



HAL
open science

”Les accords dérogatoires : une espèce en voie d’extinction ?”

Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Christophe Mariano. ”Les accords dérogatoires : une espèce en voie d’extinction ?”. *Le Droit ouvrier*, 2023, n° 897, pp. 321-331. hal-04167769

HAL Id: hal-04167769

<https://uca.hal.science/hal-04167769v1>

Submitted on 23 Aug 2023

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

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

Dossier – Les 40 ans des lois Auroux

Les accords dérogatoires : une espèce en voie d'extinction ?

Christophe Mariano

*Maître de conférences à l'université Clermont Auvergne (UCA) –
Centre de recherche Michel de l'Hospital (UPR 4232)*

Nul ne contestera qu'au regard de la tonalité générale des lois Auroux, l'autorisation des accords dérogatoires¹ peut apparaître comme une anomalie. On a d'ailleurs pas manqué de relever la contradiction « qu'il y avait à prôner à grand renfort de publicité la création de nouveaux droits pour les travailleurs tout en mettant en place, et pour la première fois, des dispositifs dérogatoires potentiellement porteurs de recul des droits »².

De ce point de vue, les lois Auroux demeureront sans doute, pour certains, comme l'origine du mal qui, depuis quarante ans, affecte l'ordre juridique en droit du travail et agit telle une pathologie dégénérative s'attaquant petit à petit à l'impérativité de la loi et à son éclat en droit du travail. Gérard Lyon-Caen y avait vu une atteinte à « la caractéristique juridique propre du droit du travail »³.

Pourtant, l'irruption des accords dérogatoires sur la scène juridique à ce moment précis de l'histoire du droit du travail n'a rien d'un hasard si on la recontextualise.

D'abord, il existait déjà une fissure discrète dans la relation classiquement à sens unique entre loi et accord collectif. Car il faut rappeler que la dérogation conventionnelle à la règle étatique n'est pas à proprement parler créée par les lois Auroux : l'ordonnance du 27 septembre 1967⁴ permettait déjà aux conventions collectives de branche étendues de déroger aux dispositions des décrets relatifs à la loi de 40 heures de 1936 relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail⁵.

¹ On entendra ici l'accord dérogatoire comme celui qui déroge à la loi et non comme celui qui déroge à un accord collectif ayant un champ plus large. Pour autant, il faut souligner que la loi du 13 novembre 1982 esquisse pour la première fois une possibilité de dérogation par l'accord d'entreprise aux stipulations de la branche. Cela est cantonné aux dispositions salariales arrêtées à des niveaux de négociation supérieurs et accorde aux parties à un accord d'entreprise le droit d'y insérer des clauses salariales prévoyant « des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions collectives de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise ». Cela démontre, une fois de plus, l'empreinte des lois Auroux sur notre système d'articulation des sources en droit du travail puisque le législateur de 2004, de 2008, de 2016 et de 2017 prolongera ce germe de redéfinition des rapports entre niveaux de négociations déjà décelable en 1982.

² M. Poirier, « Négociation collective : arrêter le massacre – Deuxième Partie », *Dr. ouvrier* 2013, p. 254.

³ G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355.

⁴ Ord. n° 67-830 du 27 sept. 1967, art. 1.

⁵ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2004, n° 542 : « Sur le plan des principes, cette ordonnance a constitué la première remise en cause de la combinaison traditionnelle des sources du droit du travail, dans la mesure où elle a permis que des accords interviennent sur une question déjà réglée par une norme étatique, sans qu'ils se révèlent pour autant forcément favorables aux salariés ».

Avant cela, l'idée d'associer les partenaires sociaux à un dispositif dérogatoire était déjà présente puisque les dérogations étatiques, sous forme de règlements d'administration publique (RAP) à la loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures et à la loi du 21 juin 1936 instituant la semaine des 40 heures, tenaient compte, sur ordre de la loi, des accords entre patrons et ouvriers, démontrant déjà une forme d'irrigation conventionnelle des normes réglementaires dérogatoires⁶.

Ensuite, il y eut une secousse suffisante pour élargir la fissure et la rendre visible aux yeux de tous. Cette secousse n'est autre qu'une nouvelle avancée sociale en matière de temps de travail qui devait se matérialiser par la réduction de la durée légale de 40 heures à 39 heures et par la création d'une cinquième semaine de congés payés par l'ordonnance du 16 janvier 1982⁷. Celle-ci prend racine, en partie, dans le résultat de négociations interprofessionnelles ayant débuté en 1978 puis s'étant enlisées avant que l'alternance politique ne redonne de l'élan aux échanges, lesquels aboutiront à un protocole d'accord du 17 juillet 1981, prélude à des négociations engagées dans chaque branche ainsi qu'à l'intervention des pouvoirs publics par ordonnance⁸. Or, ce protocole comportait déjà des concessions à la reconnaissance des 39 heures et de la cinquième semaine de congés payés sous forme de souplesses accordées aux entreprises. On trouve ainsi dans ce protocole « la possibilité par négociation dans les branches de moduler au cours de l'année la nouvelle durée de 39h dans le cadre d'une programmation indicative » ou encore la « création d'un contingent annuel d'heures supplémentaires librement négocié dans les branches ». Autant de sujets de dérogation conventionnelle qui seront repris et organisés par l'ordonnance du 16 janvier 1982.

Enfin, la capacité à déroger à la loi par accord collectif apparaissait compatible avec la logique de renouveau de la négociation collective développée dans le rapport Auroux⁹. Celui-ci annonce ainsi, au sein des développements consacrés à la négociation obligatoire, la consécration prochaine de facultés de déroger¹⁰. La dérogation à la loi semble alors considérée comme un moyen parmi d'autres d'encourager la négociation en positionnant l'employeur comme « demandeur à la négociation collective »¹¹.

⁶ L. Machu et J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie 1) : la dérogation dans l'histoire du droit du travail », RDT 2019, p. 407.

⁷ Ord. n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

⁸ Pour une genèse de l'ordonnance du 16 janvier 1982 et sur le cours des négociations interprofessionnelles l'ayant précédée : A. Jeammaud, « Le nouveau régime du temps de travail », Dr. soc. 1982, p. 305.

⁹ Pour de premières analyses du changement de cap initié par le rapport Auroux et la loi du 13 novembre 1982 en matière de négociation collective : J. Le Goff, « La loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective. Une révolution culturelle inaboutie », in *Les lois Auroux, 25 ans après. Où en est la démocratie représentative ?*, dir. J. Le Goff, Presses universitaires de Rennes, 2008, p. 137 et s.

¹⁰ J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, septembre 1981 : « La loi, dans certains textes ultérieurs, prévoira quand cela semblera souhaitable, que des accords d'entreprise puissent déroger à certaines de ses modalités d'application. Cette souplesse accordée aux interlocuteurs en présence dans l'entreprise pourrait exister par exemple dans le domaine de la durée du travail, sur la répartition hebdomadaire du travail ou sur la durée journalière de celui-ci ».

¹¹ M. Despax, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 267, spéc. p. 268.

C'est dans ce contexte que les accords dérogatoires sont consacrés dans le Code du travail sous l'action conjointe de l'ordonnance du 16 janvier 1982 et de la loi du 13 novembre 1982.

D'un côté, l'ordonnance du 16 janvier 1982 dresse une liste de domaines ouverts à la dérogation conventionnelle. Pour la première fois¹², un accord collectif est armé pour écarter un contingent étatique d'heures supplémentaires¹³, pour atténuer la règle du décompte hebdomadaire du temps de travail¹⁴, pour redéfinir la période de travail de nuit¹⁵ ou encore pour paralyser, dans certains cas, le principe du repos dominical¹⁶. Ces premières contrées offertes au procédé dérogatoire feront dire par la suite que le droit de la durée du travail constitue un « terrain de prédilection des expérimentations relatives à l'ordonnancement des normes »¹⁷.

L'ordonnance s'appuie en même temps sur trois modes de dérogation que les évolutions ultérieures ne feront que réemployer, parfois un peu différemment, en fonction des thématiques ouvertes à la dérogation. Le premier mode restreint l'usage de la dérogation à la conclusion d'un accord de branche étendu¹⁸. Le deuxième pose une alternative entre l'accord de branche étendu et l'accord d'entreprise¹⁹. Le troisième impose une combinaison des niveaux de négociation en requérant la conclusion préalable d'un accord de branche étendu puis la conclusion d'un accord d'entreprise²⁰.

De l'autre côté, et en complément, la loi du 13 novembre 1982 assortit ces premières facultés de déroger de deux corollaires. D'une part, la loi organise le transfert de la sanction pénale sur les accords étendus dérogatoires en attachant à la violation d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu les mêmes effets que la violation de la loi écartée par l'accord. D'autre part, la loi consolide le mécanisme d'opposition, déjà présent dans l'ordonnance du 16 janvier 1982²¹, qui permet aux organisations syndicales majoritaires de

¹² L'ordonnance reprend également la dérogation créée par l'ordonnance du 27 septembre 1967, et concernant les dispositions des décrets relatifs à la loi des 40 heures, mais en l'ouvrant également à l'accord d'entreprise.

¹³ Ord. n° 82-41, préc., art. 7 modifiant l'ancien art. L. 212-6 : « Un contingent d'un volume supérieur ou inférieur peut être fixé par une convention ou un accord collectif étendu ».

¹⁴ Ibid., art. 9 créant l'ancien art. L. 212-8 : « Sans préjudice des dispositions des articles L. 212-5 et du premier alinéa de l'article L. 212-5-1, la durée hebdomadaire du travail peut varier à condition que sur un an, cette durée n'exécède pas en moyenne la durée légale [...] et que les conditions de sa modulation soient prévues par une convention ou un accord collectif étendu ou par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ».

¹⁵ Ibid., art. 10 modifiant l'ancien art. L. 213-2 : « Une convention ou un accord collectif étendu peut prévoir une autre période de sept heures consécutives, comprise entre 22 heures et 7 heures pouvant être substituée à la période prévue à l'alinéa précédent. L'utilisation de cette dérogation est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'établissement [...] »

¹⁶ Ibid., art. 11 créant l'ancien art. L. 221-5-1 : « Une convention ou un accord collectif étendu peut prévoir que les entreprises industrielles fonctionnant à l'aide d'un personnel d'exécution et d'encadrement composé de deux groupes dont l'un a pour seule fonction de suppléer l'autre pendant le ou les jours de repos accordés à celui-ci en fin de semaine sont autorisées à déroger à la règle prévue par l'article L. 221-5. L'utilisation de cette dérogation est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'établissement [...] »

¹⁷ F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. soc. 2010, p. 379.

¹⁸ C'est le cas pour la fixation conventionnelle d'un contingent d'heures supplémentaires.

¹⁹ Alternative ouverte en matière d'organisation d'une modulation du temps de travail.

²⁰ Technique utilisée en matière de redéfinition conventionnelle de la période de travail de nuit et de mise en place d'équipes de suppléance.

²¹ En effet, le droit d'opposition était déjà présent dans les dispositions finales de l'ordonnance du 16 janvier 1982 (article 27). Simplement ce véhicule juridique ne pouvait concerner que les dérogations conventionnelles prévues dans l'ordonnance.

s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise dérogoire. En clair, la loi du 13 novembre 1982 consacre deux figures qui accroissent l'autorité de l'accord dérogoire et sa légitimité tout en lui fournissant deux identifiants très forts sur le plan juridique. Plus encore, en visant à chaque fois de manière générale – sans s'adosser donc aux textes spécifiques abritant les facultés de dérogoire – des normes conventionnelles qui « dérogent à des dispositions législatives ou règlementaires », ces deux dispositifs contribuent à enraceriner le procédé dérogoire dans le Code du travail en lui conférant « une vocation à la généralité »²² et achèvent d'attacher à la qualification d'accord dérogoire des enjeux à la fois théoriques et pratiques²³.

Cette version d'origine des accords dérogoires fera l'objet de rapides mises à jour par la loi « Delebarre » du 28 février 1986²⁴ puis par la loi « Seguin » du 19 juin 1987²⁵. Si ces deux lois ont comme point commun d'élargir les cas de dérogoire, elles se distinguent en revanche quant à leur conception du rôle devant être dévolu à la négociation d'entreprise, la première loi subordonnant les nouvelles facultés de dérogoire à la conclusion d'un accord de branche étendu alors que la seconde marque un véritable attachement à l'accord d'entreprise en réintroduisant, notamment en matière d'aménagement du temps de travail, le double niveau de négociation²⁶.

Cette séquence législative introductive opère stabilisation, dans le Code du travail, de la catégorie des accords dérogoires. Ce faisant, le droit conventionnel devient « une technique d'adaptation du droit légal aux contraintes économiques nouvelles »²⁷. Mais cela se produit au prix d'un bouleversement du système normatif travailliste habitué à un ordre public binaire : ordre public absolu et ordre public social, le premier n'admettant aucune marge conventionnelle, le second filtrant l'expression conventionnelle pour ne laisser passer que ses manifestations les plus favorables. Mais voilà qu'un nouvel entrant déstabilise l'édifice : l'« ordre public dérogeable »²⁸, parfois dénommé « ordre public relatif »²⁹, c'est-à-dire une norme légale organisant, à certaines conditions, sa mise à l'écart par la norme conventionnelle sans qu'aucune comparaison qualitative ou quantitative ne le dicte. En d'autres termes, une substitution de la norme conventionnelle à la norme étatique sans confrontation préalable. Avec comme conclusion que « le caractère plus favorable du contenu

²² Y. Chalaron, « L'accord dérogoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355.

²³ Sur les enjeux de la qualification d'accord dérogoire : F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2004, spéc. p. 244 et s.

²⁴ Loi n° 86-280 du 28 février 1986 modifiant le code du travail et relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail.

²⁵ Loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail.

²⁶ Ph. Séguin, « Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui », *Dr. soc.* 1988, p. 2, spéc. p. 4 : « Il est en effet évident que l'aménagement de la durée du travail, qui met en cause à la fois les impératifs techniques de la production et les conditions de travail des salariés, est un sujet qui relève par nature de la négociation d'entreprise. Dans ce domaine, la négociation de branche ne peut que définir des règles et ouvrir des possibilités sur la base du plus grand dénominateur commun possible ».

²⁷ J.-E. Ray, « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 11, spéc. p. 23.

²⁸ Pour reprendre la formule de Florence Bergeron : F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit., p. 266.

²⁹ R. Vatinet, « L'ordre public », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 109.

conventionnel n'est plus une condition de l'exercice régulier du droit à la négociation collective »³⁰.

L'innovation a naturellement engendré plusieurs séries de clivages sur les aspects saillants de cette nouvelle technique d'articulation des sources du droit du travail. D'abord, concernant la dénomination de ces accords, certains auteurs ont fait remarquer que celle-ci était peu rigoureuse dès lors qu'elle confond dérogation *in melius* (ou *in favorem*) et dérogation *in pejus* (ou *in defavorem*). Ce à quoi il a été rétorqué qu'il n'y a aucune dérogation dans le fait d'améliorer la loi puisque l'avantage porté par la loi d'ordre public social se retrouve, sous une version bonifiée, dans l'accord plus favorable que la norme légale³¹.

Ensuite, concernant la signification juridique, se sont opposés ceux qui considèrent que l'accord dérogatoire se définit par ses potentialités régressives³² et ceux qui firent remarquer que le propre de la dérogation à la loi n'est pas de dégrader les droits des salariés mais avant tout de façonner une norme différente sans que, dans bon nombre de cas, il puisse être jugé, sur un plan qualitatif ou quantitatif, du caractère plus ou moins favorable des normes légale et conventionnelle reliées par un rapport de dérogation. Ce qu'un auteur résume en estimant que « la neutralisation du principe de faveur n'est pas l'admission d'un principe de défaveur »³³.

Enfin, concernant l'impact normatif de la notion, il a été soutenu, d'un côté, que l'accord dérogatoire renversait la hiérarchie des normes au point de faire triompher la norme conventionnelle face à la norme légale³⁴ quand, de l'autre côté, on rappelait que la loi susceptible de dérogation demeure d'ordre public, conserve son impérativité et ne peut être écartée qu'aux conditions strictes qu'elle édicte, certains s'appuyant, dans cette démonstration, sur la différence entre normes de structure et normes de conduite³⁵ en mettant ainsi en valeur que « même à supposer que la dérogation emporte substitution de la règle conventionnelle à la règle légale, l'accord dérogatoire ne prévaut sur la règle légale qu'en application de la norme de structure à laquelle elle demeure soumise »³⁶.

Cette image renvoyée par le procédé dérogatoire peut constituer, quarante ans après les lois Auroux, une référence à l'aune de laquelle on peut interroger l'évolution historique et questionner l'héritage de ces accords dérogatoires. À l'époque, la dérogation conventionnelle à la loi apparaît très distinctement dans le paysage juridique et occupe une péninsule aux frontières bien délimitées. On y entre que sur autorisation de la branche et contrôle administratif³⁷ ou, moins fréquemment, par une forme silencieuse de majorité électorale des

³⁰ F. Bocquillon, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

³¹ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit., spéc. n° 510 et s.

³² F. Saramito, « Les accords dérogatoires », *Dr. ouvrier* 1990, p. 253. – M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411. – M. Poirier, « Négociation collective : arrêter le massacre – Première Partie », *Dr. ouvrier* 2013, p. 85.

³³ Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », art. préc., p. 359.

³⁴ V. par ex. A. Sauret, « Le concept de dérogation en droit du travail », in *Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à Jacques Barthélémy*, *Revue Droit du travail et de la sécurité sociale*, Hors-série, 1994, p. 35.

³⁵ V. not. F. Bocquillon, « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », in *Le droit social, le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 25.

³⁶ E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, *Economica*, 2008, p. 238, n° 290.

³⁷ Du fait de l'exigence d'extension.

salariés de l'entreprise. On y demeure uniquement pour injecter, avec une série de précautions juridiques, de la flexibilité sur une poignée de leviers du droit de la durée du travail. On en ressort avec l'impression d'avoir profité d'un régime d'exception et le sentiment qu'un tel voyage conventionnel restera rare.

La philosophie initiale des accords dérogatoires était ainsi d'en faire des vecteurs bien gardés de flexibilité. Ce qui justifiait de brider leur utilisation afin d'éviter les excès de la « déréglementation »³⁸. Or, au lieu de conserver ce statut, l'accord dérogatoire s'est peu à peu banalisé dans le système conventionnel au point de servir de vecteur de transformation de plusieurs pans de la « fabrique » des conventions et accords collectifs de travail.

C'est ainsi que l'essor des accords dérogatoires a accompagné un mouvement de décentralisation de la négociation collective dont la loi du 4 mai 2004 a signé l'aboutissement en alignant le potentiel dérogatoire des accords d'entreprise sur celui des accords de branche. Parallèlement, au nom d'une certaine égalité dans l'accès aux accords dérogatoires³⁹, le législateur a ouvert la voie en 1996⁴⁰ à l'utilisation de modes de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à scruter le domaine ouvert à cette négociation substitutive : « la mise en oeuvre des mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif »⁴¹, formule qui se retrouvera dans les dispositifs ultérieurs de négociation sans délégué syndical et qui est interprétée comme visant principalement la conclusion d'accords dérogatoires⁴², au point que l'on a pu faire remarquer que la négociation sans délégué syndical n'est pas orientée vers l'amélioration des droits des salariés⁴³. Bien loin de l'ambition portée par les lois Auroux, l'accord dérogatoire s'est acclimaté à des périmètres de négociation sans présence syndicale et au sein desquels on pouvait fortement douter du rapport de force dans l'exercice négocié malgré les conditions adoptées pour filtrer le débit conventionnel dans les TPE-PME.

Dans le même temps, cette banalisation des usages de la dérogation s'est doublée d'une perte de spécificité de l'accord dérogatoire par un abandon de ses marqueurs au premier rang desquels le droit d'opposition qui a cessé, après la loi du 4 mai 2004, de constituer un mécanisme propre de légitimation pour se propager à tous les types d'accords collectifs, dérogatoires ou non. Au-delà de la perte de visibilité de la technique dérogatoire et l'évanouissement de l'un des enjeux essentiels de la qualification d'accord dérogatoire, on a

³⁸ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 195.

³⁹ Aujourd'hui encore, c'est au nom d'un égal accès des entreprises aux souplesses contenues dans le Code du travail – que ce soit sous un format dérogatoire ou non – que l'on promeut la négociation collective dans les TPE-PME : G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises – Première partie », Dr. soc. 2019, p. 956.

⁴⁰ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

⁴¹ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, préc., Art 6, II.

⁴² F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », Dr. soc. 2017, p. 1033, spéc. p. 1036.

⁴³ Ibid.

pu également regretter que ce nivellement empêche désormais de requérir un surplus de légitimité à l'accord dérogatoire⁴⁴.

De la même façon, alors que les dérogations conventionnelles consacrées dans la première séquence législative inaugurée par les lois Auroux faisaient la part belle à l'accord collectif étendu comme vecteur principal de dérogation, la décentralisation massive de la négociation collective ainsi que l'apparition des lois supplétives ont provoqué un recul de l'exigence de l'extension et, par voie de conséquence, un effacement de ce second marqueur historique de la figure de la dérogation qui donnait au contrôle administratif des allures d'agrément de l'accord dérogatoire⁴⁵. Dans son sillage, c'est également la spécificité tenant à la sanction pénale du droit conventionnel dérogatoire qui s'est amenuisé à mesure que le schéma de la dérogation par accord de branche étendu s'est raréfié⁴⁶.

Ces différentes évolutions, que l'on rappelle ici à grands traits, ont indéniablement altéré la figure de l'accord dérogatoire. Mais c'est la survie même de celui-ci qui pourrait bien avoir été remise en cause par la dernière séquence législative à l'œuvre depuis une quinzaine d'années et qui a réorganisé l'articulation des accords collectifs avec la loi autour de la notion de supplétivité avant de systématiser cette nouvelle approche par l'adoption d'une architecture codifiée faisant la part belle à l'autonomie collective. De ce point de vue, l'effacement progressif de la technique dérogatoire est incontestable et marque, d'un certain point de vue, le crépuscule de la législation initiée en 1982. Dans sa quête d'un nouvel ordonnancement des sources du droit du travail, le législateur tente de minorer l'usage du procédé dérogatoire (I) dans un système normatif qui ne peut, malgré tout, se passer d'entretenir une certaine logique dérogatoire (II).

I. L'accord dérogatoire : un mode transitoire d'ordonnancement ?

Après avoir profondément transformé les rapports entre la loi et l'accord collectif, le procédé dérogatoire a connu, au cours des dernières années, un mouvement de retrait au bénéfice d'autres modes d'articulation entre la norme étatique et la norme conventionnelle (A). Ce constat s'accompagne d'une impression de dissimulation de la fonction dérogatoire dans l'assemblage des sources du droit du travail à l'œuvre depuis 2016 dans le Code du travail (B). Sous ce double angle, la dérogation à la loi paraît constituer un état transitoire de la relation entre loi et accord collectif qu'il serait question d'exfiltrer peu à peu du système normatif après avoir exploité ses effets mutagènes en matière de réorganisation de la place de la loi et de l'accord collectif.

⁴⁴ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit., n° 507.

⁴⁵ M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, in Camerlynck G.-H. dir., *Traité de droit du travail*, t. 7, Dalloz, 2e éd., 1989, p. 252.

⁴⁶ Sur ce point : L. Gamet, « Le droit pénal conventionnel », *Dr. soc.* 2023, p. 239.

A/ Le repli de la mécanique dérogatoire

On doit à la loi du 17 janvier 2003⁴⁷ l'esquisse d'un nouveau type de relations entre la loi et l'accord collectif. Sur le seul thème des majorations de salaire pour heures supplémentaires, et alors que ce sujet reposait jusqu'alors sur un registre dérogatoire, cette loi rehausse la position de la norme conventionnelle dans le schéma de réglementation puisque ce n'est qu'« à défaut de convention ou d'accord » que les niveaux légaux de majoration s'enclenchent. Pour la première fois, la norme légale devenait supplétive de l'accord collectif.

Si cette innovation ne survivait pas à la recodification entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008, le législateur ne comptait pas en rester là puisque la loi du 20 août 2008⁴⁸ éteignit de nouveau la mécanique dérogatoire à l'œuvre au sein de certaines dispositions légales pour lui substituer une mécanique supplétive. C'est ainsi, notamment, que le contingent annuel d'heures supplémentaires fixé par la norme étatique et auquel on pouvait déroger par un accord de branche étendu ou par un accord d'entreprise dans la législation antérieure est devenu, à cette occasion, supplétif de l'accord collectif, ce qui signifie qu'il ne s'active juridiquement qu'à défaut d'accord collectif sur la question.

Même si la supplétivité de la norme légale est encore maniée de façon limitée dans la loi du 20 août 2008, celle-ci donne déjà une vision de son impact sur les rapports entre loi et accord collectif. La supplétivité apparaît alors comme une technique qui supprime la dérogation et qui prend sa source dans un domaine déjà préparé par le procédé dérogatoire. Comme si la compatibilité de la supplétivité avec les situations de réglementation avait été vérifiée par leur ouverture préalable aux rouages de la dérogation. Même s'il est vrai que certains domaines se sont ouverts directement, par la suite, à la supplétivité sans avoir été préalablement défrichés par la mécanique dérogatoire⁴⁹, la supplétivité de la loi apparaît comme un substitut à la dérogation dont l'éclosion puis l'expansion ne peut qu'accompagner la rétraction de celle-ci. De ce point de vue, les accords dérogatoires apparaissent véritablement comme un état transitoire de réordonnement des sources du droit du travail ne consommant qu'une mise à l'écart révérencieuse de la loi et dont les potentialités cachées sont finalement révélées par le procédé supplétif.

Parallèlement, la loi du 20 août 2008 démontre que la supplétivité, en prenant la place de la dérogation dans le mode de réglementation de la situation en cause, peut traduire un affaiblissement de son encadrement juridique. C'est ainsi, comme il a déjà été relevé⁵⁰, que le passage de la dérogation à la supplétivité en matière de contingent annuel d'heures ou d'aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail s'est accompagné d'une déperdition de certaines garanties ou de certaines mentions obligatoires de l'accord collectif.

⁴⁷ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

⁴⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁴⁹ Sur ce point, F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouvrier* 2017, p. 342, spéc. p. 343.

⁵⁰ F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379. – A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

Au-delà de sa vocation à supplanter la dérogation, la supplétivité témoigne d'un véritable changement de perspective dans l'ordonnancement des sources du droit du travail. Car là où la dérogation conventionnelle à la loi postule l'existence d'une règle légale de référence à laquelle il est dérogé, la supplétivité repose précisément sur l'absence de modèle légal puisque « la règle qui est alors première n'est pas la règle supplétive, qui [...] ne vient que pallier une éventuelle carence de la règle issue d'une autre source juridique »⁵¹. Pour le dire autrement, « 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 »⁵². Ce qui permet d'affirmer que dans la dérogation « la norme légale ou réglementaire reste d'ordre public, même si elle supporte la dérogation »⁵³ alors qu'en matière de supplétivité, la norme étatique « perd ce caractère »⁵⁴. De là à prétendre qu'un renversement de hiérarchie, déjà identifié par certains dans le procédé dérogatoire, est à l'œuvre dans le procédé supplétif il n'y a qu'un pas, qu'il faut toutefois encore se garder de franchir dès lors que le retrait accentué de la norme légale propre à la supplétivité est organisé par la loi elle-même qui reste, comme en matière d'accord dérogatoire, le chef d'orchestre du système normatif.

Reste à apprécier le degré d'ouverture de notre système normatif à la supplétivité de la loi. On peut imaginer un système dans lequel l'accord dérogatoire demeure le vecteur privilégié en cas de mise à l'écart de la loi ou, à l'inverse, un système faisant la part belle à la supplétivité en réduisant drastiquement le domaine des accords dérogatoires. Or, si la première séquence initiée par la loi du 20 août 2008 ne marque qu'un basculement limité de la dérogation vers la supplétivité, suivi de plusieurs retouches législatives ayant réemployé le registre dérogatoire et qui ont pu laisser croire que « le procédé [était] toujours vivace »⁵⁵, la loi du 8 août 2016 apparaît quant à elle « 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 »⁵⁶. Accompagnant une nouvelle présentation du Code du travail dans la partie du Code consacrée au droit de la durée du travail sur laquelle nous reviendrons plus loin, cette loi marque une véritable préférence du législateur pour la technique de la supplétivité, mieux à même de soutenir ses nouvelles orientations de promotion de l'accord collectif. Cette préférence ne fera que prendre de l'ampleur suite à l'adoption des ordonnances du 22 septembre 2017 qui imposeront la supplétivité à la fois dans les domaines de la représentation du personnel, de la négociation obligatoire et des contrats à durée déterminée. Il n'est donc pas seulement question d'un panachage des modes d'articulation de la loi et de l'accord collectif mais bien d'un « glissement progressif d'un système dérogatoire remettant en cause, ponctuellement, la

⁵¹ S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », RDT 2009, p. 83.

⁵² S. Frossard, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », Semaine sociale Lamy suppl. 2015, n° 1680, p. 61.

⁵³ F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », art. préc., p. 379.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ F. Canut, « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », Semaine sociale Lamy suppl. 2015, n° 1680, p. 53, spéc. p. 55.

⁵⁶ A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité », art. préc., p. 722.

hiérarchie loi-accord collectif ou l'articulation des accords entre eux vers une logique de distribution »⁵⁷.

Il en ressort que le territoire de l'accord dérogatoire s'offre, désormais sur de vastes étendues, à la loi supplétive. À cette réduction de l'aire géographique de déploiement du procédé dérogatoire provoquée par la montée en puissance de la loi supplétive, s'ajoute une évolution plus globale et structurelle tendant à camoufler les potentialités dérogatoires de la norme conventionnelle.

B/ La dissimulation de la fonction dérogatoire

Comme chacun sait une nouvelle séquence législative, préconisée par le rapport *Combrexelle*⁵⁸ et initiée par la loi du 8 août 2016, a rebâti l'architecture de plusieurs pans du Code du travail à partir d'une ossature tripartite : « ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives ». Ont été recherchés à cette occasion un accroissement de la lisibilité du Code du travail et une clarification du périmètre négociable. Cet effort a été poursuivi par les ordonnances du 22 septembre 2017 et pourrait être étendu à d'autres domaines lors de réformes ultérieures⁵⁹.

Si d'un côté il a pu être considéré que « le seul intérêt de la nouvelle formulation tient en sa vertu pédagogique permettant de mieux repérer le champ du négociable par rapport à ce qui ne l'est pas »⁶⁰, certains ont pu opposer qu'« il serait réducteur de croire que le triptyque inauguré en 2016, et étendu depuis, n'est qu'une affaire de forme, qu'une simple cartographie des territoires offerts à la négociation collective »⁶¹. Incontestablement, dans la nouvelle lecture, l'ordre public, dont le rôle structurel⁶² prend les devants dans le Code du travail, apparaît comme « un référentiel sur la base duquel les partenaires sociaux sont libres d'élaborer leurs propres normes en complétant ou en précisant les règles qui le composent »⁶³. Plus encore, « en plaçant la négociation collective au cœur du triptyque, les réformes récentes (2016-2018) ont mis en place une norme de structure, aussi énorme qu'implicite, par laquelle l'ordre juridique étatique opère délégation de compétences aux partenaires sociaux »⁶⁴.

⁵⁷ F. Favennec-Héry et R. Weissmann, « Les dérogations en droit du travail – Le recours à l'accord dérogatoire », *Dr. soc.* 2017, p. 715.

⁵⁸ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi – Rapport au Premier ministre*, France stratégie, septembre 2015.

⁵⁹ V. sur ce point : M. Morand, « Poursuivre la réforme du Code du travail », *Semaine sociale Lamy* 2019, n° 1875, p. 7.

⁶⁰ F. Favennec-Héry, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148, spéc. n° 16.

⁶¹ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 630, spéc. p. 632.

⁶² F. Favennec-Héry, « L'ordre public légal », *JCP S* 2017, 1126.

⁶³ G. Loiseau, « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT* 2020, n° 4, p. 53.

⁶⁴ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », art. préc., p. 633.

Dans cette perspective, le schéma de la dérogation conventionnelle à la loi apparaît à contre-courant puisque dans cette nouvelle architecture « 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 »⁶⁵. Le positionnement de la fonction dérogatoire de la norme conventionnelle paraît dès lors problématique, raison pour laquelle les facultés de dérogation ayant résisté au basculement vers la mécanique supplétive ont, pour partie, fait l'objet de deux types de traitement occultant leur morphologie dérogatoire.

D'un côté, certaines facultés de dérogation ont été noyées au sein du champ dédié à la négociation collective. Il en va ainsi, par exemple, des facultés de déroger par accord collectif au repos quotidien minimum⁶⁶ ou encore aux durées maximales de travail⁶⁷. La fonction dérogatoire côtoie alors, dans la rubrique consacrée au champ de la négociation, d'autres fonctions de la norme conventionnelle⁶⁸ et ne constitue qu'une façon parmi d'autres de faire varier le paramétrage d'une situation juridique donnée dont l'« infrastructure »⁶⁹ est préparée par les dispositions de la rubrique « ordre public ». Ce faisant, le législateur refuse de donner une visibilité particulière aux manifestations restantes de l'ordre public dérogeable dans le champ du négociable.

De l'autre côté, le législateur n'hésite pas à recouvrir du tripartisme, et donc d'une rubrique introductive d'ordre public, des questions dont le traitement s'inscrit pourtant classiquement dans une optique dérogatoire. C'est le cas de l'aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail, qui déroge au décompte hebdomadaire des heures supplémentaires, ainsi que des conventions de forfait, notamment en jours sur l'année, qui déroge, en outre, sous cette forme, au principe de l'unité de décompte en heure du temps de travail. Ce qui a pu faire dire que « ces règles d'ordre public sont, elles-mêmes, des dérogations à une règle d'ordre public précédemment rappelée »⁷⁰.

Cette indifférenciation des « effets du négocié »⁷¹ au sein du nouveau découpage retenu dans le Code du travail ne fait qu'accroître l'idée que la figure dérogatoire contrarie les plans de la « conventionnalisation » du droit du travail⁷² en rappelant la tonalité des premiers empiètements de l'accord collectif sur la loi. Or, dans un contexte où l'accord collectif devient la source préférentielle de règlementation, le discours législatif peine à le faire

⁶⁵ Étude d'impact préalable à loi du 8 août 2016, 24 mars 2016, p. 32.

⁶⁶ C. trav., art. L. 3131-2.

⁶⁷ C. trav., art. L. 3121-19 et L. 3121-23.

⁶⁸ Fonction d'amélioration, fonction de concrétisation, fonction d'activation.

⁶⁹ G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier et G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016, p. 886.

⁷⁰ F. Favennec-Héry, « L'ordre public légal », art. préc., spéc. n° 17.

⁷¹ Pour reprendre la formule du Professeur Fabre : A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », art. préc., p. 632.

⁷² G. Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail – Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205. – G. François [coord.], *La conventionnalisation du droit du travail*, BJT 2019, n°12, p. 38.

apparaître comme un instrument de dérogation et à l'inscrire dans un décor d'habilitation restreinte et surveillée⁷³.

La gêne du législateur se ressent au plan terminologique puisque l'opération de camouflage vise parfois à purger le Code du travail de références au terme de « dérogation ». Cela est particulièrement voyant concernant le décret n° 2016-1551 du 18 novembre 2016⁷⁴ qui, dans le sillage de la loi du 8 août 2016, reconfigure la partie réglementaire du Code du travail et efface, à cette occasion, les références à la « dérogation » des dispositions réglementaires consacrées aux dérogations conventionnelles relatives aux durées maximales et repos minimums pour leur substituer d'autres termes plus neutres.

On ne peut se départir de l'impression générale que le procédé dérogatoire devient embarrassant dans la construction d'un ordonnancement tout entier tourné vers l'autonomisation de l'accord collectif de travail. Ce qui accentue l'idée que l'accord dérogatoire ne constitue, aux yeux des faiseurs de loi, qu'un état transitoire dans la transformation des rapports entre la loi et l'accord collectif. Pourtant, plusieurs signaux tendent à démontrer, en sens inverse, que l'érosion de l'accord dérogatoire n'est pas sans limite et qu'un domaine protégé peut être visualisé.

II. L'accord dérogatoire : une figure permanente d'ordonnancement ?

Le sens de l'évolution accreditte l'idée que « la dérogation est aujourd'hui dépassée »⁷⁵. Pourtant, nul ne contestera que le schéma dérogatoire résiste dans le Code du travail et que des cas de dérogation « classiques » y subsistent. L'inventaire continue d'ailleurs à en être fait après la séquence législative de 2016-2017⁷⁶. Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à parcourir les dispositions légales consacrées au travail de nuit⁷⁷ ou encore au travail dominical⁷⁸ où l'empreinte de la dérogation est incontestable et où le positionnement de l'accord collectif est clairement dérogatoire. La plupart de ces îlots de résistance s'explique par le caractère atypique du rythme de travail qu'il s'agit d'adopter par voie conventionnelle. Plus encore, dans le champ du temps de travail, et au regard des considérations de protection de la santé et de la sécurité des salariés, le registre de la dérogation – même si le législateur tend à le dissimuler – est assuré de se maintenir lorsqu'il est question d'accroître l'intensité des séquences de travail. Car toute mise à l'écart de la norme étatique ne peut se résoudre que par un vecteur dérogatoire, ce qu'exprime nettement la directive européenne du 4 novembre

⁷³ Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, considérant n° 8 : « lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ».

⁷⁴ Décret n° 2016-1551 du 18 novembre 2016 portant diverses mesures relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés.

⁷⁵ P.-H. Antonmattei, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2^e éd., 2022, spéc. n° 1102.

⁷⁶ V. par ex. A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la suppléativité », art. préc., p. 722.

⁷⁷ C. trav., art. L. 3122-1 et s.

⁷⁸ C. trav., art. L. 3132-14 à L. 3132-19 et L. 3132-25-3.

2003⁷⁹. De ce point de vue, la pression du droit européen et international pourrait contribuer à modérer le recul de la logique dérogatoire⁸⁰.

Paraît également freiner la logique d'effacement progressif du procédé dérogatoire, l'impression tenace que celui-ci se montre parfois, rétrospectivement, plus lisible que le schéma supplétif censé le remplacer. En d'autres termes, la logique dérogatoire peut être décelée sous le vernis supplétif de certaines configurations normatives. C'est ainsi que « le législateur lui-même confond parfois les deux techniques »⁸¹, notamment en matière d'heures complémentaires du travailleur à temps partiel puisque le législateur, dans l'article L. 3123-25 du Code du travail, « qualifie de « dérogations » le fait de porter, par accord collectif, le nombre d'heures complémentaires au-delà du dixième de la durée prévue au contrat, ou de réduire le délai de prévenance, en cas de modification de la répartition de la durée du travail, en deçà de sept jours ouvrés. Or, les références du dixième de la durée contractuelle et du délai de sept jours, qui étaient jusqu'alors dérogeables, sont devenues supplétives... »⁸². Cette confusion ne démontrerait-elle pas le caractère artificiel du basculement ?

D'autres signaux renforcent cette idée d'une supplétivité artificielle qui sied mal à certains domaines où la logique dérogatoire se maintient en dépit d'un glissement apparent de la dérogation à la supplétivité. Est significatif, à cet égard, le sort réservé à la durée minimale du travail à temps partiel. La loi ne prévoit désormais plus que le principe de cette durée minimale et renvoie à l'accord collectif la détermination de cette durée⁸³. Et ce n'est plus qu'à défaut d'accord que la loi pose, en tant que disposition supplétive, une durée minimale de 24 heures⁸⁴. Mais malgré ce format, la liberté conventionnelle se trouve contrainte si elle retient une durée inférieure à la durée de 24 heures puisque, dans ce cas-là, l'accord devra déterminer les garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein⁸⁵. C'est bien la preuve qu'une incursion conventionnelle en-deçà de la durée de 24 heures déclenche une contrepartie et donc qu'il s'agit davantage, ici, de conditionner la

⁷⁹ Directive européenne 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

⁸⁰ On peut d'ailleurs remarquer qu'en matière d'aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail, la prise de distance avec la technique dérogatoire, qui a notamment conduit, depuis 2008, à alléger le contenu de l'accord collectif étendant la séquence de décompte des heures supplémentaires, expose notre législation à certaines critiques sur le terrain du droit international. À cet égard, pour le Comité européen des droits sociaux (CEDS), « l'extension de la période de référence par une convention collective jusqu'à douze mois sera [...] acceptable, sous réserve qu'elle soit justifiée par des motifs objectifs ou techniques ou des raisons tenant à l'organisation du travail » (CEDS, 18 oct. 2018, Confédération générale du travail (CGT) c. France (réclamation n°154/2017)). Or, depuis la loi du 20 août 2008, il n'est plus requis de l'accord collectif d'annualisation de préciser, comme y était contraint les anciens accords de modulation, les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation. Or, « cette précision permettait de rappeler le caractère dérogatoire de la modulation du temps de travail [et que] celle-ci ne devait être mise en œuvre que lorsque les besoins de l'activité de la branche ou de l'entreprise l'exigeaient » (F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », art. préc., p. 379.). Ne repère-t-on pas ici une émancipation risquée de l'accord d'aménagement du temps de travail de la catégorie des accords dérogatoires qui pourrait commander un retour en arrière lors de réformes ultérieures ?

⁸¹ F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », art. préc., p. 344.

⁸² Ibid.

⁸³ C. trav., art. L. 3123-7.

⁸⁴ C. trav., art. L. 3123-27.

⁸⁵ C. trav., art. L. 3123-19.

mise à l'écart d'une durée minimale qui demeure référentielle, malgré son positionnement en tant que disposition supplétive, par un accroissement de l'objet de négociation qui n'a pas lieu d'être lorsque les parties fixent une durée minimale « respectueuse » de la durée légale supplétive. On rejoint le Professeur Bergeron pour qui, sur ce point et sur d'autres, « le passage de la technique de la dérogation à celle de la supplétivité ressemble à une opération cosmétique, sans octroi d'une plus grande marge de manoeuvre à l'accord collectif »⁸⁶.

Dans le même esprit, l'ouverture aveugle de certains domaines de réglementation au format de la supplétivité, au lieu de faciliter l'identification par les partenaires sociaux de leurs marges de manoeuvre, semble parfois brouiller les repères. L'instauration de la supplétivité en matière de contrats à durée déterminée (CDD) par l'une des ordonnances du 22 septembre 2017⁸⁷ le démontre. Plusieurs pans de la réglementation du CDD – durée maximale, nombre de renouvellements, délai de carence – ont directement basculé, à cette occasion, de l'impérativité à la supplétivité⁸⁸. Or, le schéma de l'accord dérogatoire pouvait légitimement apparaître, sur certains de ces points, plus pertinent. C'est notamment le cas en matière de délai de carence où l'article L. 1244-3 du Code du travail pose le principe de l'application de ce délai de carence mais où l'article L. 1244-4 renvoie à l'accord collectif de branche étendu le soin de fixer les cas où ce délai n'est pas applicable avant que l'article L. 1244-4-1 ne mentionne, à titre supplétif, les cas où le délai de carence n'est pas applicable à défaut de prévisions dans l'accord collectif. Dans cette configuration, une très grande liberté paraît accordée aux partenaires sociaux pour mettre à l'écart le délai de carence, impression renforcée par la supplétivité de la loi. On pourrait presque en oublier que l'accord collectif prévoyant les cas dans lequel le délai de carence ne s'applique pas demeure relié à l'article L. 1244-3 qui pose en principe l'application d'un délai de carence en cas de succession de CDD sur le même poste. Cela explique sans doute que certains négociateurs se soient trouvés « piégés » par la morphologie supplétive du traitement de la question dans le Code du travail au point d'écarter purement et simplement le délai de carence dans tous les cas. Ce à quoi le Conseil d'État a opportunément répliqué en jugeant que « les dispositions de l'article L. 1244-4 du code du travail ne permettent à une convention ou un accord de branche étendu de déroger au principe, prévu par l'article L. 1244-3 du même code, de l'application d'un délai de carence que dans certains cas seulement, qu'il lui appartient alors de définir »⁸⁹. Il en résulte que les négociateurs restent contraints dans leur exercice conventionnel mais également que « le champ laissé à la négociation collective reste encore à circonscrire »⁹⁰ sur ce point. N'aurait-il pas mieux valu inscrire totalement la question des cas d'application du délai de carence dans un schéma dérogatoire afin de mieux borner les marges de manoeuvre de l'accord collectif et avertir les partenaires sociaux qu'ils pénètrent, en cette matière, sur un terrain aux tonalités impératives ?

⁸⁶ F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », art. préc., p. 344.

⁸⁷ Ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁸⁸ Pour un panorama général sur cette question : J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », BJT déc. 2019, n° 112r1, p. 55. – A. Lucchini, « Le recours au CDD : entre ordre public et négociation collective », Dr. ouvrier 2021, p. 564.

⁸⁹ CE, 4ème - 1ère ch. réunies, 27 avril 2022, n° 440521, Publié au recueil Lebon : Semaine sociale Lamy 2022, n° 2002, p. 5, concl. R. Chambon ; Dr. soc. 2022, p. 819, chron., A. Lucchini ; BJT juill. 2022, p. 21, obs. F. Bergeron.

⁹⁰ A. Lucchini, chron. préc.

Hantant encore le Code du travail dans des espaces où on la croyait pourtant éradiquée, la figure de l'accord dérogatoire se réincarne, parallèlement, dans de nouveaux espaces. On pense ici aux accords de gestion de l'emploi inaugurés par la loi du 14 juin 2013⁹¹ avec la création des accords de maintien de l'emploi et des accords de mobilité interne. Ces accords ont depuis été remplacés par l'accord de performance collective⁹² qui reprend leur esprit en permettant une substitution des stipulations de l'accord aux clauses du contrat mais surtout une réorientation des salariés réfractaires à l'application de l'accord vers un licenciement reposant sur un « motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » et se trouve soumis aux seules règles d'entretien préalable et de notification du licenciement régissant les licenciements économiques à titre individuel. Comme il a été souligné, même si ce type d'accord ne consomme pas une mise à l'écart d'une règle étatique substantielle, « les accords en question dérogent à une norme de structure de l'ordre juridique, norme réglant l'élaboration du droit. Il s'agit bien en ce sens d'accord dérogatoire, même s'ils sont d'un type un peu particulier »⁹³. La technique dérogatoire semble, de ce point de vue, changer de cible. L'accord dérogatoire devient, sous cet angle, celui qui met à l'écart l'articulation de principe des normes et les conséquences qui s'y attachent normalement.

Ces quelques constats tendent à démontrer que la logique dérogatoire continue donc d'imprégner les relations de la loi avec l'accord collectif. Malgré les efforts du législateur, le schéma de la supplétivité peine parfois à s'enraciner. Preuve que l'accord dérogatoire demeure, dans certaines matières, le seul à même de concurrencer la source légale. Parvenu aux confins de la supplétivité, le législateur serait sans doute bien inspiré de modérer le mouvement et de réintroduire davantage le schéma de la dérogation pour préserver le système conventionnel de plusieurs types de dérèglements identifiés ces dernières années. Au-delà d'un retour en grâce de la mécanique dérogatoire sur certaines thématiques dont l'ouverture à la supplétivité n'apparaît pas pertinente, ne pourrait-on pas réintroduire une spécialisation des conditions de conclusion de certains accords dont le caractère sensible est avéré ? Il s'agirait de réemployer, comme dans la version d'origine des accords dérogatoires, un régime propre de conclusion⁹⁴ pour singulariser certains accords dont les aspects dérogatoires sont incontestables et éviter, par exemple, que certaines modalités d'adoption de l'accord – notamment référendaires – ne puissent véhiculer des altérations fortes du statut ou des conditions de travail des salariés. Enfin, la résurgence de la logique dérogatoire, *de lege ferenda*, pourrait opportunément limiter la tendance de ces dernières années, portée par le schéma supplétif, consistant à réattribuer, en l'absence d'accord et sur ordre de la disposition légale supplétive, le pouvoir de réglementer la situation juridique à l'employeur⁹⁵. Ce processus caché d'« unilatéralisation » du droit du travail, devenu le corolaire de l'idéal de conventionnalisation mériterait d'être mieux borné, notamment par un retour de la figure de l'accord dérogatoire dont l'une des vertus était précisément de n'admettre qu'une flexibilisation conventionnelle.

⁹¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁹² C. trav., art. L. 2254-2.

⁹³ F. Canut, « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », art. préc., p. 57.

⁹⁴ A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité », art. préc., p. 722.

⁹⁵ F. Favennec-Héry, « L'ordre public légal », art. préc., spéc. n° 19.

En guise de conclusion, quarante ans après les lois Auroux, à la question « ne vaudrait-il pas mieux constater que les accords dérogatoires sont morts au bénéfice d'accords collectifs [...] tous majoritaires et dont le champ a été déterminé par le législateur »⁹⁶, la réponse ne peut être que nuancée. Après avoir métamorphosé les relations de la loi avec l'accord collectif et servi de tremplin à une nouvelle logique d'articulation, la figure de l'accord dérogatoire, sans aucun doute altérée, diminuée et cantonnée, apparaît malgré tout comme un rouage durable de notre système normatif dont la visibilité et le domaine mériteraient d'être réévalués.

⁹⁶ F. Favennec-Héry et R. Weissmann, « Les dérogations en droit du travail – Le recours à l'accord dérogatoire », art. préc., p. 719.