

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

Note n° 2 - Fondation Jean-Jaurès
Observatoire du dialogue social - 26 février 2016

Emmanuel Mauger*
Etienne Colin*

* Membres de
l'Observatoire du
dialogue social de
la Fondation Jean-Jaurès

Commissions et projets gouvernementaux se multiplient pour mettre en avant une nécessité, au nom d'impératifs de lutte contre le chômage et de simplification du Code du Travail, d'élargir le champ de la négociation collective, et singulièrement de la négociation d'entreprise, face à la loi. C'est la question des rapports entre les accords collectifs de travail et les lois et règlements qui est posée, la faculté des premiers de pouvoir déroger aux seconds. La question n'est pas nouvelle, et afin d'en éviter une approche trop idéologique, un état des lieux est utile : dans quelle mesure les accords d'entreprise peuvent déjà disposer autrement que la loi ?

Les accords d'entreprise ont toujours pu « déroger » dans un sens favorable aux salariés. C'est le principe de faveur défini à l'article L. 2251-1 du Code du travail : « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

On distingue ainsi en droit du travail un ordre public absolu et un ordre public social. L'ordre public absolu, ainsi dénommé par la doctrine, désigne les dispositions légales et réglementaires auxquelles les accords collectifs de travail ne peuvent déroger en aucun cas, même dans un sens favorable aux salariés. Elles sont définies au fil de la jurisprudence qui a pu poser que l'interdiction de prévoir une rupture du contrat de travail de plein droit en raison de l'âge, l'interdiction d'indexer le salaire sur le Smic ou le niveau général des prix, la durée des mandats des représentants du personnel prévue par le Code du Travail, l'accès des salariés de l'entreprise aux élections des représentants du personnel... sont des dispositions d'ordre public absolu. À la différence des dispositions présentant un caractère d'ordre public absolu, les autres relèvent de l'ordre public social : elles sont les droits minimums des salariés, et les accords collectifs de travail peuvent y déroger seulement dans un sens favorable aux salariés. Le principe est donc celui de l'ordre public social : les accords collectifs de travail ne peuvent pas contenir de dispositions moins favorables pour les salariés que celles prévues par les lois et règlements, mais il peuvent prévoir mieux.

Cependant, de longue date, le législateur a entendu introduire des exceptions à ce principe. Depuis l'ordonnance 82-41 du 16 janvier 1982, de nombreuses dispositions du Code du Travail, essentiellement en matière de contrats précaires et de durée du travail, autorisent

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

Les conventions et accords collectifs, tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise, à prévoir des règles différentes de celles qui seraient applicables en leur absence.

Deux « mécanismes » ont été introduits par le législateur : celui des accords dits dérogatoires puis celui du caractère supplétif de certaines normes issues des lois et règlements ; comment élargir encore les possibilités de dérogations au niveau de l'entreprise ?

Les accords dérogatoires

Dans certains cas, le législateur édicte la règle normalement applicable mais permet expressément aux partenaires sociaux d'y déroger par voie de convention ou d'accord collectif de travail. Un tel accord dérogatoire ne présente pas nécessairement un caractère défavorable pour les salariés par rapport à la règle concernée : peu importe en réalité qu'il soit plus ou moins favorable. Il vise surtout à disposer autrement que la règle à laquelle il déroge, en définissant d'autres droits que ceux qu'elle offre.

La loi doit prévoir expressément cette autorisation donnée aux partenaires sociaux de déroger à la loi et aux règlements. Seule la loi le peut, non le pouvoir réglementaire en l'absence d'habilitation législative expresse (Conseil d'État, 27 juillet 2001 n°220067, 1^e et 2^e s.-s., Fédération nationale des transports Force Ouvrière ; RJS 1/02 n°107). La loi doit encore encadrer strictement les possibilités et conditions de la dérogation ; les négociateurs des accords dérogatoires ne sont donc pas entièrement libres dans la définition de leur contenu. Cela résulte de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit que la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

La possibilité de déroger conventionnellement à la norme légale ou réglementaire était autrefois le plus souvent réservée aux conventions et accords de branche étendus. L'article 43 de la loi du 4 mai 2004 a ouvert plus largement à la négociation d'entreprise ou d'établissement une telle faculté. Selon le Conseil constitutionnel, la consécration du principe majoritaire comme condition de validité des accords d'entreprise dans cette même loi constitue une garantie suffisante pour justifier l'extension du domaine des dérogations à ce niveau (Conseil constitutionnel 2004-494 DC, 29 avril 2004). Cet article a déterminé, de manière limitative, les domaines ouverts à la négociation dérogatoire par accord d'entreprise. Pour les autres domaines dans lesquels la loi renvoie, par des dispositions législatives spécifiques, à la négociation de branche, le droit reste inchangé ; la négociation n'est ouverte qu'au niveau de la branche et non au niveau de l'entreprise.

Les principaux cas de dérogation par voie d'accord d'entreprise sont :

- La limitation de l'indemnité de fin de contrat à 6 % (contre 10 %) et action de formation en matière de contrat à durée déterminée (article L. 1243-9)
- La fixation de la période d'essai en matière de travail temporaire (article L. 1251-14)
- Les cas de suppression de l'indemnité de fin de mission en matière de travail temporaire (article L. 1251-33)

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

- La définition du champ des missions de travail temporaire (article L. 1251-57)
- Une durée de période d'essai plus courte fixée par accord collectif conclu après le 26 juin 2008 (article L. 1221-22)
- La mise en place du travail de nuit (article L. 3122-33)
- La définition du travail de nuit (article L. 3122-29)
- La dérogation à la durée maximale du travail quotidienne et hebdomadaire en matière de travail de nuit (article L. 3122-34)
- La mise en place du travail de nuit des jeunes travailleurs dans des secteurs autorisés par décret (article L. 3163-2)
- Le dépassement de la durée légale ou conventionnelle du travail en raison du départ en formation du salarié (article L. 6321-4)
- L'exercice du DIF pendant le temps de travail (article L.6323-11)
- Les modalités particulières de mise en œuvre du DIF (article L. 6323-6)
- L'affichage des horaires lorsque le travail est aménagé sur une période supérieure à la semaine (article D. 3171-5)
- La réduction du délai de prévenance en matière de temps partiel (article L. 3123-22)
- L'augmentation jusqu'au tiers des heures au-delà de la durée contractuelle en matière de temps partiel (L. 3123-18)
- L'interruption supérieure à 2 heures ou plus d'une interruption en matière de temps partiel (article L. 3123-16)
- La fixation du taux de majoration des heures supplémentaires avec un minimum à 10 % (article L. 3121-22)
- La détermination des périodes de référence pour le décompte des heures supplémentaires et des repos compensateurs en matière de travail saisonnier (article L. 3121-21)
- La dérogation au repos quotidien de 11 heures (article L. 3131-2)
- La dérogation au repos de 2 jours consécutifs des jeunes travailleurs (article L. 3164-2)
- Le travail des jeunes travailleurs un jour férié (article L. 3164-8)
- Les équipes de suppléance, repos par roulement (article L. 3132-16)
- Le report des congés payés pour les salariés dont la durée du travail est décomptée à l'année (article L. 3141-21)
- La formation spécifique des membres du CHSCT dans les établissements de moins de 300 salariés (article L. 4614-15)

Par ailleurs, un accord de méthode peut être conclu au niveau de l'entreprise, du groupe ou de la branche (articles L. 1233-21 à L. 1233-24). Il peut fixer, par dérogation aux dispositions du Code du Travail, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage un licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi n'a pas remis en cause cette possibilité de conclure des accords de méthode dérogatoires, mais elle a adapté leur contenu dans la mesure où elle a instauré la possibilité de négocier sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (article L. 1233-24-1-1 à L. 1233-24-3). L'accord de méthode peut toujours fixer les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est réuni et informé sur la situation économique et financière de l'entreprise et peut formuler des propositions alternatives au projet de licenciement économique collectif (article L. 1233-23). En revanche, l'accord ne peut plus déterminer les conditions dans

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

lesquelles l'établissement du PSE peut faire l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci ni organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise ou du groupe.

L'accord de méthode ne peut déroger aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévues aux articles L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5, à la communication aux représentants du personnel des renseignements relatifs au projet de licenciement prévus aux articles L. 1233-31 à L. 1233-33, ni aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire prévues à l'article L. 1233-58.

La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a encore introduit de nouvelles facultés de dérogation par accord d'entreprise en matière de représentation du personnel et de négociation collective. Il est notamment prévu la possibilité de mettre en place une instance commune à partir de 300 salariés (par accord collectif majoritaire) ; d'adapter les consultations, la banque de données économiques et sociales et le fonctionnement du comité d'entreprise ; de modifier la périodicité des négociations obligatoires dans l'entreprise pour tout ou partie des thèmes (par accord collectif majoritaire).

Il est notable que la loi du 4 mai 2004 ouvrait à la négociation d'entreprise d'autres possibilités de déroger à des dispositions en matière de durée du travail : réduction du délai de prévenance à trois jours ouvrés et interruption supérieure à deux heures ou plus d'une interruption en cas de temps partiel modulé, contingent d'heures supplémentaires... Mais les dispositions en question ont été abrogées par la loi du 20 août 2008 qui a profondément réformé la législation relative à la durée du travail, faisant le choix d'un autre « mécanisme » pour faire exception au principe de l'ordre public social : celui du caractère supplétif des normes issues des lois et règlements.

Les lois et règlements supplétifs

Ici, la loi ne prévoit plus la faculté de déroger à ses dispositions, mais confie directement aux partenaires sociaux le soin de définir les règles applicables sur un sujet donné, et au règlement celui de prévoir les dispositions applicables à défaut d'accord collectif. La loi renvoie le plus souvent en premier lieu à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, à la convention ou l'accord de branche. La négociation de branche est alors elle-même supplétive par rapport à la négociation d'entreprise ou d'établissement. La loi et les règlements supplétifs, en accordant une plus grande liberté aux partenaires sociaux, paraissent plus souples que les accords dérogatoires dont le cadre minimal à respecter par les négociateurs est plus strict et sans doute plus protecteur pour les salariés.

Les dispositions du Code du Travail issues de la loi du 20 août 2008 renvoient ainsi à un accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, à une convention ou un accord de branche, ou à défaut d'accord collectif, à un décret, sur :

- Le contingent annuel d'heures supplémentaires (article L. 3121-11)
- Les conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel (article L. 3121-11)

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

- Les caractéristiques et conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due pour les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel (article L. 3121-11)
- La mise en place d'un repos compensateur de remplacement (article L. 3121-24)
- Les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait sur l'année, la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, les caractéristiques principales des conventions (article L. 3121-39)
- La fixation du nombre de jours maximum travaillés pour les salariés en forfait (article L. 3121-45)
- En cas de répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, les conditions et délais de prévenance des changements de durée et d'horaires de travail, les limites de décompte des heures supplémentaires, la prise en compte pour la rémunération des absences, les arrivées et départs en cours de période (article L. 3122-2)
- L'alimentation, la gestion et l'utilisation du compte épargne-temps (article L. 3151-1).

La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi utilise elle aussi le « mécanisme » du caractère supplétif notamment lorsqu'elle pose que les conditions de fonctionnement de l'instance commune à partir de 300 salariés sont déterminées par accord collectif ou, à défaut, par la voie réglementaire et également par la loi.

Ou encore lorsqu'elle pose que les délais et modalités d'établissement des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise sont fixés par accord, et en l'absence d'accord, par décret.

Encore étendre la faculté dérogatoire au niveau de l'entreprise ?

On relèvera qu'élargir les possibilités pour les accords d'entreprise de prévoir autrement que la loi ne va pas nécessairement dans le sens d'une simplification du Code du Travail : on l'a vu, qu'elle habilite les partenaires sociaux à y déroger, ou qu'elle se définit comme supplétive, la norme est toujours là... Quant à la nécessité d'élargir le champ de la négociation d'entreprise dans la perspective de favoriser la création d'emplois, elle est d'abord invoquée dans le domaine de la durée du travail et de l'organisation du temps de travail. Or, c'est précisément le domaine dans lequel il existe, en l'état du droit, le plus de possibilités de déroger par voie d'accord d'entreprise aux dispositions légales et réglementaires, quand celles-ci ne sont pas devenues « simplement » supplétives. Si bien que l'extension de la faculté dérogatoire au niveau de l'entreprise paraît passer moins par une extension de son champ, que par une réflexion sur les possibilités de négociation d'accords dérogatoires.

Aujourd'hui, à de rares exceptions où l'accord dérogatoire doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés (cf. supra), les règles de conclusion des accords dérogatoires sont identiques à celles de tout accord collectif (signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés, absence d'opposition de celles ayant obtenu plus de 50 %). Alors même que, selon le Conseil constitutionnel, le principe majoritaire constitue

LES DÉROGATIONS À LA LOI PAR ACCORD COLLECTIF : QUELLES POSSIBILITÉS ?

une garantie permettant l'extension du domaine des accords dérogatoires, c'est avec prudence qu'il faut accueillir la proposition d'ouvrir le champ de la négociation dérogatoire en contrepartie d'une condition majoritaire renforcée, sauf à prendre le risque d'une paralysie du dialogue social dans l'entreprise.

Et reste entière la question de la négociation d'accords d'entreprise dérogatoire en l'absence de délégué syndical...