le conseil d'entreprise « est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement ». La loi d'ordre public impératif prévoit donc que, par accord collectif, soit remis en cause son principe, afin d'adapter la norme. Ici point l'effet substitutif de l'accord dérogatoire : la loi habilite, sous-condition d'accord collectif, les acteurs sociaux à disposer autrement que son principe, à lui « porter atteinte ». Il n'est pas dérogé à l'existence du CSE, puisque la conclusion d'un accord constitutif de conseil d'entreprise conduit à une « métamorphose »³⁸⁴ ou « transformation »³⁸⁵ du CSE, non à sa suppression. Il est en revanche dérogé au principe selon lequel la négociation, la conclusion et la révision des accords collectifs sont l'apanage des organisations syndicales représentatives des salariés lorsque ces dernières existent : « On comprend ainsi qu'en signant l'accord de transformation, les délégués syndicaux ne consentent pas à un partage du pouvoir de négocier ; ils l'abandonnent purement et simplement au conseil d'entreprise »³⁸⁶.

Cette dérogation conventionnelle apparaît encadrée en ce qu'elle comprend des clauses obligatoires³⁸⁷. De plus, des garanties doivent être prévues³⁸⁸.

« Aujourd'hui simple faculté ouverte à l'autonomie collective »³⁸⁹, il convient de se demander si ladite faculté ne connaîtra pas le même sort que la DUP conventionnelle, qui de l'exception, est devenue la règle.

Force est donc de constater qu'au sein même des champs qui ont vu la technique supplétive être affirmée, il reste quelques domaines où la dérogation conventionnelle fleurit toujours. Cette coexistence emporte le constat d'une multipolatisation de l'autodétermination.

³⁸⁴ B. TEYSSIE, *art. préc.*

³⁸⁵ A. TEYSSIE, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018, 1318.

³⁸⁶ G. AUZERO, *art. préc.*

³⁸⁷ A l'image de l'article L. 2321-6 du Code du travail qui dispose que « L'accord prévu à l'article L. 2321-2 comporte des stipulations relatives à l'indemnisation des frais de déplacement ».

³⁸⁸ G. AUZERO, *art. préc.* : « C'est en effet à l'accord de transformation de fixer les « thèmes » soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise, la formation professionnelle en faisant nécessairement partie, aux termes de l'article L. 2321-3 ».

³⁸⁹ G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel », *RDT* 2017, p. 615.

Section 2

La multipolarisation de l'autodétermination

La multipolarisation³⁹⁰ désigne l'action de rendre multipolaire, c'est-à-dire de comporter plusieurs pôles. Les pôles présentement envisagés sont des instruments normatifs de flexibilité, d'adaptation de la norme.

Avoir fait état de la coexistence de la supplétivité et de la dérogation conventionnelle dans le droit positif du travail invite à considérer la pluralité des techniques d'autodétermination (§1). La préférence reconnue à l'une d'entre elles serait alors affaire de contexte (§2).

§1. La variété des techniques d'autodétermination

« La variabilité d'association des acteurs à l'élaboration de la norme sociale est telle qu'elle entraîne inévitablement d'importants conflits de règles dans leur application. La résolution de ces conflits obéit également à une variété de principes qui mettent en cause les certitudes de l'organisation hiérarchique traditionnelle »³⁹¹. A cela, nous ajouterons que le droit du travail emprunte une variété d'outils, de techniques, qu'elles soient d'articulation (A) ou normatives (B).

A. La variété des techniques d'articulation

Les techniques d'articulation, orientées vers la volonté de flexibiliser les relations de travail, sont multiples. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer notamment que « diverses voies ont été explorées au fil des réformes, depuis l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives, en passant par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, jusqu'à celle n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : dérogation, subsidiarité, supplétivité, autonomie ? Il n'est donc guère surprenant que le dernier acte (en date) de cette progression reconnaisse la supplétivité de l'accord de branche, corollaire de la primauté de l'accord d'entreprise »³⁹².

³⁹⁰ Site internet wikipédia, page « Monde multipolaire » : « Le monde multipolaire correspond à un concept géopolitique, se référant à une situation où la puissance est partagée par plusieurs pôles ».

³⁹¹ N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, Thèse, Angers, 2010, p. 296.

³⁹² H. TISSANDIER, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT* 2016, p. 794.

C'est dire qu'outre la dérogation et la supplétivité, d'autres mécanismes, techniques d'articulation existent.

La subsidiarité en droit du travail interne est souvent comparée au mécanisme de subsidiarité de droit communautaire. « En bas latin juridique, les *subsidiarii* formaient des troupes de réserve ; partant, est subsidiaire ce qui vient en renfort d'une chose plus importante, principale (telles des conclusions subsidiaires, en droit) et qui constitue donc un élément accessoire »³⁹³.

Cette subsidiarité concerne notamment les cas où, de la seule convention de branche étendue compétente, le législateur adjoint la négociation d'entreprise et d'établissement. Il vide la branche de son aptitude à disposer seule : « en pareils cas, la loi organise la subsidiarité de la norme - en l'occurrence celle de la convention de branche étendue qui se trouve dépouillée de son monopole - et déplace le centre de la négociation ou de la décision. De dérogation ou de supplétivité il n'est point question à strictement parler, bien que le législateur puisse employer l'un de ces termes par facilité de langage »³⁹⁴.

Aussi, « l'accord d'entreprise qui supprime un accord de branche, frappé de subsidiarité par la loi, n'enfreint pas ses dispositions conventionnelles : il se conforme à des dispositions législatives supérieures à ces dispositions conventionnelles qui, au surplus, cessent d'être applicables »³⁹⁵.

La technique de la substitution est également de celles qui articulent désormais le droit du travail. En effet, « c'est à cette notion - cette technique - que le législateur a eu recours pour définir les rapports entre certains types de conventions ou accords collectifs »³⁹⁶.

Aux termes des articles L. 2253-5³⁹⁷, L. 2253-6³⁹⁸, et L. 2253-7³⁹⁹ du Code du travail, « les stipulations de l'accord collectif auquel la loi confère une primauté hiérarchique, à condition cependant que celui-ci le prévoit, « se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords » relevant de son périmètre, quelle que soit la date à laquelle ils ont été conclus »⁴⁰⁰. Par exemple, pour les accords d'entreprise compris dans le périmètre

³⁹³ P. MORVAN, *art. préc.*, p. 683.

³⁹⁴ P. MORVAN, *art. préc.*, p. 683.

³⁹⁵ P. MORVAN, *art. préc.*, p. 684.

³⁹⁶ F. CANUT, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) – A propos de la loi Travail du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2017, p. 50.

³⁹⁷ Pour les rapports entre accords de groupe et accords d'entreprise (ou d'établissement).

³⁹⁸ Pour les rapports entre accords d'entreprise et accords d'établissement.

³⁹⁹ Pour les rapports entre accords interentreprises et accords d'entreprise (ou d'établissement).

⁴⁰⁰ F. CANUT, *art. préc.*, p. 50.

d'un accord de groupe, « 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 ». Il est indiqué que l'accord doit le prévoir, ce n'est pas automatique.

La substitution ainsi opérée s'opère par la suite de plein droit et est permanente.

C'est dire que supplétivité et dérogation ne sont pas les seules normes d'articulation, et que l'accroissement du nombre de ces normes a de quoi donner le tournis à qui veut contempler l'actuelle structure normative conventionnelle.

« Continuité et rupture... La manière d'ordonner les rapports entre accords collectifs conclus à différents niveaux exprime la représentation que l'on se fait de l'ordonnement des normes »⁴⁰¹. Les normes d'articulation encouragent la flexibilité et la proximité des normes afin d'assurer, plus que jamais, la décentralisation de la norme.

Mais la variété n'est pas l'apanage des techniques d'articulation : elle se rencontre aussi dans les techniques d'autonomie normative.

B. La variété des techniques d'autonomie normative

Le législateur édicte de manière croissante des techniques d'autonomie normative. Ces dernières sont envisagées comme des techniques qui permettent aux acteurs d'aménager le droit.

La dérogation, comme il a déjà été soutenu, est une technique d'autonomie encadrée – en ce que le législateur circonscrit son domaine. La supplétivité, allant plus loin, se détache un peu plus du législateur. Toujours est-il qu'elle est tout de même consacrée par ce dernier.

D'autres normes sont en revanche plus éloignées du pouvoir central, et plus difficilement saisissables par notre ordre juridique. Un bon exemple en est donné par l'autorégulation, « lorsque le sujet de droit dispose de la capacité de produire des normes

⁴⁰¹ H. TISSANDIER, *art. préc.*, p. 808.

régulatrices pour se les appliquer à lui-même »⁴⁰². Rassemblée sous différents vocables⁴⁰³, la norme de « *self-service* »⁴⁰⁴ se caractérise par son caractère volontaire et son caractère privé.

Volontaire, la norme autorégulée a une place particulière au rang des sources du droit puisqu'elle ne fait pas l'objet d'un « encadrement de la part de l'autorité étatique »⁴⁰⁵. Elle est alors une source à la discrétion de son auteur privé. Toutefois, elle ne peut se substituer ou contredire la réglementation en vigueur : elle « constituerait une sorte de supplément d'âme qui dépasse les prescriptions légales »⁴⁰⁶. Norme non substitutive, elle serait complémentaire⁴⁰⁷ : Il convient de la voir comme un complément aux réglementations existantes.

Se pose alors la question, source de discordes, de son incidence sur les autres normes. Présentée comme propre à combler les vides, enrichissant le droit positif ou le ralentissant, la norme autorégulée connaît une fortune variable sous la plume de différents auteurs⁴⁰⁸. L'époque contemporaine se caractérise par une prise en compte croissante de ce phénomène normatif : « si la responsabilité sociale et environnementale des entreprises s'est initialement édifiée sur une base volontaire, le cadre législatif dans lequel elle s'exerce aujourd'hui est tel qu'il fonde un véritable droit français de la RSE »⁴⁰⁹. Toutefois, il faudra attendre l'application de la loi pour identifier si une telle reconnaissance n'est pas exclusivement cosmétique. Elle ne semblerait pas se donner les moyens de ses ambitions, en reconnaissant la « raison d'être » d'une entreprise. Cette innovation a reçu la qualification de concept « un peu fumeux. Au final ? C'est à la pratique et à la jurisprudence qu'il reviendra de préciser cette notion inédite, dont le caractère indicatif et optionnel reste questionné et qui constitue au fond un nouveau concept de droit mou »⁴¹⁰.

Malgré une reconnaissance légale, sa juridicité fait toujours débat.

Norme privée, elle émane souvent de la seule volonté d'une entreprise, bien qu'elle soit quelque fois négociée ou trouve dans l'Etat un partenaire de rédaction.

⁴⁰² E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 355.

⁴⁰³ Code de conduite, guide de bonnes pratiques, charte éthique ou déontologique, *men's agreement*, lignes directrices...

⁴⁰⁴ A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean Pélissier*, p.540.

⁴⁰⁵ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 360.

⁴⁰⁶ F. MEYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Dr. ouv.* 2005, p. 187.

⁴⁰⁷ C. NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.* 2006, p. 955 : « Il y a complémentarité entre responsabilité sociale de l'entreprise et législation – entendue au sens large – et non subsidiarité de la dernière par rapport à la première ».

⁴⁰⁸ E. JEANSEN, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁰⁹ I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *Dr. soc.* 2019, p. 47.

⁴¹⁰ I. DESBARATS, *art. préc.*, p. 48.

C'est dire que différentes techniques d'autonomie normatives coexistent et vont plus loin que la dérogation et la supplétivité.

Multiples, les techniques sont aussi variables.

§2. La variabilité des techniques d'autodétermination

Le monde subit des changements permanents. Le professeur Supiot, s'appuyant sur la philosophie pour illustrer ce phénomène⁴¹¹, l'applique au droit du travail : « par la position structurale qu'il occupe, au croisement de l'individuel et du collectif, du physique et du mental, de l'économique et du social, le droit du travail donne du changement une vue qu'il serait dommage de négliger »⁴¹². Le droit du travail est ainsi considéré comme un droit à la croisée de l'économique (A) et du social (B), dont les influences sont à expliciter.

A. L'influence économique

A l'époque des Trente Glorieuses, le droit du travail français était marqué par un contexte d'homogénéité⁴¹³ : il s'ensuit que « la gestion de l'emploi et de la durée du travail est encadrée par la législation et la réglementation, et si la concurrence internationale n'a qu'un impact modéré sur les résultats des entreprises, le dynamisme du régime de croissance entretient la stabilité des relations au sein des entreprises »⁴¹⁴.

En perte de vitesse économique, la France doit réagir⁴¹⁵. L'internationalisation engendre une crise de la compétitivité du tissu entrepreneurial français. Aussi, « le système juridique français qui a poussé très loin la codification des droits des salariés en accord avec les exigences de la mise en place du modèle fordiste est fortement déstabilisé par les évolutions [...] ». En

⁴¹¹ M. DE MONTAIGNE, *Essais*, livre III, chapitre II, « Du repentir » : « Le monde n'est qu'une branloire pérenne. Toutes choses y branlent sans cesse : la terre, les rochers du Caucase, les pyramides d'Égypte, et du branle public et du leur. La constance même n'est autre chose qu'un branle plus languissant ».

⁴¹² A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 487.

⁴¹³ J.-L. BEFFA, R. BOYER, J.-P. TOUFFUT, « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Dr. soc.* 1999, p. 1048.

⁴¹⁴ J.-L. BEFFA, R. BOYER, J.-P. TOUFFUT, *art. préc.*, p. 1040.

⁴¹⁵ J.-L. BEFFA, R. BOYER, J.-P. TOUFFUT, *art. préc.*, p. 1044 : « Le modèle productif fordiste a vu son efficacité fortement réduite. Il s'est transformé sous la pression de l'internationalisation, de l'intégration européenne, des techniques de l'information et des télécommunications et de l'innovation de produit, pour ne pas mentionner le changement dans les relations professionnelles dans un contexte de fort chômage ».

conséquence, de très nombreuses dérogations et de nombreux statuts atypiques sont introduits dans le Code du travail français »⁴¹⁶. A l'homogénéisation des relations de travail et à leur rigidité, le législateur fait le pari de leur adaptabilité, donc de leur « hétérogénéisation ». Pour ce faire, il continue d'édicter des normes légales, tout en permettant ponctuellement des dérogations conventionnelles afin que l'entreprise puisse adapter la norme et ainsi gagner en flexibilité. Aussi, à partir du milieu des années quatre-vingt, ce sont les forces d'éclatement et de différenciation des relations salariales qui l'ont emporté, tant les situations différaient selon le secteur, la localisation, l'évolution des techniques ou l'histoire même des relations professionnelles propres à chaque firme »⁴¹⁷.

« Individualisation, décentralisation, flexibilisation, dualisation, dérégulation, privatisation : quel que soit le vocable utilisé, il est évident que [...] le droit du travail se trouve sous la pression de forces centrifuges, qui le poussent vers le bas, l'éloignent de la norme nationale pour le rapprocher des lieux de travail, et mettent l'accent sur les droits individuels au détriment des droits collectifs »⁴¹⁸.

A l'issue des années 2000, du fait de la crise des *subprimes* qui a engendré une crise mondiale, un constat s'est imposé au terme de nombreux rapports : « trop complexe, trop rigide, trop protecteur, le droit du travail serait ainsi un lourd boulet attaché aux pieds des employeurs, freinant la compétitivité des entreprises et faisant obstacle à l'embauche »⁴¹⁹.

« Pour procéder à ces changements nécessaires, le moyen principal est trouvé : transférer sur les partenaires sociaux la charge de faire le droit du travail. Processus de « conventionnalisation du droit du travail », qui conduit à mettre la norme conventionnelle (de préférence, négociée au niveau de chaque entreprise, voire du groupe) au centre du mécanisme de fabrication, de production, des règles ayant vocation à encadrer les relations de travail salarié »⁴²⁰. Ce transfert voit dans la reconnaissance de la supplétivité le meilleur remède à la crise de compétitivité, en ce qu'il reconnaît pour principe et non plus pour exception d'adaptabilité de la norme.

⁴¹⁶ J.-L. BEFFA, R. BOYER, J.-P. TOUFFUT, *art. préc.*, p. 1044.

⁴¹⁷ J.-L. BEFFA, R. BOYER, J.-P. TOUFFUT, *art. préc.*, p. 1039.

⁴¹⁸ G. SPYROPOULOS, « Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique : réflexions en marge d'un congrès », *Dr. soc.* 1992, p. 264.

⁴¹⁹ P. ADAM, « Réformer ou re-former », *Dr. soc.* 2016, p. 489.

⁴²⁰ P. ADAM, *art. préc.*, p. 490.

La prééminence d'une technique juridique de corégulation traduit donc un contexte économique. L'ouverture croissante à l'international fait du droit du travail un des premiers fusibles de la compétitivité au point d'envisager qu'il soit le « vassal des intérêts économiques »⁴²¹.

Toutefois, cette progression de la tutelle de l'économie sur le droit du travail, et partant, cette progression vers des instruments de flexibilité promouvant davantage la réglementation individuelle n'est pas sans retour.

En effet, une frange de la doctrine⁴²² assure que ce n'est pas au droit du travail de plier face au monde économique mais à l'économie d'être moralisée par le droit du travail. Cette conception peut sembler partagée par une partie de la population française, notamment du fait du mouvement des gilets jaunes.

De plus, la montée du populisme en Europe invite à penser que l'ouverture internationale ne sera pas forcément toujours de mise. Un recul souverainiste pourrait alors être observé dans les prochaines décennies, ce qui emporterait peut-être un regain de l'Etat dans son monopole de production normative.

La variabilité des techniques de corégulation en droit du travail n'est toutefois pas l'apanage de la sphère économique. L'histoire sociale en est également un facteur important. De plus « tout ce qui se rapporte à l'économie a des répercussions sociales »⁴²³.

B. L'influence sociale

« Le Droit fait corps avec l'histoire »⁴²⁴. Le droit du travail tout particulièrement, en ce qu'il « traduit à chaque instant le rapport des forces en présence, tantôt progressant, tantôt reculant au gré de la conjoncture sociale. *Il est un droit né de la pression des travailleurs* »⁴²⁵.

⁴²¹ A. SUPLOT, *art. préc.*, p. 485.

⁴²² A. SUPLOT, *art. préc.*, p. 485 : « La Cité de l'Humanisme se situerait en haut de la carte, près du Ciel puisqu'on y voit au contraire dans le droit du travail un instrument de soumission des rapports économiques à des valeurs morales ».

⁴²³ E. ALFANDARI, « Le droit au sein des rapport entre l'« économique » et le « social » », in *Les orientales sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier*, p. 30.

⁴²⁴ G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail », *Dr. ouv.* 2004, p. 49.

⁴²⁵ G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouv.* 1950, p. 54.

C'est dire que le droit du travail est initialement un droit de lutte contre l'Etat et le patronat⁴²⁶ : l'aspiration était orientée vers l'homogénéité des conditions de travail.

A l'homogénéisation des conditions de travail a succédé une volonté d'individualisation qui s'observe chez le salarié : « au lieu que l'organisation de son temps, ses espérances de gain, l'expression de ses opinions, soient prises en charge ou définies de manière collective (par l'Etat, l'employeur ou le syndicat), c'est le salarié lui-même qui deviendrait l'artisan de ces différents aspects de sa vie professionnelle »⁴²⁷. Cette individualisation n'est toutefois pas sans risque⁴²⁸.

Au dossier de l'ordre conventionnel des normes⁴²⁹, l'individualisation trouve sa traduction notamment dans la faculté d'adaptation de la norme travailliste. Le droit du temps de travail est éloquent en la matière : le développement du temps choisi, avec l'idée sous-tendue d'une meilleure articulation vie professionnelle – vie privée⁴³⁰, a pénétré la matière. Pareil développement a fait appel à la technique dérogatoire pour asseoir la flexibilité prompte à mettre en œuvre cette volonté. Ce serait la fidèle traduction de la montée en puissance de l'autodétermination qui, au XXème siècle, animait l'individu : il revendique son droit à se déterminer, et par là-même, à s'individualiser.

Ce mouvement, loin de se résorber, s'accroît de manière exponentielle au XXIème siècle. Face à sa généralisation, l'avènement de la liberté individuelle était inéluctable. S'observe un mouvement de contractualisation dans la société⁴³¹, qui atteint son paroxysme actuel en droit du travail avec la supplétivité, outil qui « donnerait à voir une liberté qui se veut absolue »⁴³².

⁴²⁶ G. LYON-CAEN, *art. préc.*, p. 54 : « Avec le capitalisme d'Etat, il n'y a plus de possibilité de faire la distinction entre la lutte économique et la lutte politique : c'est parce l'Etat prend lui-même la défense de l'ordre économique établi que les confédérations syndicales semblent devenir un pouvoir politique et que la grève se voit qualifier de "politique". Les moyens de lutte s'élargissent dans le moment où le front de combat s'étend. Le Droit du travail est le fruit d'une lutte contre le patronat, mais aussi contre l'Etat ».

⁴²⁷ A. SUPLOT, *art. préc.*, p. 488.

⁴²⁸ A. SUPLOT, *art. préc.*, p. 488 : « on peut conjecturer que la fonction d'intégration économique et sociale qu'a toujours remplie le droit du travail, tend à ne plus jouer qu'au bénéfice d'une partie des salariés, tandis que pour l'autre partie ce droit est devenu un facteur supplémentaire d'exclusion ».

⁴²⁹ P.-Y. VERKINDT, « Ankylose et inflammation – A propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, n°1159 : « Traiter de la norme ou des relations entre normes en faisant abstraction des tensions et des antagonismes qui ont présidé à leur construction, c'est se priver des moyens de les comprendre, pire, s'empêcher d'anticiper leurs évolutions. Que certaines formes de conflictualité paraissent en recul si l'on développe l'analyse sur du temps long, ne change rien au fait que le paradigme d'un droit social qui est le produit de luttes (et de résistances aux luttes) est installé et domine subrepticement notre lecture politique et juridique de la discipline ».

⁴³⁰ J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Le développement du temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2002, p. 135.

⁴³¹ G. CHANTEPIE, « La contractualisation en droit privé », *RFDA* 2018, p. 10.

⁴³² C. PERES-DOURDOU, *op. cit.*, p. 584.

Aussi, les outils que nous adoptons en droit du travail et la prééminence d'un de ces derniers serait à la fois fonction de conjoncture économique mais aussi du paradigme social⁴³³.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Si ces dernières années, la dérogation semble avoir perdu le match de la flexibilité avec en premier de cordée la supplétivité, la technique de la supplétivité supplantera-t-elle celle de la dérogation ?

Si elle y a clairement fait ombrage, la dérogation s'est néanmoins maintenue ici et là. Elle conserve tout d'abord un rôle dans quatre domaines à moins que la branche les ait sanctuarisés.

Elle trouve également à jouer un rôle, de manière plus inattendue, en matière de droit du temps de travail et de droit de la représentation du personnel. La parenté des deux notions interroge également l'opportunité de leur distinction : dérogation et supplétivité ne seraient alors que deux faces de la même pièce, la première promouvant l'adaptabilité comme exception, la seconde comme principe.

La coexistence de ces deux outils d'articulation des normes nous renseigne sur la multipolarisation de l'autodétermination. L'autodétermination normative est tant favorisée qu'elle peut désormais s'adosser sur une multitude de techniques d'articulations et une multitude de normes autonomes. A ce constat de variété, doit être ajouté celui de la variabilité. Les techniques d'autodétermination varient dans le temps, en fonction du contexte économique et social. Si la dérogation a alors reculé, un retour en force n'est pas en principe pas impossible.

⁴³³ F. MAURIN, M.-L. MAURIN, « La firme et la négociation collective, la question des frontières en économie et en droit » in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, p. 497 : « Le juriste ne peut ignorer les données économiques et sociales des acteurs ».

CONCLUSION PARTIE II

Le droit du travail a vu se produire « des phénomènes nouveaux [...] qui transforment sa morphologie »⁴³⁴. Au terme d'un changement de paradigme, qui a emporté le droit du travail dans le sillon du droit du marché du travail, l'influence toujours croissante de l'économie sur le social comporte des conséquences sur l'édifice conventionnel.

En vue d'assurer toujours davantage de flexibilité aux acteurs du jeu social, une nouvelle étape – décisive ? – de décentralisation normative est franchie et l'accord d'entreprise bénéficie, dans de nombreux domaines, d'une prévalence, et dans d'autres, d'une primauté. A ce titre, la supplétivité est reconnue. Par-là, « le régime des cas *exceptés* est étendu aux cas *non exceptés* »⁴³⁵ : là où jadis prospéraient les facultés dérogatoires, c'est désormais le mécanisme supplétif qui fleurit avec une valeur de principe.

Aussi, la reconnaissance dudit mécanisme serait « la poursuite d'un long processus qui cherche à rendre centrale et effective la place du droit conventionnel, sous le regard du législateur »⁴³⁶. La dérogation n'aurait alors été qu'une passerelle au profit d'une supplétivité à la consécration postérieure.

Pareil constat ne peut toutefois faire l'économie de la nuance. Il doit être avancé que la dérogation aurait survécu.

En effet, la dérogation conventionnelle est toujours d'actualité, bien que réduite par la reconnaissance de la supplétivité. Elle se perpétue hors et dans le mécanisme supplétif. En dehors, c'est au sein du bloc n°2 de la négociation collective qu'il faut la chercher. La cartographie de la dérogation se poursuit sur les terres de la supplétivité, que cette survie soit notionnelle – lorsqu'il est considéré que la dérogation « retourne sa veste » et se mue en supplétivité – ou bien positive – lorsqu'elle se découvre, avec surprise, au sein du domaine du temps de travail ou dans le domaine de la représentation du personnel.

Aussi, dérogation et supplétivité coexistent. Ce faisant, ces vecteurs de flexibilité emportent une multipolatisation de l'autodétermination : les facultés de choisir sa norme ne se

⁴³⁴ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, p. 9 cité par N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, Thèse, Angers, 2010, p. 297.

⁴³⁵ M. CARPENTIER, *op. cit.*, p. 9.

⁴³⁶ F. FAVENNEC, « La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ? », *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1142.

résumant plus à la seule technique dérogatoire. Elles croissent dans de nombreux outils et techniques juridiques.

La prééminence d'un outil sur l'autre ou sur les autres serait alors fonction d'un contexte national et international, historique, économique, et social. La direction d'une société en somme.

CONCLUSION GENERALE

Fort du constat d'un certain déclin de la loi du fait de son inadaptabilité⁴³⁷, l'histoire moderne du droit de la négociation collective en France est celle d'un droit du travail plus conventionnel⁴³⁸.

Déjà au milieu des années 1980, le professeur Lyon-Caen voyait poindre, au nom de la flexibilité de la norme, la volonté de supplétivité généralisée du Code du travail⁴³⁹. Clairvoyant, il assurait qu'il était possible qu'un jour le droit du travail cède aux sirènes du – presque – tout conventionnel⁴⁴⁰. Un an plus tard, le professeur Tessié, à l'occasion d'un colloque organisé à Montpellier, avec pour thème « faut-il brûler le Code du travail ? », semblait y voir moins un choix qu'une mutation indisponible de cette branche du droit⁴⁴¹.

C'est dans ce contexte que la dérogation conventionnelle est née. Par sa capacité à suspendre l'application de la règle normalement applicable, et à y substituer une norme différente, adaptée à la réalité dont les acteurs sociaux ont besoin, elle a su séduire au point de connaître un développement accéléré. Initialement expérimentée dans le seul domaine du temps de travail, elle ne tardera pas à briser ses frontières pour gagner d'autres normes, substantielles comme organisationnelles. Elle a alors contribué au droit hypertrophique⁴⁴².

⁴³⁷ B. TEYSSIE, « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559 : « il est vrai que la loi s'adapte ou meurt... et elle meurt ».

⁴³⁸ J. BARTHELEMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017, p. 737 : « Ces évolutions, dont il n'est pas exagéré de soutenir qu'elles ont décliné la philosophie de la nouvelle société de Chaban-Delmas, vont toutes dans le sens d'une société de plus de contrats et de moins de règlements. Elles mériteraient, de ce fait, d'être analysées à l'aune de « L'Esprit des lois » de Montesquieu selon lequel « le signe le plus avéré de la décadence d'une société est la prolifération des lois ». Mais aussi de l'avertissement de Portalis, le père du code civil, qui avait puisé sa doctrine dans les philosophes des Lumières, selon lequel « il ne faut que des lois nécessaires, il ne faut point de lois inutiles, elles porteraient atteinte à la majesté de la législation ».

⁴³⁹ G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 810 : « aujourd'hui, certains veulent en « rajouter », comme on dit. L'objectif recherché est de rendre l'ensemble du *Code du travail* supplétif ».

⁴⁴⁰ G. LYON-CAEN, *art. préc.*, p. 807 : « Le métissage [entre un droit du travail légal et un droit du travail conventionnel], produit de l'histoire, pourrait être un jour rejeté, le Code se contentant de poser les principes fondamentaux, très peu nombreux, devant servir de guide aux juges. La loi du travail pourrait être, non dans la totalité, mais dans la majeure partie de son contenu, de type supplétif. C'est cela la dérèglementation ».

⁴⁴¹ B. TEYSSIE, *art. préc.*, p. 559 : « Le choix n'est plus, aujourd'hui, entre accepter ou refuser de prendre les mesures qui assureront un surcroît de souplesse dans l'organisation des relations de travail mais entre accepter ou non d'accompagner des évolutions qui de toute façon, se produiront, avec ou sans la bénédiction du législateur ».

⁴⁴² J.-E. RAY, « Du tout-Etat au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p. 574 : « Le droit français, avec son hypertrophie et les multiples stratifications de son Code du travail descendant dans le moindre détail avec ses 4000 articles L-R-D, fait alors figure de pachyderme paralysant, surtout avec l'arrivée de la « nouvelle économie » qui, bien sûr, exigerait de nouvelles règles en commençant par l'abolition des anciennes ».

Dire de la dérogation qu'elle est conventionnelle signifie qu'elle intervient par un accord ou une convention collective. Elle crée alors des accords d'un « nouveau type » qui emportent parfois la mise à l'écart du principe de faveur. L'ordre conventionnel se repense lorsqu'un accord dérogatoire croise un accord de droit commun ou un autre accord dérogatoire. Elle prend alors les airs d'un outil de régression sociale, altérant la fonction traditionnelle du droit du travail.

S'impose alors le constat de la complexité de la technique de la dérogation conventionnelle : la complexité d'un droit qu'elle contribue à rendre obèse se conjugue à la complexité qu'elle fait naître dans l'ordre conventionnel. Le prix de l'adaptabilité serait alors celui de la complexité qu'un droit nouveau s'est promis de juguler.

La tutelle toujours plus forte de l'économie sur le droit du travail le fait muter, ce qui n'est pas sans affecter la négociation collective⁴⁴³. Changement de paradigme ou lente évolution ? La question divise. Toujours est-il que la dérogation voit un concurrent de taille débarquer sur les terres conventionnelles : la supplétivité. Sa reconnaissance dans de nombreux domaines de la négociation collective aurait emporté la disparition de la dérogation. Cette dernière, en ce qu'elle met au premier plan la volonté individuelle, fait du principe ce que la dérogation érigeait en exception. L'adaptabilité et la flexibilité de la norme font ainsi l'objet d'une promotion remarquable.

Toutefois, en conclure l'extinction de la dérogation serait aller un peu vite en besogne.

Si « rien n'empêche que l'autorité normative inverse les rôles, pour faire de la règle l'exception et de l'exception le principe »⁴⁴⁴, la dérogation conserve une place dans l'édifice conventionnel en droit du travail. Elle se remarque en bordure de la supplétivité et en son sein. Aussi, c'est la preuve que différentes techniques de flexibilité peuvent dessiner le (dès)ordre conventionnel en droit du travail.

La parenté conceptuelle entre dérogation et supplétivité minore l'intérêt de leur distinction : c'est « la loi négociée [...] qui est aujourd'hui la règle en matière sociale [...]. C'est en réalité [...] la frontière public/privé qui s'estompe »⁴⁴⁵.

⁴⁴³ F. GEA, « Au nom de l'emploi », *RDT* 2016, p. 813 : « L'impératif de l'emploi serait-il devenu le nom d'une inspiration - néo-libérale - qui ne verrait d'autre horizon que de s'en remettre aux capacités des acteurs, pour ne pas dire des utilisateurs d'un droit réduit au rang d'instrument ? ».

⁴⁴⁴ A. VIDAL-NAQUET, « propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle... », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 36.

⁴⁴⁵ A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 224.

La dérogation conventionnelle, après avoir été l'instrument hégémonique de flexibilité de la norme en droit du travail, cède du terrain conventionnel à la supplétivité pour finir dans son ombre. Néanmoins, elle demeure.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, 27^e édition, n°49

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003.

BARRAUD (B.), *Théories du droit et pluralisme juridique, Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, Tome I, coll. Inter-normes, 2016.

- *Le droit postmoderne, une introduction*, coll. Le droit aujourd'hui, l'Harmattan, 2017.

BARTHELEMY (J.), *Droit de la durée du travail, temps de travail-aménagement-35 heures*, 2^{ème} édition, dir. B. TEYSSIE, Litec, 1998.

BOCQUILLON (F.), *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999.

CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, éd. Panthéon-Sorbonne, 2007.

CARPENTIER (M.), *Norme et exception – Essai du la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varrene, Coll. des thèses, 2014.

CLAUDE (N.), *La variabilité du droit du travail*, Thèse, Angers, 2010.

DE MOY (J.-M.), *L'exception en droit privé*, Coll. du centre Pierre Kayser, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

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

DONNETTE (A.), *La contractualisation en droit du travail*, Thèse Montpellier, 2010.

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

GUIZIEN (H.), *L'articulation des niveaux de négociation collective*, Mémoire de l'Université Aix-Marseille, 2017-2018.

JEANSEN (E.), *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, Economica, éd. Panthéon-Assas, 2008.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, 2^{ème} éd., rééd. Bruylant LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 2004.

LOKIEC (P.), *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015.

MINE (M.), *Droit du temps de travail*, préf. A LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

PERES-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant*, 26^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2017.

ROUYERE (A.), *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse Bordeaux I, 1993.

SUPIOT (A.) , *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015.

TEYSSIE (B.), *Droit du travail, relations collectives*, 11 éd., Lexisnexis, 2018.

III. ETUDES

Accords de méthode - Bilan d'étape de la DGEFP (septembre 2004) in Liaisons sociales du 4 janv. 2005 (C 3, 445). V. Sem. soc. Lamy 2004, n° 1194, p. 3.

VACHET (G.), *J.-Cl. Trav.,[Négociation, convention et accord collectif - Conclusion]*, fasc. 1-32, 2019.

VACHET (G.), *J.-Cl. Trav.,[Négociation, convention et accord collectif - Application]*, fasc. 1-34, 2019.

Le lamy social, Partie 1, Division 15, Chapitre 12, 4584 – Le conseil d'entreprise une instance consultative et de codécision.

IV. ARTICLES

ADAM (P.), « Réformer ou re-former », *Dr. soc.* 2016, p. 489.

ALFANDARI (E.), « Le droit au sein des rapport entre l'« économique » et le « social » », in *Les orientales sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier*, p. 30.

AMSELEK (P.), « Très brèves réflexions pour servir de prolégomènes », in *La norme et ses exceptions – quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014, p. 11.

ANTONMATTEI (P.-H.), « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. Soc.*, 2017, p. 1027.

- « Licenciements économiques et négociation collective un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.* 2003, p. 486.
- « Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude » », *Dr. soc.* 2005, p. 399.
- « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. soc.* 2012, p. 672.

- « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2018, p. 160.

ATIAS (C.), « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p.137.

AUZERO (G.), « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. Soc.*, 2017, p. 1018.

- « Les transformations du comité social et économique », *JCP* 2018, n°1227.

BARTHELEMY (J.), « Le choix du niveau de négociation des accords dérogatoires », *JCP EA*, 1985, act. 14995.

- Et **CETTE (G.)**, « Le rapport sur la refondation du droit social » vu par ses auteurs », *JCP E*, 2010, 491.
- Et **CETTE (G.)**, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Dr. soc.* 2006, p. 24.
- Et **CETTE (G.)**, « Le développement du temps vraiment choisi », *Dr. soc.* 2002, p. 135.
- « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1152.
- et **JOURDAN (D.)**, « Contrat de travail et accords dérogatoires de durée de travail », *Les Cahiers du DRH* 2010, n° 170, p. 42.
- « La loi du 4 mai 2004 et la notion de dérogation », *Les cahiers du DRH* n°131, 1^{er} avril 2007, p. 4.
- « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.* 1988, p. 554.
- « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017, p. 737.
- « La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580.

BEFFA (J.-L.), BOYER (R.), TOUFFUT (J.-P.), « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Dr. soc.* 1999, p. 1039.

BLANC-JOUVAN (G.), « Accords individuels et accords collectifs en droit du travail », *JCP S* 2007, 1265.

BOCQUILLON (F.), « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : Les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, p. 803.

- « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », *Dr. Soc.*, 2011, p. 255.
- « De l'autorité du principe de faveur », *RJS* 2002.

BONNECHERE (M.), « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11.

BORENFREUND (G.), « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 781.

- « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p. 633
- « La fusion des institutions représentatives du personnel », *RDT* 2017, p. 608.

BOULMIER (D.), « Les syndicats, commis de cuisine de la malbouffe sociale », *Dr. soc.* 2015, p. 861.

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

CANUT (F.), « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. Soc.*, 2010, p. 379.

- « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *Dr. Soc.* 2016, p. 519.
- « L'ordonnancement des normes infra-étatiques - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc* 2016, p. 522.
- et **GEA (F.),** « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) – A propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. Soc.*, 2016, p. 1038.
- et **GEA (F.),** « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) – A propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. Soc.*, 2017, p. 47.
- « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », *Sem. Soc. Lamy*, n°1680, 8 juin 2015.
- « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411.

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

CHALARON (Y.), « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355.

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

CHANTEPIE (G.), « La contractualisation en droit privé », *RFDA* 2018, p. 10.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, dir. J. CLAM, G. MARTIN, Droit et société n°5, 1998.

COHEN (M.), « Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc.* 2005, p. 394.

COMBREXELLE (J.-D.), « Vers un nouveau droit du travail », *JCP S* 2017, n°1305.

CORMIER LE GOFF (A.) et KRIVINE (J.), « De la négociation pour le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019, p. 204.

COUTURIER (G.), « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *Sem. soc. Lamy* 2004, n°1152, p.6.

DE MUNCK (J.), « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 443.

DEPREZ (J.), « La Cour de cassation », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 171.

DESBARATS (I.), « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *Dr. soc.* 2019, p. 47.

DESPAX (M.), « L'ordonnance du 27 septembre 1967 sur l'extension des conventions collectives de travail », *D.* 1968, p. chron. p. 147.

DUCLOZ (F.), « Le régime des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 2017, p. 727.

DUPEYROUX (J.-J.), « Quelques questions », *Dr. soc.* 1999, p. 984.

FAVENNEC-HERY (F.), « Vers l'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 794.

- Et **WEISSMANN (R.),** « Les dérogations en droit du travail – Le recours à l'accord dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 715.
- « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2016, p. 892.
- « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », *JCP S*, 2015, 1237.
- « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*, 2014, 1186.
- « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.
- « La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ? », *Sem. soc.* Lamy 2016, n° 1142.

FRAISSE (W.), « Les effets du non-respect de la durée maximale de travail sur l'appréciation de la faute grave », *Dalloz actu.* 23 janv. 2019.

FRANCOIS (G.), « Conventions et accords collectifs - Promouvoir la négociation collective d'entreprise », *JCP S* 2016, n°1183.

FROSSARD (S.), « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

- « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. Soc. Lamy*, n°1680, 8 juin 2015.

GARDIN (A.), « Le régime de l'accord collectif dérogatoire, de la dérogation à la supplétivité », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

GAUDU (F.), « Quelques conclusions.. », *Dr. soc.* 2010, p. 401.

- « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 606.

GEA (F.), « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 516.

- « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017, p. 997.
- « Les soubassements de la réforme », *RDT* 2017, p. 583.
- « Comprendre...ou pas ? » *RDT* 2016, p. 170.
- « Et maintenant ? », *Dr. soc.* 2016, p. 483.
- « Au nom de l'emploi », *RDT* 2016, p. 813.

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

ICARD (J.), « Une lecture économique du projet de loi Travail », *JCP E* 2016, n°455.

JEAMMAUD (A.), « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 119.

- « Le nouveau régime du temps de travail », *Dr. soc.* 1982, p. 323.
- « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 218.

JOBERT (A.), « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 367.

KERBOURC'H (J.-Y.), « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

LOISEAU (G.), « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017, p. 1044.

LOKIEC (P.), « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », *SSL* n° 1781, 11 septembre 2017.

- « Les idéologies de la simplification », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1677, p. 4.

LYON-CAEN (G.), « Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emploi », *Dr. ouv.* 2002, p. 559.

- « L'état des sources du droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p. 1031.
- « Permanence et renouvellement du Droit du travail », *Dr. ouv.* 2004, p. 49.
- « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouv.* 1950, p. 53.
- « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 801.

MAISANI (P.), WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 27, 1994.

MARQUET DE VASSELLOT (L.), MARTINON (A.), « L'articulation croisée des accords collectifs », *JCP S* 2016, 1150.

MARTINON (A.), « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2018, 1047.

MAURIN (M.-L.), « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.* 1998, p. 419.

- Et **MAURIN (F.)**, « La firme et la négociation collective, la question des frontières en économie et en droit » in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, p. 497

MEHREZ (F.), « Rapport Combrexelle : des règles du jeu plus claires entre accord d'entreprise et accord de branche », *Dalloz actualité* 10 sept. 2015.

MEYER (F.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Dr. ouv.* 2005, p. 185.

MINE (M.), « Droit du travail : la hiérarchie des normes est-elle inversée ? », *La Tribune*, 29 septembre 2017.

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

- « Perspectives de développement de la négociation collective », *JCP S* 2012, 1106.

MORVAN (P.), « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p. 679.

NADAL (S.), « Négociation collective et licenciement économique : propos introductif sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail », *Dr. ouv.* 2005, p. 303.

NEAU-LEDUC (C.), « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.* 2006, p. 952.

NICOD (C.), « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs », *Rev. trav.* 2016, p. 800.

- « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT* 2015, p. 549.

NIEL (S.), « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. soc. Lamy*, n°1785, 9 octobre 2017.

ORTSCHEIDT (P.), « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales. Evolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay*, éd. Peter Lang, 1994, p. 256.

PECAUT-RIVOLIER (L.), « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *Rev. trav.* 2016, p. 791.

PENICAUD (M.), « La grande transformation », *Sem. soc. Lamy* 25 sept. 2017, n° 1783, p. 3.

PERRIN (L.), « Le droit à la santé et au repos et le forfait en jours », *Dalloz actualité*, 19 juillet 2011.

PERULLI (A.), « Un nouveau paradigme pour le droit du travail - Entre néolibéralisme et néolabourisme », *Dr. soc.* 2015, p. 732.

- « Les ordonnances Macron et le Jobs Act : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », *Dr. soc.* 2018, p. 86.
- « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *RDT* 2015, p. 170.

PETIT (F.), « L'ordre public dérogatoire », *RJS* n° 5/07, p. 391.

POIRIER (M.), « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885.

- « Négociation collective : arrêter le massacre », *Dr. ouvrier* 2013, p. 78.

RADE (C.), « Les limites du "tout contractuel" (Cass. soc., 27 juin 2000, Crochard et autres c/ Sté Air-France) », *Dr. soc.* 2000, p. 829.

RAY (J.-E.), « Les accords sur le temps de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 99.

- « Hiérarchie des normes - Les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est « l'inversion des normes » partout dénoncée ? », *JCP E*, 2017, 1105.
- « Du tout-Etat au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p. 574.

RENNES (P.), « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du travail) », *Dr. ouv.* 2005, p. 311.

RODIERE (P.), « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi 'Fillon' sur le dialogue social », *Sem. soc. Lamy* 15 déc. 2003, n°1148, p. 4.

- « La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir », *Sem. soc. Lamy* 27 sept. 2004, n°1183, p. 6.

SAUVE (J.-M.), « La séparation des pouvoirs : efficacité, vertus, intérêts », *Deuxièmes entretiens du Jeu de Paume organisés par le Château de Versailles et l'Université de tous les savoirs*, Versailles, le vendredi 17 juin 2011.

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

- « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe(s) », *Sem. soc. Lamy* 15 juill. 2012, n°1084, p. 7.
- Et **BORENFREUND (G.),** « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 181.

SUPIOT (A.), « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 202.

- « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.
- « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.* 1995, p. 947.
- « Les accord préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115.
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485.
- « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean Pélissier*, p.540.

TEYSSIE (B.), « Droit du travail et droit des affaires », *D.* 2004, p. 2698.

- « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S* 2017, n°1294.
- « L'aménagement conventionnel de la norme légale », *JCP E* 2004, n°1097.
- « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018, n°1111.
- « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559.

THUILLIER (H.), « Contribution à la théorie des sources en droit du travail, I. La réception des sources : un ordre statutaire », *JCP G* 1974, I, 2649.

TISSANDIER (H.), « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs », *RD.* 2016, p. 794.

- « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2005, p. 113.

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

VERKINDT (P.-Y.), « Ankylose et inflammation – A propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, n°1159.

TABLE DES MATIERES

Introduction	p. 2
Partie I – L’accroissement accéléré de la dérogation en matière de négociation collective, source d’adaptation de la norme.....	p. 15
Chapitre 1. L’accroissement du phénomène dérogatoire en matière de négociation collective, source de flexibilité	p. 16
Section 1. Le laboratoire de la dérogation en matière de négociation collective : le temps de travail	p. 16
§1. Le développement de la dérogation en matière de temps de travail	p. 16
A. La reconnaissance empruntée de la dérogation en matière de temps de travail	p. 17
B. La reconnaissance réussie de la dérogation en matière de temps de travail	p. 19
§2. Le glissement vers la normalisation de la dérogation en matière de temps de travail ..	p. 22
A. Les accords dérogatoires aux durées maximales et aux repos minima	p. 22
B. Les accords dérogatoires aux règles relatives à la répartition du temps de travail	p. 24
Section 2. L’extension progressive du domaine d’application de la dérogation	p. 26
§1. L’extension de la dérogation aux normes substantielles	p. 26
A. L’extension de la dérogation en matière d’institutions représentatives du personnel	p. 26
B. L’extension de la dérogation aux autres normes substantielles	p. 27
§2. L’extension de la dérogation aux normes organisationnelles	p. 31
A. L’extension de la dérogation aux normes organisationnelles par les accords préélectoraux	p. 31
B. L’extension de la dérogation aux normes organisationnelles par les accords de méthode	p. 33
Conclusion chapitre 1.....	p. 35
Chapitre 2. L’accroissement du phénomène dérogatoire en matière de négociation collective, source de concurrence des normes	p. 36
Section 1. Les conflits entre les accords dérogatoires et les autres normes	p. 36
§1. Les conflits entre un accord dérogatoire et un accord collectif de droit commun	p. 37

A. Les conflits entre accords collectifs de même niveau	p. 37
B. Les conflits entre accords collectifs de niveaux différents	p. 39
1. Les concours entre un accord d'entreprise dérogatoire et un accord de branche de droit commun	p. 39
2. Les concours entre un accord de branche dérogatoire et un accord d'entreprise de droit commun	p. 42
§2. Les conflits entre un accord dérogatoire et un contrat individuel de travail	p. 42
A. La résistance traditionnelle du contrat de travail plus favorable	p. 43
B. L'autorité en expansion de l'accord dérogatoire sur le contrat individuel de travail	p. 45
Section 2. Les conflits entre accords collectifs dérogatoires	p. 48
§1. Les conflits entre accords collectifs dérogatoires de même niveau	p. 48
A. Les conflits entre accords dérogatoires successifs	p. 48
B. Les conflits en cas de mise en cause d'un accord dérogatoire	p. 49
§2. Les conflits entre accords dérogatoires de niveaux différents	p. 50
A. La discorde doctrinale précédant la loi du 4 mai 2004	p. 50
B. La solution retenue par la loi du 4 mai 2004	p. 52
Conclusion chapitre 2	p. 53
Conclusion Partie I	p. 55
Partie II – Le constat prématuré du déclin de la dérogation au profit de la supplétivité	p. 57
Chapitre I. La consécration de la supplétivité, source de retrait de la dérogation	p. 58
Section 1. Le changement de paradigme en droit du travail, source d'influence au service de la reconnaissance de la supplétivité	p. 58
§1. Le renouveau paradigmatique en droit du travail	p. 58
A. Le changement de paradigme	p. 58
B. L'incidence du changement de paradigme sur la négociation collective	p. 61
§2. La consécration du nouveau paradigme en matière de négociation collective	p. 63
A. Le nouvel ordonnancement des normes conventionnelles	p. 63
1. La primauté de la négociation d'entreprise consacrée	p. 63
2. La perte progressive de la valeur hiérarchique de la négociation de branche ...	p. 65
B. La consécration de la règle d'équivalence	p. 66
1. La règle de l'équivalence	p. 67
2. L'équivalence comme marqueur du recul de la fonction méliorative de la négociation collective	p. 67

Section 2. La reconnaissance de la supplétivité, source d'influence au détriment de la dérogation	p. 68
§1. Le rapport théorique entre la supplétivité et la dérogation	p. 69
A. La définition de la supplétivité	p. 69
B. La distinction entre la supplétivité et la dérogation	p. 71
§2. La consécration du mécanisme de la supplétivité en droit du travail	p. 73
A. La reconnaissance ponctuelle de domaines de supplétivité	p. 73
B. La reconnaissance d'une politique générale de supplétivité	p. 76
Conclusion chapitre I	p. 78
Chapitre II. La survie de la dérogation, source de multipolarisation de l'autodétermination	p. 80
Section 1. La survie de techniques dérogatoires	p. 80
§1. La survie de techniques dérogatoires exclusives de la supplétivité	p. 80
A. La faculté de dérogation de l'accord d'entreprise à l'accord de branche dans le bloc n°2 de négociation collective	p. 80
B. La limite de l'impérativité de la branche	p. 81
§2. La survie de la dérogation au sein du mécanisme de supplétivité	p. 82
A. La survie <i>in utero</i> de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité	p. 83
B. La survie en droit positif de la dérogation au sein du mécanisme de la supplétivité	p. 84
Section 2. La multipolarisation de l'autodétermination	p. 88
§1. La variété des techniques d'autodétermination	p. 88
A. La variété des techniques d'articulation	p. 88
B. La variété des techniques d'autonomie normative	p. 90
§2. La variabilité des techniques d'autodétermination	p. 92
A. L'influence économique	p. 92
B. L'influence sociale	p. 94
Conclusion chapitre II	p. 96
Conclusion Partie II	p. 97
Conclusion Générale	p. 99

