

## **Les relations entre contrats de travail et normes conventionnelles au vu de la jurisprudence et du droit comparé.**

1. Les interventions du séminaire d'aujourd'hui mettent en jeu deux couples, norme étatique et norme conventionnelle, d'une part, contrat de travail et accords collectifs d'autre part. C'est surtout du second couple qu'il va ici être question.

Je voudrais d'abord rendre hommage aux deux interventions. La mise en perspective que présente Jacques Freyssinet est, pour un comparatiste d'une autre discipline, d'un très grand intérêt. L'intervention de Gilbert Cette (tout comme le rapport que celui-ci a présenté au CAE avec Jacques Barthélémy) reflète une compréhension profonde des mécanismes du droit du travail. Quoique je n'en partage pas toutes les analyses, j'ai trouvé très stimulant d'avoir à les discuter.

2. La disposition qui se trouve mise en débat figure, maintenant, à l'article L 2254-1 du Code du travail : *« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail, sauf stipulations plus favorables »*.

Dans le Code du travail de 1978, le dernier membre de phrase ne figurait pas<sup>1</sup>. Il a été introduit par la loi du 13 novembre 1982, l'une des lois Auroux, à l'article L 135-2 du Code du travail.

La question se pose donc : comment les tribunaux, et les auteurs, faisaient-ils pour justifier une solution, déjà très proche des solutions actuelles, en l'absence de cette disposition ? Les concepts d'« ordre public social » et de « principe de faveur » n'existaient pas dans les années 1950. Or, jamais la convention collective n'a pu, sauf exception très rare, l'emporter sur des clauses du contrat individuel, ni dans les années 30, ni dans les années 50, ni après.

---

<sup>1</sup> Art. L 132-10 (1978) C. travail.

Pour arriver à la solution actuelle, les juristes du passé se fondaient, tout simplement, sur l'article 1134 du Code civil : le contrat fait la loi des parties (mais seulement des parties, article 1165 du Code civil). La convention collective est une exception (« les clauses s'appliquent au contrat de travail », dit la loi, depuis 1919, donc elle s'impose à des personnes qui ne sont pas parties à la convention collective). L'interprétation qui est faite de ce texte très laconique, et le contenu réel des conventions collectives, conduit les tribunaux et les auteurs (Capitant et Cuche, Paul Durand, Rivero et Savatier) à regarder celles-ci – les conventions collectives - comme des minima. L'exemple donné dans les manuels est toujours le même : l'employeur qui prétend payer un salaire contractuel inférieur au taux prévu par la convention collective... Personne n'a même l'idée d'envisager le mécanisme inverse. Les conventions collectives s'appliquent au contrat de travail comme des minima, solution exceptionnelle, au regard du droit des contrats. Au-delà de cette exception, la force obligatoire du contrat retrouve sa force. Ce n'est pas que le contrat peut « déroger », c'est que la convention collective voit la dérogation qu'elle comporte limitée.

La liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat, l'effet relatif du contrat (1165) expriment – entre autres - le fait que nous vivons dans une économie de marché. La vision des choses que je viens de présenter est donc très communément partagée à l'étranger, même s'il existe un cas particulier dont je reparlerai.

2. Jusqu'aux années 1970, les juristes français vont en revanche beaucoup débattre d'un autre point : est-ce que la convention collective, ainsi conçue (forcément plus favorable...), « s'incorpore » aux contrats de travail, ce qui voudrait dire, en cas de dénonciation ou de révision de cette convention, que les salariés conservent les avantages acquis ? C'est encore la position que soutient Isabelle Vacarie dans sa thèse en 1978. La Cour de cassation refuse

cette incorporation<sup>2</sup>. Il en résulte que, lorsqu'une convention collective est renégociée, les droits des salariés, s'ils naissent de la convention collective, peuvent être revus à la baisse. Solution toujours actuelle<sup>3</sup>.

C'est pourquoi la loi du 13 novembre 1982 introduit la règle qui figure maintenant aux articles L. 2261-13 et suivants du Code du travail (maintien des avantages individuels acquis, notamment, lorsque l'accord dénoncé n'est pas remplacé dans le délai d'un an par un nouvel accord).

Je dois dire que je suis un peu mal à l'aise, lorsque l'expression d'incorporation au contrat est utilisée, non plus à propos d'« avantages », mais plutôt pour dire que l'accord collectif pourrait modifier le contrat à la baisse. Il est vrai que c'est une question de pure terminologie, et qu'il suffit donc de s'entendre.

3. Je voudrais aborder la proposition faite par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette – donner plus d'autorité aux accords collectifs sur les contrats individuels de travail - en deux temps : d'abord, prendre en compte les données actuelles du droit français et du droit allemand, puisque le droit allemand sert de référence. Ensuite, envisager les obstacles qu'il y aurait à modifier le système, pour donner autorité à la convention collective sur le contrat de travail. (I. Droit positif. II. *De lège ferenda*).

#### I. Données de droit positif.

##### A. France.

4. Il m'a été demandé d'illustrer la résistance du contrat de travail aux accords collectifs<sup>4</sup>, et c'est ce que je vais faire avec quelques exemples.

---

<sup>2</sup> Voir par exemple Soc. 27 juin 2000, B. n° 247 ; Soc. 10 juin 2003, B. n° 192.

<sup>3</sup> Soc. 16 nov. 1993, B. n° 273.

<sup>4</sup> V. Soc. 14 mai 1998, B. n° 251.

Arrive-t-il que la force obligatoire du contrat de travail conduise à des résultats mal maîtrisés, ou insatisfaisants, qui pourraient justifier que l'on reconnaisse aux accords collectifs un pouvoir plus grand qu'ils n'ont ?

Exemple n° 1 : l'effectif d'une entreprise s'est constitué, par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à la suite d'une série de fusions et de rachats. Autrement dit, tous les contrats, loin de là, n'ont pas été rédigés par le même service. L'entreprise a hérité de pratiques contractuelles diversifiées, contradictoires, source peut-être de tensions au sein du personnel et de difficultés de gestion. Peut-elle, à masse salariale constante et à traitement globalement équivalent, harmoniser les contrats individuels en concluant un accord collectif ? La réponse est non.

Exemple n° 2 : il a naguère été écrit dans un contrat de travail « 39 heures ». Dans d'autres contrats, on s'est borné à faire référence à un « plein temps », ou à la durée normale du travail prévue par un accord collectif. Le jour où la durée du travail est réduite par accord collectif, les deux types de contrats ne « travaillent » pas de la même façon. Dans le 2<sup>e</sup> cas, le salarié doit s'accommoder de la nouvelle durée du travail, sans pouvoir opposer les clauses de son contrat. Dans le premier cas, le salarié pourrait demander le respect de la durée convenue et chiffrée – c'est pour éviter cela que la loi Aubry II a introduit la disposition qui figure maintenant à l'article L. 1222-7 du Code du travail : « *La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat (id est : sans réduction de salaire) en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ».

5. Le contrat de travail n'est cependant pas tout à fait dépourvu de flexibilité temporaire :

- Il est difficile à un salarié d'invoquer de façon inexorable une clause du contrat, lorsque l'employeur lui demande de façon manifestement justifiée de s'en écarter ponctuellement. Exemple : une salariée, cadre, est recrutée compte tenu de ses connaissances en allemand. Son contrat de travail comporte une clause de mobilité qui prévoit la possibilité de séjours « en province ». L'employeur lui demande d'assurer une mission temporaire en Allemagne, la salariée refuse, elle est mise à pied puis licenciée. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait condamné l'employeur. (Soc. 21 mars 2000, B. n° 109).

- Cette solution n'est pas isolée. Il arrive fréquemment qu'un salarié qui refuse une modification *temporaire* d'éléments, pourtant importants, du contrat de travail, dès lors que la modification est bien motivée, soit condamné par les tribunaux pour avoir refusé. Soc. 10 déc. 2008, 07-44289 (un plongeur est affecté dans une autre société d'un groupe de brasseries, pendant la durée de travaux de rénovation ; refus, cassation de l'arrêt qui condamne l'employeur) ; Soc. 23 fév. 2005, 03-42277 (même solution dans le cas d'une affectation temporaire motivée la réalisation de travaux de sécurité)<sup>5</sup>.

- Il est vrai qu'il ne s'agit pas dans ces cas de durée du travail et de salaire, mais plutôt de lieu de travail. Toutefois, la jurisprudence permet à l'employeur d'imposer unilatéralement au salarié des heures supplémentaires (du moins dans la limite du contingent libre<sup>6</sup>). Surtout, elle permet à l'employeur (sans vraiment de base textuelle, mais la solution est bien assise)

---

<sup>5</sup> V. aussi Soc. 22 janv. 2003, B. n° 15 ; Soc. 15 mars 2006, B. n° 106. Synthèse dans Soc. 3 fév. 2010, B. n° 31 : l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail... lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles et que le salarié est informé préalablement, dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible.

<sup>6</sup> Soc. 9 mars 99, B. n° 103.

de mettre le salarié au chômage partiel. Dès lors que l'entreprise a fait jouer les dispositifs publics qui assurent au salarié une indemnisation<sup>7</sup>, celui-ci ne peut pas refuser, malgré la perte de salaire.

6. Il est vrai que, dans les exemples que je viens de donner, c'est plutôt devant la décision unilatérale de l'employeur que devant un accord collectif que le contrat de travail, provisoirement, vient à plier.

Il est très rare que l'accord collectif l'emporte sur le contrat de travail. L'exemple cité plus haut est sans doute le seul. Parfois, l'accord collectif peut il est vrai imposer au salarié une clause défavorable, comme une clause de non concurrence, dans le silence du contrat<sup>8</sup>. Mais il faut que l'accord soit en vigueur au moment de la conclusion du contrat, à défaut, le salarié peut refuser<sup>9</sup>. Du reste, l'accord du 11 janvier 2008 et la loi du 25 juin 2008 ont fait disparaître l'une des hypothèses où ce type de mécanisme pouvait jouer (la période d'essai, qui pouvait auparavant être imposée par un accord collectif, doit dorénavant être prévue au contrat).

7. Oui mais, est-il possible d'objecter, la vraie raison de cette discussion est que la jurisprudence fait, par interprétation, rentrer beaucoup trop de choses dans le contrat. Cependant, la Cour de cassation peut-elle faire autrement, en cas de transfert d'entreprise, que de rendre l'ancien contrat opposable au nouvel employeur ? Compte tenu du texte de la loi et de la directive communautaire, on voit mal ce qu'elle ferait d'autre. A-t-elle bien fait, lorsqu'il y a « maintien des avantages acquis » au titre d'une convention collective dénoncée, de

---

<sup>7</sup> Soc. 16 juin 96, B. n° 252 ; Soc. 2 fév. 99, B. n° 47.

<sup>8</sup> Soc. 8 janv. 97, B. n° 8.

<sup>9</sup> Soc. 17 oct. 2000, B. n° 334. La solution n'est évidemment pas dépourvue d'ambiguïtés, car il n'est pas requis que l'attention du salarié ait été attirée sur l'existence de la clause. L'exigence du consentement à la clause, en quelque sorte, pèse plus lourd après la conclusion du contrat qu'avant...

traiter ces avantages comme des clauses du contrat ?<sup>10</sup> Il fallait bien qu'elle donne un statut à ces avantages, ne serait-ce que pour expliquer quelle procédure employer pour les modifier. C'est donc la procédure de modification du contrat de travail que l'on doit suivre, il n'était guère facile d'en imaginer une autre.

Le contrat est-il trop strictement interprété par la Cour de cassation (ce qui le ferait résister, au-delà de ce que les parties ont voulu) ? Certaines solutions peuvent faire naître des doutes – par exemple, mais c'est très technique, certains aspects du mécanisme de la « prise d'acte »<sup>11</sup>. Cela dit, la critique a cours dans les deux sens : lorsqu'un lieu de travail est mentionné au contrat, la Cour de cassation ne considère pas, sauf clause très explicite, qu'il s'agit d'un engagement contractuel quant au lieu de travail<sup>12</sup>, ce qui est discuté.

8. Comment se fait-il alors qu'en droit allemand, des « accords de défense de l'emploi », comme ceux cités par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, puissent être plus efficace qu'en France ?

#### B. Allemagne.

9. Je ne parlerai pas autant que j'en avais l'intention du chômage partiel, parce qu'il le semble qu'il ne joue en définitive qu'un rôle modeste dans l'argumentation de Jacques Barthélémy et de Gilbert Cette. Du reste, il est assez apparent que le contrat de travail français est à cet égard aussi flexible que le contrat de travail allemand, voire plus : en droit allemand, le chômage partiel peut être imposé aux salariés par accord collectif. En France,

---

<sup>10</sup> Soc. 6 nov. 1991, B. n° 479.

<sup>11</sup> Qui permet au salarié de se considérer comme licencié lorsque l'employeur manque à ses obligations .

<sup>12</sup> Soc. 3 juin 2003, B. n° 185 ; Soc. 15 mars 2006, B. n° 102.

l'employeur peut imposer unilatéralement ce que l'employeur allemand doit obtenir par la négociation collective<sup>13</sup>.

10. Revenons à l'essentiel. Il est tout à fait vrai que, depuis près de quinze ans, en Allemagne, des accords combinant réductions d'horaires, baisses de salaires et engagements de maintien de l'emploi, le tout, bien sur, provisoire, ont joué un rôle sans doute très utile pour limiter les chocs conjoncturels.

Cependant, je ne partage pas l'analyse juridique du mécanisme par lequel ces accords s'imposent aux salariés que nous présentent les deux auteurs. Dans le texte qui a été diffusé, il y a une sorte de saut logique : on constate que les accords de défense de l'emploi sont efficaces. On saute de là à la conclusion, implicite, mais c'est bien je crois le sens du texte, que les accords collectifs doivent l'emporter sur les contrats individuels de travail. Or je ne crois pas qu'il en soit ainsi.

D'abord, en droit allemand, contrairement au droit français, les accords collectifs s'appliquent au double critère de l'affiliation syndicale de l'employeur, et de l'affiliation syndicale du salarié<sup>14</sup>. Par conséquent, il n'est pas possible que l'accord collectif l'emporte sur le contrat de travail d'un non syndiqué. Cela n'a pas lieu en faveur du salarié, *a fortiori*, cela n'a pas lieu en sa défaveur.

Ensuite, le droit du travail allemand ne règle pas les concours de conventions collectives par le principe de faveur<sup>15</sup>, mais il traite en revanche assez comme le droit français les divergences entre accords collectifs et contrats de travail.

S'agissant des conventions collectives conclues par un employeur avec un syndicat (*Tarifverträge*), la question est réglée par la loi<sup>16</sup>. Le contrat peut

---

<sup>13</sup> Il est vrai que le financement du chômage partiel doit par ailleurs être négocié avec l'Etat. Mais, surtout en période de crise, l'Etat n'est pas un partenaire féroce.

<sup>14</sup> Art. 3.1, *Tarifvertragsgesetz*: « *Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrags ist* » (Sont liés par la convention collective les membres des organisations qui y sont parties, et l'employeur qui est lui-même partie à l'accord).

<sup>15</sup> C'est plutôt un principe de proximité qui règle la question : si IG Metall signe un accord de branche et un accord Volkswagen, c'est le second qui s'applique chez Volkswagen.

déroger aux règles fixées par l'accord collectif, si c'est dans un sens favorable au salarié.

Toutefois, en droit allemand, il existe une deuxième variété d'accords collectifs : il s'agit des accords d'établissement (*Betriebsvereinbarungen*) conclus par l'employeur avec le conseil d'établissement. C'est la jurisprudence qui a déterminé, en 1986, que les rapports entre accords d'établissement et contrat de travail étaient également régis par le principe de faveur.

Par conséquent, on ne peut pas trouver dans la hiérarchie entre contrat de travail et accords collectifs l'explication juridique de l'efficacité des accords allemand de défense de l'emploi. Il faut donc chercher d'un autre côté.

11. Comment se fait-il que des accords collectifs puissent imposer aux salariés une période d'austérité, alors que le conflit entre accord collectif et contrat est régi par la version allemande du principe de faveur ?

Première explication : il est possible que les contrats de travail *ne comportent aucune clause relative à la durée du travail ou au salaire*. C'est une situation qui se rencontre aussi en droit français<sup>17</sup>. Elle est peut-être plus fréquente en Allemagne, l'autorité des conventions collectives, en matière de salaires et de durée du travail, étant très forte, tout comme est très affirmé le rôle du conseil d'établissement pour ce qui a trait aux horaires.

Deuxième explication, qui est sans doute la meilleure : comme l'a très bien expliqué mon collègue Patrick Rémy dans un article paru en 2007 à *Droit social*<sup>18</sup>, il est aussi très fréquent que les contrats de travail allemands

---

<sup>16</sup> Art. 4.3 *Tarifvertragsgesetz*: « *Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten* » (Les stipulations contractuelles différentes ne sont possibles, que pour autant qu'elles soient autorisées par l'accord collectif, ou que l'altération du règlement soit favorable aux salariés).

<sup>17</sup> Même s'il y a en France une discussion sur le point de savoir si le salaire d'embauche, au moins, n'est pas incorporé au contrat, parce qu'il a nécessairement déterminé le consentement du salarié.

<sup>18</sup> « Le renvoi à la convention collective dans le contrat de travail en droit allemand et la directive transfert (CJCE « *Werhof* », 9 mars 2006). Le droit comparé en renfort – au secours ? – du droit européen », DS 2007.341 ?

comportent des « clauses de renvoi » à la convention collective. En effet, l'employeur qui est lié par une convention collective, laquelle ne couvre que les syndiqués, doit prévoir des clauses de renvoi s'il veut couvrir les non syndiqués de la même façon. Pourquoi le voudrait-il ? L'application de la convention collective aux non syndiqués est, dit-on, à la fois une façon de simplifier la gestion – comment ne pas unifier la durée du travail ? - et de dissuader les salariés d'adhérer au syndicat pour être couverts. C'est d'ailleurs souvent une solution adoptée pour tous les contrats, par sécurité, car l'employeur n'a pas le droit d'interroger les salariés sur leur affiliation syndicale au moment de l'embauche...

Les contrats de travail comportent donc fréquemment une clause de renvoi, et, si l'employeur est lié par la convention collective, ces clauses s'interpréteront de la façon que Patrick Rémy traduit par « petit dynamisme ». Le contrat de travail renvoie, non seulement à l'accord tel qu'il est au moment de la conclusion du contrat, mais à l'accord ou aux accords tels qu'ils seront au moment où une question se posera et devra être résolue.

Cette indication résout assez largement la question que nous nous posions au départ. La force contraignante des accords de défense de l'emploi doit reposer, pour une large part, sur l'existence d'une clause de renvoi. Mais le mécanisme ne peut fonctionner, évidemment, que si le recours aux clauses de renvoi est ancien et systématique.

D'autres explications pourraient être recherchées : existence de clauses relatives au chômage partiel dans certains contrats ? Moindre propension des salariés allemands à opposer le contrat à la convention collective qu'en France, parce que sa légitimité est plus forte ? Recours simultané à la négociation avec les syndicats, avec le conseil d'établissement et au référendum. Le référendum n'a aucune valeur juridique en droit allemand, mais si 98% des salariés ont approuvé un accord collectif, il est vraisemblable qu'ils accepteront ensuite la modification de leurs contrats...

En tout cas, la conclusion s'impose : ce n'est pas une plus faible autorité, ou pour reprendre les termes de Jacques Barthélémy et de Gilbert Cette une plus faible « autonomie » du contrat par rapport à la convention collective qui explique l'efficacité des accords de défense de l'emploi. Au contraire, c'est l'autorité propre du contrat qui entraîne l'application de ces accords collectifs.

12. Qu'est-ce qui interdit aux acteurs sociaux français d'imiter les Allemands, sans aucune modification des lois en vigueur ? Je ne le vois pas – sauf que le recours à des clauses de renvoi, qui d'ailleurs existent déjà parfois, exigerait pour produire un effet économique appréciable du temps et l'adoption par les employeurs d'une posture volontariste qui n'est peut-être pas leur tradition en France.

C'est d'ailleurs un employeur allemand, et non un Français, qui a imaginé le mécanisme utilisé dans l'affaire Bosch de 2004 pour modifier la quasi-totalité des contrats de travail d'un établissement : conclusion d'un accord de méthode, comportant la préfiguration d'un plan de sauvegarde de l'emploi et de solides engagements industriels (controversés, toutefois), sous condition suspensive de l'acceptation individuelle de la modification de chacun de leurs contrats par une très forte proportion des salariés avant une certaine date<sup>19</sup>.

Rien n'empêche plus en droit français qu'en droit allemand d'utiliser la technique contractuelle pour accroître la portée d'accords collectifs. En revanche, il est peu vraisemblable que l'on puisse atténuer le rôle du contrat.

## II. *De lege ferenda.*

### A. Obstacles tirés du droit civil et du droit constitutionnel.

13. Pour éroder la résistance du contrat de travail à l'accord collectif, et pour dire qu'une convention collective moins favorable peut l'emporter, il faudrait

---

<sup>19</sup> Cf. François Gaudu, « Les accords de méthode », Droit social 2008.915.

ajouter une nouvelle dérogation aux principes du droit des contrats à celle que comporte depuis 1919 le droit des conventions collectives. Il faudrait porter une atteinte plus large à la liberté contractuelle. Il serait nécessaire qu'une disposition impérative prive d'effet des dispositions librement convenues entre l'employeur et le salarié, mais sans le support de l'idée qu'il s'agit de garantir au salarié un droit au minimum.

Cela dit, la liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle, et il s'est déjà produit qu'une loi porte atteinte de façon très substantielle à la liberté des parties au contrat de travail : je pense au blocage des salaires de 1983.

14. En revanche, si l'accord collectif peut l'emporter sur des contrats de travail en cours – or c'est précisément là l'objet –, un vrai principe constitutionnel peut se trouver mis en cause : celui suivant lequel l'atteinte aux contrats en cours doit être justifié par un motif d'intérêt général suffisant<sup>20</sup>. Or, si la loi ne peut pas aisément porter atteinte aux contrats en cours, elle ne peut pas davantage autoriser sans limite le pouvoir réglementaire ou les partenaires sociaux à le faire.

On peut bien évidemment objecter que les conventions collectives, d'ores et déjà, portent atteinte aux contrats en cours, et c'est indiscutable : les clauses des conventions collectives « s'appliquent aux contrats de travail ».

Toutefois, dans le sens actuel, c'est-à-dire dans un sens favorable aux salariés, le motif d'intérêt général peut se fonder sur une disposition constitutionnelle, issue du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Les travailleurs participent, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination collective des conditions de travail...* ». Or, cette disposition constitutionnelle n'est pas bilatérale. Elle donne naissance au droit à la négociation collective, qui est un droit « des salariés »<sup>21</sup> dans leurs rapports avec le patronat ou l'employeur (à ne pas confondre avec le « droit

---

<sup>20</sup> Cons. Const. 19 nov. 2009, déc. 2009-592 DC.

<sup>21</sup> Art. L. 2221 C. trav., L. 2232-11 C. trav.

politique » des articles L. 1 à L. 3 du Code du travail, qui tente d'assigner des obligations au Gouvernement vis-à-vis des partenaires sociaux, cette fois mis sur un pied d'égalité).

Le droit à la négociation collective est un droit dissymétrique, et partant, il est beaucoup plus facile de justifier une atteinte aux contrats en cours dans un sens favorable aux salariés qu'une autre qui viserait à optimiser la gestion des entreprises. Et l'atteinte serait d'autant plus difficile à justifier qu'elle concerne l'ensemble du secteur privé et comporte un caractère de généralité très prononcé, et qu'il existe, vraisemblablement, des solutions juridiques alternatives.

#### B. Obstacles tirés du droit des rapports collectifs de travail.

15. En sens inverse, on pourrait objecter que, dans certains pays – spécialement les pays à « pouvoir syndical » et droit de la négociation collective développé – , la définition du salaire par acte individuel peut être regardée avec méfiance. Ainsi, aux Etats-Unis, lorsqu'un syndicat est « certifié » dans une unité de négociation (entreprise, établissement, métier...) au terme d'un vote majoritaire des salariés, la fixation du salaire par accord individuel entre l'employeur et le salarié peut constituer une *unfair labor practice*, une pratique déloyale du travail<sup>22</sup>. L'employeur peut donc se voir enjoindre de cesser par le *National Labor Relations Board*, et il s'expose à diverses sanctions. On trouve un modeste écho de cette règle américaine à l'article L. 2242-3 du Code du travail, qui interdit à l'employeur de prendre unilatéralement des

---

<sup>22</sup> Voir R. A. Gorman, *“Basic text on labor law, unionization and collective bargaining”*, West Publishing Co, Saint Paul, Minn., 1976, p. 375 s. : la loi Wagner “oblige l'employeur à négocier avec le syndicat majoritaire sur tous les sujets qui peuvent être rattachés aux <taux de salaire, rémunérations, horaires de travail et autres conditions de travail et d'emploi>. Il est tout aussi important qu'elle oblige l'employeur à ne pas négocier avec d'autres personnes (individus ou groupements) que le syndicat majoritaire ». V. aussi M. R. Carrell, C. Heavrin, « *Labor relations and collective bargaining* », Pearson, Prentice Hall, New Jersey, 2004, p. 141.

mesures individuelles, même favorables aux salariés, pendant que la négociation annuelle obligatoire sur les salaires est en cours.

16. Toutefois, les raisonnements qui font prévaloir le collectif sur l'individuel dans des pays à forte négociation obligatoire n'ont en aucune manière pour but de rendre le contrat individuel plus adaptable. Il s'agit d'interdire à l'employeur, en passant par des augmentations individuelles, de contourner (*bypass*) et, en définitive de décrédibiliser le syndicat. Pendant l'année qui suit la certification, l'employeur ne peut pas demander un nouveau vote des salariés, et il doit négocier sous un contrôle assez strict. Mais il n'y a n'y a pas de « délit d'entrave » aux Etats-Unis, et les cabinets d'avocats savent très bien enseigner comment conduire la négociation à l'impasse sans franchir la ligne jaune.<sup>23</sup> Du moins l'employeur se voit-il interdire de remplacer l'acte collectif par une série de mesures individuelles.

17. Mais il ne s'agit évidemment pas de cela dans la proposition que nous discutons aujourd'hui.

Je comprends très bien l'argument suivant lequel la loi du 20 août 2008 pourrait entraîner, c'est son but, un renforcement des syndicats français, qui créera bien entendu de nouvelles possibilités d'action et de législation. Mais c'est une moisson qui n'est pas encore levée. Lorsque les syndicats français, je l'espère, seront renforcés et réorganisés, il sera temps de leur demander ce qu'ils veulent. Aujourd'hui, il me semble que l'on ferait courir un risque au processus enclenché, en voulant tirer par avance les conséquences d'une évolution qui n'a pas encore eu lieu. Il ne faut pas demander aux syndicats, dans l'état où ils sont, spécialement dans le secteur privé, de couvrir de leur

---

<sup>23</sup> L'objet de l'*Employee Free Choice Act* actuellement sur agenda aux Etats-Unis (il a déjà été adopté en 2007 par la Chambre des Représentants, ce qui bien entendu ne règle rien) est précisément, en cas d'échec de la négociation pendant les 90 jours qui suivent la première certification, de faire appel à une médiation et, en cas d'insuccès de celle-ci, au terme d'un délai de 30 jours, de fixer le contenu de la convention collective par un arbitrage qui lie les parties pendant deux ans.

signature, ou de leur participation à des commissions paritaires, des accords qui remettent en cause des contrats individuels auxquels les salariés ont pu malgré tout accorder un certain prix. Le contrat de travail est un contrat d'adhésion, mais cela reste un contrat.

18. Jacques Barthélémy et Gilbert Cette proposent, dans le texte que nous discutons, que le seuil qui permet de conclure les accords collectifs, du moins pour les accords à effets renforcés qui l'emporteraient sur les contrats individuels, soit fixé à 50%. La proposition est logique – si les accords ont des effets plus énergiques, il est raisonnable que les conditions posées soient plus exigeantes - mais elle rentre en contradiction avec l'hypothèse, envisagée à la fin du texte, suivant lequel le même type d'accord pourrait être signé par des salariés mandatés ou par des élus du personnel.

En effet, lorsqu'un salarié mandaté négocie, il n'y a bien souvent aucune vie syndicale dans l'entreprise. Il est vrai qu'un syndicat mandate, il est vrai qu'il faut un référendum – mais un référendum, éventuellement organisé sous pression, dans une petite entreprise, ne comporte pas les garanties d'indépendance qui sont exigées, dans tous les systèmes juridiques, en droit allemand, en droit américain, de celui qui signe au nom des salariés. Comme le contrat individuel de travail, les accords conclus avec un salarié mandaté – au mieux un syndicaliste isolé – doivent être des contrats d'adhésion<sup>24</sup>, moralisés par l'intervention d'un syndicat. Ils ne valent pas moins que le contrat de travail, mais ils ne valent pas plus.

C'est pourquoi la loi de 2004 a sans doute bien fait de donner préférence aux accords conclus avec les élus du personnel. Notons toutefois qu'il y a une différence fondamentale entre le comité d'entreprise français et le conseil d'établissement allemand : le comité d'entreprise français, consulté sur à peu

---

<sup>24</sup> Il y a consensus sur le fait que, dans un grand nombre de cas, le mandatement a lieu à l'initiative de l'employeur.

près tout, n'a de pouvoir à peu près sur rien. C'est pourquoi il peut sembler que l'on ne peut pas, sans créer un déséquilibre, lui donner un pouvoir normatif sur les contrats de travail, alors qu'il ne dispose d'aucune autre prérogative pour faire contrepoids. En droit allemand, le conseil d'établissement dispose de pouvoirs très étendus<sup>25</sup>.

Si l'on voulait aller dans le sens qu'esquisse, peut-être, Jacques Barthélémy, il faudrait reprendre des projets comme ceux qu'a développés Capitant dans les années 1960, et qui se sont alors heurtés à l'opposition convergente des « pompidoliens » et de la gauche, qui repoussait à l'époque cette « collaboration de classe ».

Il est vrai qu'aujourd'hui, la position de principe des syndicats – en tout cas de la CGT et de la CFDT – n'est pas la même.

J'ai été un peu interloqué – même si je comprends très bien pourquoi – que vous datiez le début d'une évolution vers plus de négociation des lois Auroux, alors que les dispositions que vous envisagez de remettre en cause en sont précisément issues. Je me demande s'il ne faut pas périodiser autrement, et constater que les ambitions de réforme de l'entreprise ont été abandonnées, pour ne plus y revenir jusqu'à aujourd'hui, avec l'enterrement du rapport Sudreau, sous le septennat de Valéry Giscard d'Estaing. Nous payons aujourd'hui cet abandon.

En définitive, l'une de mes objections majeures tient à ce que la réforme des relations collectives de travail est un processus de très longue haleine – on

---

<sup>25</sup> Le règlement intérieur est codécidé, le conseil d'établissement doit approuver les horaires, le recours aux heures supplémentaires et au chômage partiel, il peut, dans des hypothèses définies par la loi, s'opposer aux embauches et (quoique le mécanisme ne soit pas celui d'un droit de veto) aux licenciements, etc.

réforme à horizon quinze ans. Il est donc illusoire de la concevoir dans la perspective d'effets à court terme.

C'est cependant un mérite du texte présenté en support à l'intervention de Gilbert Cette, tout comme du rapport au CAE, que de reprendre des questions que l'on ne discute plus d'un œil neuf, et de donner aux autres envie de le faire.

François Gaudu

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Paris 1)