

Alain Supiot*

LES ACCORDS D'ENTREPRISE EN DROIT FRANCAIS

La question des accords d'entreprise a fait l'objet depuis quelques années en France d'une attention doctrinale soutenue, si bien que la bibliographie sur le sujet, fort réduite jusqu'au début des années quatre-vingt, est aujourd'hui impressionnante de volume et de qualité¹. Et le présent colloque suffirait à prouver que ce récent intérêt n'est pas propre à la France, ni même aux pays à économie de marché, mais se retrouve dans la plupart des pays européens.

Ceci ne se comprendrait pas si les accords d'entreprise constituaient seulement un point de technique juridique; et il suffit de reprendre chacun des termes de cette notion pour s'apercevoir qu'ils mettent en jeu des problèmes fondamentaux que l'histoire de ces vingt dernières années a contribué à réactiver. Le terme d'„accord” a partie liée avec la vieille opposition du contrat et du statut et avec le choix de l'un ou de l'autre comme mode privilégié de réglementation. Quant au terme d'„entreprise”, il renvoie à l'insoluble question de la communauté, ou au contraire de l'antagonisme des intérêts de ceux qui la composent, et donc au choix du meilleur niveau de sa réglementation. Il n'est donc pas surprenant que dans un système juridique donné, la place faite aux accords d'entreprise, et la conception qu'on en a, se trouvent étroitement liées à ces choix fondamentaux, du mode et du niveau de la réglementation, c'est à dire au type de culture juridique qui prévaut dans ce système.

* Professeur à l'Université de Nantes.

¹ Voir la bibliographie exhaustive contenue dans les deux ouvrages de référence que sont ici les thèses d'État de Monsieur J.-P. Chauchard (*La conception française de la négociation et de la convention collective de travail*, Th. d'État, Université de Paris I, 1984, dactyl. 609 + LXI pp.) et de Madame M.-A. Rotschild-Souriac (*Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*,

Or cette culture varie d'un pays à l'autre. Déjà en 1928 Georges Scelle — qui, plutôt que de culture, parlait à ce sujet, de „caractère des peuples” — distinguait „l'étatisme paternaliste” de l'Allemagne, l'„organicisme autonome” de l'Angleterre, et l'„interventionnisme politique” de la France². Etatisme paternaliste disait-il parce que la législation sociale allemande a été beaucoup plus octroyée que conquise, et qu'elle ne remet pas en cause les cadres hiérarchiques d'une société traditionaliste. Organicisme autonome en Grande-Bretagne parce que la réglementation s'y trouve fondée sur la généralisation du contrat collectif et l'organisation hiérarchisée de l'association professionnelle. Et enfin interventionnisme politique en France parce que „le droit ouvrier y a été conquis de haute lutte dans un pays politiquement centralisé. C'est de l'État que l'ouvrier a réclamé son statut et cela explique, d'une part que la législation ouvrière soit centralisatrice; d'autre part qu'elle ait le caractère d'une législation de classe; en troisième lieu qu'elle soit parfois une législation de façade; enfin qu'elle ait sacrifié l'organisation à la réglementation. Tout cela se tient concluait-il”³.

La place réservée à la négociation d'entreprise dans chacun de ces trois pays jusqu'à une période récente⁴ suffirait à montrer que cette analyse n'a rien perdu de sa pertinence. Dans le cas de la France la centralisation politique et administrative, la conjonction d'un syndicalisme et d'un patronat de lutte des classes, et l'inorganisation de la négociation collective, concourraient à ne laisser aux accords d'entreprise qu'une place résiduelle. Ce type d'accords ne pouvait en effet avoir les faveurs ni des syndicats, qui fondent leur action sur l'idée d'une solidarité de classe transcendant l'appartenance des travailleurs à telle ou telle entreprise, ni du patronat, qui redoute tout ce qui pourrait altérer l'absolutisme de son pouvoir dans l'entreprise et apprécie dans les conventions de branche un moyen d'unification des conditions de la concurrence, ni enfin du pouvoir politique, peu enclin à la décentralisation des sources du droit, et dubitatif quant aux possibilités objectives

Th. d'État, Université de Paris I, 1986, dactyl. 1795 p.). Ce n'est pas le moindre signe de la misère de l'Université française que des travaux de cette importance restent non publiés, et ne puissent guère être consultés plus commodément que ne l'étaient les manuscrits au Moyen-âge. Parmi les publications postérieures à ces deux thèses, voir spéc. les actes du colloque sur les *Conventions et accords d'entreprise* organisé par „Droit Social”, et publiés par cette revue dans son numéro de janvier 1983.

² G. Scelle, *Le droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 2^{ème} éd., 1929, pp. 212—216.

³ *Ibidem*, p. 213.

⁴ Voir X. Blanc-Jouvan, *La négociation d'entreprises en droit comparé*, „Droit Social” 1982, pp. 718—728.

d'une négociation à armes égales dans des entreprises où le syndicalisme est souvent absent, divisé, ou faiblement implanté.

Explicitement rejetés en 1906 dans le rapport du premier projet de loi sur les conventions collectives, les conventions d'entreprise demeurèrent donc ignorées du législateur jusqu'à la loi du 11 février 1950. Cette loi elle-même visait plutôt à en marginaliser la pratique, puisque ces accords, dits „d'établissement", y étaient étroitement cantonnés à l'adaptation des conventions de branche ou à la fixation des salaires. Bien que la pratique n'ait pas attendu cette date pour mettre en oeuvre, en marge de la loi, ce type de conventions, ce n'est qu'en 1971 qu'a été légalisée l'idée de conventions collectives d'entreprise à part entière⁵. Et encore cette idée n'a-t-elle véritablement pris son essor qu'à compter de 1982, avec l'Ordonnance du 16 janvier relative à la durée du travail⁶, et la loi Auroux du 13 novembre, relative à la négociation collective.

Ces textes ont en effet introduit deux innovations capitales — les accords dérogatoires et l'obligation de négocier dans l'entreprise — qui portent en germe un bouleversement des sources et du contenu du droit du travail. Jusqu'alors les accords d'entreprise ne pouvaient être autre chose qu'une source périphérique et infra-réglementaire, sorte de ramifications extrêmes de l'ordre juridique, dépendant étroitement des normes élaborées dans les branches professionnelles, elles-même solidement reliées au tronc législatif et réglementaire. En systématisant la négociation d'entreprise, et en admettant que les accords qui en résultent puissent en certains cas s'émanciper de la législation ou de la convention de branche, ces réformes ont jeté les bases d'une possible autoréglementation de l'entreprise.

Une telle promotion des accords d'entreprise a été justifiée par un argumentaire maintenant bien connu, pour ne pas dire rabâché. Argumentaire économique tout d'abord: la nécessité d'une adaptation fine des entreprises aux changements techniques et aux besoins de plus en plus changeants et diversifiés qui s'expriment sur le marché, se traduit sur le plan juridique par une demande de „flexibilité" des règles d'emploi de la main d'oeuvre, c'est-à-dire d'ajustement de ces règles aux impératifs de la compétitivité. Parallèlement le discours économique tend à réintroduire l'idée que les salariés constituent l'un des éléments les plus précieux du capital de l'entreprise: le „capital

⁵ Voir M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel*, „Droit Social" 1983, pp. 8 s.; Ph. Séguin, *Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui*, „Droit Social" 1983, pp. 2 s.

⁶ Sur ce texte voir A. Jeammaud, *Le nouveau régime du temps de travail*, „Droit Social" 1982, p. 305.

humain", et que la valorisation de ce capital requiert d'élaborer les règles du travail au plus près des travailleurs eux-même. Cette analyse rejoint l'argumentaire social qui met en avant l'élévation du niveau culturel des salariés, la diversification de leurs aspirations individuelles, et leur désaffection (corrélative?) vis à vis des formes traditionnelles de l'organisation syndicale, pour privilégier une négociation d'entreprise censée tenir compte de cette diversité et propre à raffermir l'implantation syndicale. L'argumentaire politique enfin n'est pas en reste, qui plaide pour l'„État modeste"⁷, et justifie tout ce qui peut apparaître comme une restitution à la société civile des attributions qui sont naturellement les siennes. Tout cela concourt à faire admettre l'idée que la réglementation de l'entreprise par l'État doit céder le pas à la réglementation de l'entreprise par elle-même; qu'aujourd'hui encore objet de droit, l'entreprise doit devenir demain sujet et source de droit.

Abondante, la participation des juristes à ce débat a aussi été emprunte de modestie. La doctrine s'est attachée, d'une part à défendre le droit du travail contre les attaques dont il est devenu l'objet⁸, et d'autre part à analyser les problèmes techniques suscités par sa transformation. Modestie qui serait louable si elle ne confirmait la tendance aujourd'hui répandue en France à situer la réflexion juridique dans la vassalité du discours politique et économique⁹. Objecter le droit face à ces discours est certes indispensable, que ce soit pour favoriser, ou au contraire pour limiter leur inscription dans l'ordre juridique. Mais l'analyse juridique devrait aussi servir à révéler une part de ce qui, dans ces discours, reste implicite. De ce point de vue il y a au moins un débat de théorie juridique qui aurait dû être rouvert ces dernières années et qui, curieusement, ne l'a pas été: c'est celui de la théorie de l'entreprise. On ne peut pas en effet déplacer le centre de gravité du droit du travail, de l'État vers l'entreprise, sans avoir pris implicitement parti sur la nature juridique de celle-ci. A première vue, le mouvement engagé depuis les lois Auroux paraît fondé sur une conception institutionnelle de l'entreprise. Or de cela, rien n'est dit, ou presque; les discussions sur la théorie de l'entreprise se sont tues au moment même où l'évolution du droit positif commençait à leur donner quelque sens pratique.

⁷ Du nom d'un best-seller du sociologue Michel Crozier.

⁸ Voir G. Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité*, „Droit Social" 1985, p. 801; A. Jeammaud, *Flexibilité: le procès du droit du travail*, [in:] *Flexibilité du droit du travail: objectif ou réalité?*, Centre de recherches de droit social de l'Université de Lyon III, Paris, Éd. légis. et adm., 1986, pp. 23—54.

⁹ Phénomène que certains praticiens sont les premiers à déplorer, surtout lorsqu'il se manifeste de façon paroxysmique, comme c'est le cas dans le domaine de l'emploi: voir Y. Rousseau, *Le statut du chômeur*, [in:] *Les sans-emploi et la loi*, Droit et changement social, Quimper, éd. Calligrammes, 1988,

Ce n'est pas le lieu de les reprendre, mais seulement de rappeler qu'on ne peut saisir la portée des dernières innovations législatives sans se référer à des problématiques plus anciennes et plus générales.

Placé devant des réformes aussi ambitieuses on ne peut manquer de se demander quel sera leur impact réel sur l'ensemble du système juridique dans lequel elles s'insèrent. Cette question, Georges Scelle était justement déjà amené à se la poser à propos des innovations législatives de son temps, qui semblaient s'écarter de sa typologie des principaux droits du travail européens: écume du Droit ou lame de fond annonciatrice de changements radicaux? Sa réponse mérite d'être rappelée, car elle a été confirmée par l'Histoire: „Comme le caractère des peuples ne change guère, il est vraisemblable que le retour à la normale verra le droit ouvrier reprendre dans les trois pays sa marche traditionnelle”¹⁰. La même question (mais peut-être pas la même réponse) peut être reprise aujourd'hui à propos du développement de la négociation collective. La description sommaire de l'essor de l'autoréglementation de l'entreprise en droit français (I), précédera donc une interrogation sur l'avenir de cette autoréglementation (II).

I. L'ESSOR DE L'AUTORÉGLEMENTATION DE L'ENTREPRISE

Il y a évidemment quelque ambiguïté à parler d'autoréglementation de l'entreprise. Le chef d'entreprise s'étant vu reconnaître d'abord par la jurisprudence, puis par la loi, un pouvoir réglementaire inhérent à sa fonction, l'autoréglementation peut s'entendre d'abord sous le sens de réglementation patronale. Elle peut désigner aussi, et c'est ce sens qu'on retiendra ici, la capacité de négocier dans l'entreprise des accords qui s'ajoutent ou se substituent à la réglementation étatique (loi et règlement au sens strict) ou professionnelle (conventions et accords de branche), c'est à dire une réglementation conventionnelle. Mais cette ambiguïté est elle même riche de sens, car elle exprime la parenté de ces deux types de "lois" de l'entreprise, et le risque toujours présent d'une négociation en trompe l'oeil, qui donne seulement une forme conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l'employeur.

L'essor de cette autoréglementation se manifeste dans le droit positif de deux manières complémentaires: par la promotion de la négociation dans l'entreprise (A), et par l'émancipation des accords d'entreprise (B)

¹⁰ G. Scelle, *op. cit.*, p. 216.

A. LA PROMOTION DE LA NEGOCIATION DANS L'ENTREPRISE

Il existe certes, parfois depuis longtemps, en droit français un certain nombre d'incitations, voire d'obligations, à la négociation dans l'entreprise¹¹.

Les incitations prennent le plus souvent la forme d'allègements de charges financières, sociales ou fiscales, consenties aux entreprises qui acceptent de jouer le jeu conventionnel proposé par le législateur. Cette méthode a notamment été employée en matière d'intéressement et de participation des travailleurs aux fruits de l'entreprise pour encourager la signature d'accords dits „dérogatoires” qui étendent le système de participation au delà du minimum légal imposé¹². On la retrouve employée en matière de fonds salariaux servant à financer des investissements productifs ou des opérations tendant à la réduction de la durée du travail et à la création d'emplois¹³, ou d'aide aux entreprises en difficulté¹⁴. La même technique a servi à la mise en place des contrats de solidarité¹⁵, ou des plans pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹⁶. L'incitation à négocier peut également résulter de la possibilité de bénéficier de dérogations au dispositif légal et réglementaire comme c'est le cas en matière d'accords dérogatoires au régime d'aménagement du temps de travail¹⁷.

L'obligation de négocier dans l'entreprise existe elle aussi depuis longtemps en droit positif combinée ou non aux techniques d'incitation. Son édicition la plus ancienne semble avoir concerné l'organisation des

¹¹ Cf. M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, pp. 122 s.

¹² Voir N. Catala, *L'entreprise, Traité de droit du travail*, t. 4, Paris, Dalloz, 1980, nos 978 s., pp. 1134 s.; M. Despax, *Les accords de participation*, „Droit Social” 1969, p. 378. Ce système a été récemment réformé par une ordonnance du 21 octobre 1986 et un décret d'application du 17 juillet 1987 (textes non codifiés); sur ces nouveaux textes voir J. Savatier, *Les accords d'intéressement et de participation*, „Droit Social” 1988, p. 89, et du même auteur le v^o *Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise*, [in:] Rép. trav. Dalloz, t. 2.

¹³ C. trav., art. L. 471—1, s.; voir J. Viguié, *Fonds salariaux*, „La Semaine sociale”, Lamy, 1985, suppl. au n^o 270.

¹⁴ Voir F. Gaudu, *Négociation collective dans une entreprise en difficulté*, „Droit Social” 1982, p. 705.

¹⁵ Ord. du 16 janvier 1982; voir Y. Gaudemet, *Les contrats de solidarité*, „Droit Social” 1982, p. 335; add. J.-M. Béraud, *La procédure de réduction d'horaire*, „Droit Social” 1985, p. 617.

¹⁶ C. trav., art. L. 123—4; voir C. Sutter, *L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux*, „Droit Social” 1983, p. 684.

¹⁷ Voir *infra*.

élections des représentants du personnel; précédent d'autant plus remarquable que ces accords préélectoraux peuvent également être des accords dérogatoires¹⁸. Obligation de négocier et accords dérogatoires se retrouvent du reste dans les textes relatifs à l'intéressement et la participation. Plus récemment l'obligation de négocier dans l'entreprise a présidé à la mise en oeuvre du droit d'expression collective des salariés¹⁹, et se retrouve, à défaut d'accord de branche, dans la réforme du droit de la formation continue par la loi du 24 février 1984 relative à la formation professionnelle²⁰. Sans prétendre à l'exhaustivité, un tel inventaire suffit à montrer que le nombre de problèmes dont la résolution est renvoyée à la négociation dans l'entreprise n'a cessé de croître au fil des ans, et singulièrement depuis le début de cette décennie. Mais il ne s'agit là encore que de négociations ponctuelles, tant par leur objet que par leur périodicité.

Cette promotion diffuse de la négociation dans l'entreprise s'est trouvée véritablement systématisée par la loi du 13 novembre 1982 instituant une négociation annuelle obligatoire. Comme le droit à la négociation collective, dont elle est le corrolaire logique (sinon juridique, puisque leurs champs d'application respectifs ne coïncident pas exactement), l'obligation de négocier mise à la charge des employeurs n'implique pas nécessairement que cette négociation soit conduite dans les entreprises, et il aurait été parfaitement concevable de la situer au niveau des branches professionnelles. Cette solution paraissait d'autant plus s'imposer dans un pays comme la France, que la majorité des salariés y sont employés par des entreprises de petite taille, où les syndicats sont assez faiblement implantés, et que la négociation de branche s'y trouvait déjà enracinée dans l'histoire des relations professionnelles. Désireux de privilégier le niveau de l'entreprise, et ne pouvant abandonner celui de la branche, le législateur a été conduit à faire de l'une comme de l'autre un lieu de négociation obligatoire. Cette institution d'un double niveau de négociation a été au coeur de l'essentiel des très

¹⁸ Voir A. Supiot, *Les accords préélectoraux*, „Droit Social” 1988, p. 115.

¹⁹ Loi du 4 août 1982, puis du 3 janvier 1986; C. trav., art. L. 461—3; voir *Application des lois Auroux*, Centre de recherches de droit social de l'Université de Lyon III, Paris, Éd. légis. et adm., 1984, pp. 101—176 (contributions d'A. Jeammaud, J. Goineau, J. Bunel). Cette mise en oeuvre conventionnelle a donné lieu à un programme de recherches communes CNRS/CFDT, dont on trouvera certains éléments en: A. Chouraqui, A.-M. Gautier, *Les accords d'entreprise: de quel niveau parle-t-on?*, „Droit Social” 1988, p. 17.

²⁰ C. trav., art. L. 932—2; voir J.-M. Luttringer, *Le droit de la formation continue*, Paris, Dalloz, 1986, nos 179 s., p. 166 s.; et du même auteur *L'obligation de négocier la formation continue dans l'entreprise*, „Droit Social” 1985, p. 145.

vifs débats qui ont accompagnés la préparation, puis l'adoption de la loi. Quelques soient les précautions du législateur, cette réforme témoigne en effet incontestablement d'une volonté de déplacer vers l'entreprise le centre de gravité de la négociation collective.

La promotion de l'entreprise ne résulte pas seulement ici du fait que la négociation y soit devenue obligatoire, mais encore de la répartition des objets de négociation entre les entreprises et les branches. L'entreprise est devenue en effet le seul lieu de négociation obligatoire de la durée effective et de l'organisation du temps de travail, et partage avec la branche l'obligation de négocier annuellement les salaires. Seule la révision éventuelle, et quinquennale, des classifications professionnelles constitue un attribut exclusif de la négociation obligatoire de branche²¹.

Il est tout à fait exclu, dans le cadre limité de ce rapport, de faire le tour, même sommaire, de l'ensemble des difficultés juridiques qu'a pu soulever la mise en oeuvre de l'obligation de négocier dans l'entreprise²². Je me bornerai donc à en signaler trois, qui me semblent inhérentes à tout projet d'autoréglementation de l'entreprise.

La première a trait à la définition même de l'entreprise comme „unité de négociation”. Le moins que l'on puisse dire ici est que l'entreprise est précisément une notion dont l'unité, et même la consistance juridique, sont problématiques²³. Dès lors la référence au „niveau de l'entreprise” est d'une simplicité trompeuse: l'entreprise ce n'est pas un, mais plusieurs niveaux d'organisation entre lesquels, il faut dès lors choisir, ou plutôt entre lesquels il est impossible de choisir puisque le niveau pertinent varie avec l'objet de la négociation. Au problème de l'articulation de la négociation de branche et de la négociation d'entreprise, vient donc s'ajouter celui de l'articulation des niveaux de négociation internes à l'entreprise ou au groupe d'entreprises²⁴.

²¹ C. trav., art. L.132—12 et L—132—27.

²² Voir M.-A. Rotschild-Souriac *op. cit.*, *passim*; J.-P. Chauchard, *op. cit.*, pp. 508 s. et du même auteur le v^o *Conventions et accords collectifs de travail* (*Droit de la négociation collective*, [in:] Rép. trav. Dalloz, t. 2; R. Soubie, *L'obligation de négocier et sa sanction*, „Droit Social” 1983, p. 55; J. Pélissier, *La négociation sur les salaires: problèmes juridiques*, „Droit Social” 1984, p. 678; J.-P. Murcier, *Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement*, „Droit Social” 1985, p. 104; B. Teyssié, *Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise*, Cah. dr. entre. 1985, n° 1, p. 7; J.-C. Javiller, *Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération*, „Droit Social” 1988, p. 68.

²³ Voir A. Supiot, *Groupe de société et paradigme de l'entreprise*, Rev. trim. dr. com. 1985, p. 621.

²⁴ Voir A. Chouraqui, A.-M. Gautier, *op. cit.*

La seconde difficulté concerne la représentation des salariés à la table des négociations. Outre le problème général de la nature juridique exacte de la représentation syndicale, qui demeure mal réglé, il faut signaler ici celui que pose le pluralisme syndical. La tentation est grande d'écarter de la table des négociations les organisations syndicales minoritaires dans l'entreprise²⁵. Le législateur français a refusé de s'engager dans cette voie, permettant ainsi à la diversité des opinions de s'exprimer du côté des salariés²⁶. C'est seulement au stade de l'application des accords dérogatoires qu'a été aménagé un droit de veto au profit des organisations majoritaires²⁷. Accorder au syndicat majoritaire le monopole de la négociation, reviendrait en effet à favoriser le syndicalisme d'entreprise au détriment du syndicalisme de branche, c'est-à-dire à favoriser, à rebours de toute la tradition syndicale française, l'expression des solidarités d'entreprise sur celle des solidarités de classe.

La dernière difficulté que je souhaiterais évoquer, concerne les rapports entre l'obligation de négocier et l'exercice du pouvoir patronal. Ce qui doit, légalement, être négocié, ne représente qu'une part de ce qui peut être négocié. Car dans l'entreprise rien ne permet de distinguer ce qui est négociable et ce qui est unilatéralement „décidable” : il n'existe aucune limite *a priori* au domaine du négociable, qui peut donc s'étendre à des questions normalement traitées unilatéralement par l'employeur ; et réciproquement le domaine du „décidable” s'étend, en cas d'échec des négociations aux questions incluses dans l'obligation de négocier. Cette coïncidence parfaite se trouve seulement démentie dans l'hypothèse des accords dérogatoires, dont l'objet ne saurait relever d'une décision unilatérale de l'employeur²⁸. On pourrait cependant être tenté d'opérer une distinction entre ce qui relève normalement de l'autoréglementation conventionnelle (i.e. tous les objets de la négociation obligatoire), et ce qui relève normalement de l'autoréglementation patronale (i.e. toutes les autres questions, et notamment celles de discipline et de sécurité, qui doivent être traitées dans le règlement intérieur²⁹). Actuellement la portée d'une telle distinction est extrêmement limitée, puisqu'elle se manifeste seulement dans l'interdiction faite à l'employeur de prendre, sauf cas d'urgence, des mesures unilatérales pendant et sur les questions en débat dans la négociation obligatoire, et à l'obligation de consigner

²⁵ Cf. M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, pp. 387 s.

²⁶ Voir A. Supiot, *Les syndicats et la négociation collective*, „Droit Social” 1983, p. 63.

²⁷ Voir *infra*.

²⁸ Voir *infra*.

²⁹ C. trav., art. L. 122—34.

dans le procès-verbal de désaccord les mesures qu'il entend appliquer unilatéralement³⁰.

Il conviendrait sans doute d'aller plus loin en ce domaine: dès lors que l'employeur décide unilatéralement ce qui, dans l'esprit du législateur aurait dû être fixé conventionnellement, il serait logique de soumettre cette décision à un régime juridique qui garantisse aux salariés une sécurité juridique voisine de celle d'une convention, notamment quant à ses conditions de durée et de dénonciation³¹. L'organisation du pouvoir réglementaire au sens strict montre ici le chemin, bien qu'elle laisse dans l'ombre toutes les hypothèses — dont celle de l'échec de la négociation obligatoire — où l'employeur est amené à édicter dans l'entreprise des règles de portée générale autres que le règlement intérieur. La théorie juridique des engagements unilatéraux de l'employeur, dont le besoin se fait d'ailleurs sentir dans d'autres domaines³², reste donc à faire. L'édition par l'employeur de règles auxquelles il sera lui-même soumis, diffère du simple exercice d'un pouvoir discrétionnaire. De ce point de vue, autoréglementation patronale et autoréglementation conventionnelle doivent présenter un certain nombre de principe communs, qu'il serait judicieux de mettre en lumière.

Le choix stratégique ainsi opéré par les réformes Auroux, de décentraliser vers l'entreprise le droit conventionnel du travail, n'a pas été remis en cause, mais au contraire confirmé par l'alternance politique que la France a connu avec le retour de la Droite au Pouvoir de 1986 à 1988. Confirmation que le ministre du travail de l'époque expliquait en ces termes: „le développement de la négociation d'entreprise répond [...] a une nécessité objective. On ne peut dès lors s'étonner qu'il ait dominé l'évolution récente de nos relations contractuelles”³³. Une telle continuité était du reste prévisible, car elle s'inscrit dans une réhabilitation plus générale des „groupes intermédiaires” comme sources privilégiées du droit du travail³⁴; aussi ne sera-t-on pas surpris de la retrouver s'agissant de l'émancipation des accords d'entreprise.

³⁰ C. trav., art. L. 132—29.

³¹ Voir en ce sens l'analyse de J. Pélissier (*op. cit.*, p. 682).

³² P. ex. en matière d'accords collectifs irréguliers (voir Ch. Freyria, *Les accords d'entreprise atypiques*, „Droit Social” 1988, p. 43, spéc. nos 11 s.) ou d'usages dans l'entreprise (voir J. Savatier, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, „Droit Social” 1986, p. 890; J. Déprez, *La part faite à l'idée de négociation dans la théorie juridique des usages d'entreprise*, „Droit Social” 1988, p. 57).

³³ Ph. Séguin, *op. cit.*, p. 5.

³⁴ Voir A. Supiot, *Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France*, rapport au colloque d'Urbino, avril 1986, publié en „Droit Socialité” 1987, p. 177.

B. L'ÉMANCIPATION DES ACCORDS D'ENTREPRISE

L'essor de l'autoréglementation conventionnelle dans l'entreprise serait limité, si le législateur s'était borné à y rendre obligatoire la négociation d'accords étroitement imbriqués dans une hiérarchie de normes de niveau supérieur. Et telle est bien la situation normale des accords d'entreprise au regard de la hiérarchie des sources du droit du travail français; la notion d'ordre public social n'y autorise que les dérogations conventionnelles *in melius* à la loi et au règlement³⁵, et le même principe „de faveur” (pour le salarié) se retrouve dans les rapports entre conventions collectives, celles dont le champ d'application est plus étroit ne pouvant qu'améliorer au profit du salarié les dispositions de celles dont le champ d'application est plus large³⁶. Sans doute la loi du 13 juillet 1971 avait-elle entamé un processus d'émancipation des accords d'entreprise³⁷ en leur accordant la qualité de conventions collectives à part entière, c'est-à-dire en leur permettant de réglementer l'ensemble des conditions de travail dans l'entreprise, quand bien même celle-ci se trouverait soumise à une convention de branche. Mais cette émancipation restait limitée puisqu'elle concernait l'objet des accords et non leur contenu normatif, dont l'applicabilité demeurerait subordonnée à l'absence de règle légale ou conventionnelle de branche plus favorable aux salariés. On observe ici la pertinence de la distinction rappelée par Nikitas Aliprantis, entre la hiérarchie selon le conditionnement des normes et la hiérarchie selon la force juridique des normes³⁸; la loi de 1971 avait réaménagé la première au profit des accords d'entreprise, mais sans remettre en cause la seconde. C'est cette hiérarchie selon la force juridique des normes qui a été entamée par l'introduction en France des accords dérogatoires, et que le projet de „contrat collectif d'entreprise” se propose d'abolir complètement.

Le terme d'„accords dérogatoires” a été adopté par la doctrine pour désigner un type de conventions autorisé pour la première fois en France de manière extrêmement limitée, en 1967³⁹, et véritablement systématisé

³⁵ C. trav., art. L. 132—4; Avis du Conseil d'État du 22 mars 1973, „Droit Social” 1973, 514.

³⁶ C. trav., art. L. 132—23; sur ce principe „de faveur”, voir N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Th. Strasbourg, 1979, Paris, LGDJ, 1980, pp. 52 s.

³⁷ Cf. J.-P. Chauchard, *op. cit.*, pp. 132 s.

³⁸ N. Aliprantis, *op. cit.*, pp. 39 s.

³⁹ Ord. du 23 septembre 1967: C. travail, anc. art. L. 133—5, voir *La réduction conventionnelle de la durée du travail*, „Droit Social” 1981, p. 448, n° 27.

par l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail⁴⁰. Cette terminologie est du reste ambiguë⁴¹, car la notion de dérogation désignait jusqu'alors l'amélioration conventionnelle des droits des salariés (dérogation *in melius*), et non pas la substitution à la loi de règles éventuellement moins favorables (dérogation *in peius*). C'est sous ce second sens que doit être désormais entendu le terme d'accords dérogatoires⁴², désignant ainsi tous les accords qui usent du caractère supplétif d'une loi, d'un règlement, ou d'une convention de niveau supérieur. L'introduction de ces accords dérogatoires, et l'accroissement continu de leur champ d'application, constitueraient déjà à eux seuls une véritable rupture qualitative dans l'évolution du droit du travail français, d'où toute idée de loi supplétive se trouvait jusqu'alors pratiquement exclue⁴³. Mais le phénomène est d'autant plus remarquable qu'il s'est conjugué avec un déplacement vers l'entreprise du niveau de négociation et de conclusion de ces accords dérogatoires.

La notion d'accords d'entreprise dérogatoires se trouve formulée dans les termes les plus généraux par l'article L.132-26 Code du travail qui vise les conventions d'entreprise ou d'établissement ainsi que les avenants ou annexes „comportant des clauses [...] qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L.132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel". Le second type de dérogations ainsi visé est déjà très révélateur, puisqu'il institue une forte autonomie des négociateurs dans l'entreprise pour modifier la répartition des majorations salariales stipulées dans une convention de niveau supérieur⁴⁴. Mais le premier mérite de retenir encore davantage l'attention, car il évoque un champ de dérogations à la loi et au règlement que limiterait seulement le bon vouloir du législateur⁴⁵.

⁴⁰ Vior A. Jeammaud, *Le nouveau régime...*, spéc. nos 32 s.

⁴¹ Voir M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, pp. 925 s.

⁴² Arg. C. trav., art. L. 132-4: „La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlement en vigueur. Il ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements".

⁴³ Réserve faite des cas de dérogations conventionnelles déjà évoquées (voir *supra*) en matière de participation et d'intéressement, et d'élections professionnelles, et qui demeurent du reste exclues du régime juridique propre aux accords dérogatoires introduits en 1982.

⁴⁴ Sur les problèmes de mise en oeuvre de cette faculté de dérogation, voir J.-C. Javiller, *op. cit.*, nos 27 s., pp. 82 s.

⁴⁵ Il faudra toutefois que le législateur et l'autorité réglementaire tiennent compte du contrôle du Conseil d'Etat sur l'usage qu'ils feront du pouvoir qui leur est ainsi reconnu de rendre supplétifs des pans entiers du droit du travail.

De fait, c'est ce champ de la dérogation à la loi qui n'a cessé de s'élargir depuis 1982. Son étendue était déjà remarquable dans l'ordonnance du 16 janvier 1982, puisque toute une série d'assouplissements au régime du temps de travail pouvait être introduites indifféremment par un accord d'entreprise ou par un accord de branche étendu, ces deux sortes de conventions se trouvant ainsi mises sur un pied d'égalité⁴⁶. D'autres assouplissements en revanche ne pouvaient être introduits par un accord dérogatoire d'entreprise, sans avoir été au préalable stipulés dans un accord de branche étendu⁴⁷. Et ces possibilités de dérogations apparaissaient alors comme autant de contreparties à la réduction à 39 heures de la durée hebdomadaire du travail et à la généralisation de la cinquième semaine de congés payés, contreparties qui avaient été négociées sur le plan interprofessionnel⁴⁸ avant d'être introduites dans la loi. Les deux limites ainsi tracées aux accords dérogatoires d'entreprise se retrouvent dans la loi mort-née du 28 février 1986, dite loi Delebarre, qui étend les possibilités de modulation annuelle du temps de travail, mais soumet leur introduction dans l'entreprise, d'une part à la conclusion d'accords de branche étendus, et d'autre part à des contreparties légalement fixées en faveur des salariés⁴⁹. Ce sont ces deux limites que la loi Séguin du 19 juin 1987 s'est attachée à reculer, en allongeant la liste des dérogations qui peuvent être introduites directement par un accord d'entreprise, et en abandonnant à la négociation elle-même la stipulation d'éventuelles contreparties pour les salariés⁵⁰.

Au stade actuel de cette évolution législative il est devenu inexact de dire que les accords dérogatoires d'entreprise ne concernent que l'aménagement du temps de travail. Les dérogations au régime des salaires, introduites dès 1982 vis à vis des conventions de branche, résultent aussi maintenant des techniques d'annualisation du temps de travail

⁴⁶ Les accords dérogatoires d'entreprise pouvaient porter sur l'aménagement et à la répartition des horaires de travail, la récupération des heures perdues, le report des heures dans le cadre des horaires individualisés, la durée journalière maximale du travail. Ils pouvaient également organiser une modulation annuelle de la durée hebdomadaire du travail, dans des conditions qui restaient toutefois subordonnées à de strictes contreparties fixées par la loi.

⁴⁷ C'était le cas du travail de nuit des femmes ou de l'introduction du travail dominical par recours à des équipes de fin de semaine.

⁴⁸ Protocole du 17 juillet 1981; sur ce texte voir A. Jeammaud, *Flexibilité: le procès...*, n°s 11 s.

⁴⁹ Voir J. Barthélémy, *L'éclatement du module hebdomadaire en matière de durée du travail*, "Droit Social" 1987, p. 368.

⁵⁰ Voir J.-E. Ray, *Les accords sur le temps de travail*, "Droit Social" 1988, p. 99; F. Favennec-Héry, *La durée et l'aménagement du temps de travail: Commentaire de la loi du 19 juin 1987*, A.L.D.1987, Com., pp. 157—174.

adoptées depuis la loi Delebarre, techniques qui évincent le principe de la majoration des heures supplémentaires. Tout concourt à faire ainsi de l'accord dérogatoire d'entreprise l'instrument privilégié d'une autoréglementation de l'entreprise qui touche aussi bien le prix que la durée du travail.

Cette vocation se trouve en quelque sorte légitimée par le régime propre de ces accords, dont la négociation est ouverte à tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise, mais dont l'application est suspendue au droit de veto que la loi reconnaît aux syndicats majoritaires. Ce système tâche de tirer le meilleur parti du pluralisme syndical que connaît la France, en subordonnant la mise en oeuvre des conventions comportant des clauses dérogatoires à la vérification d'un large consensus dans l'entreprise⁵¹. Cette idée, selon laquelle un consensus dans l'entreprise serait une condition nécessaire et suffisante à l'émancipation de celle-ci vis à vis des normes étatiques ou professionnelles, se retrouve au coeur des projets les plus récents de généralisation des accords dérogatoires, par l'institution d'un véritable contrat collectif d'entreprise.

Les accords dérogatoires ne sont en effet que le genre le plus élaboré d'une espèce plus large de conventions, dites conventions „donnant-donnant”⁵², qui tendent à restituer à l'entreprise une véritable autonomie normative. Cette version française du *concession bargaining* américain⁵³, repose sur l'affirmation du caractère synallagmatique des accords d'entreprise⁵⁴. On en relève aujourd'hui de nombreuses manifestations dans la pratique conventionnelle, notamment dans le domaine des salaires, où se multiplient les accords organisant la substitution ou la suppression de certains avantages⁵⁵.

L'idée de faire de l'entreprise une véritable source du droit du travail, qui aurait semblé saugrenue il y a dix ans, s'est donc rapidement implantée dans le droit positif français. Elle a d'ailleurs trouvé à s'appliquer bien au delà du droit des conventions collectives, et on pourrait en déceler des manifestations plus diffuses ailleurs, par exemple dans le nouveau droit des entreprises en difficulté, avec la promotion des plans

⁵¹ C. trav., art. L. 132—26; voir J.-E. Ray, *op. cit.*, pp. 106 s.; sur les faiblesses de ce système, dues notamment à la compétence qu'ils requiert des délégués syndicaux, voir M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, pp. 639 s.

⁵² Voir R. Soubie, *Quelques observations sur les accords „donnant-donnant”, „Droit Social”* 1985, p. 614.

⁵³ Voir J.-C. Javiller, *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales*, „Droit Social” 1986, p. 56.

⁵⁴ Sur ce caractère synallagmatique, et ses limites, comp. les analyses de J.-P. Chauchard (*op. cit.*, 2^{ème} partie: *La convention d'entreprise, un contrat en gestation*, pp. 292 s.) et de M.-A. Rotschild-Souriac (*op. cit.*, pp. 972 s.).

⁵⁵ Voir J.-C. Javiller, *Négociations et accords d'entreprise...*, spéc. nos 22 s.

de redressement opposables à tous dès lors qu'ils ont été approuvés par le juge.

Incontestable, l'essor de l'autoréglementation de l'entreprise est aussi un phénomène sur l'avenir duquel il est permis de s'interroger.

II. L'AVENIR DE L'AUTORÉGLEMENTATION DE L'ENTREPRISE

La prospective juridique est un exercice périlleux, qui sombre dans la vanité si elle prétend prédire le Droit, et qui sort de la démarche scientifique si elle vise à en promouvoir la réforme. On ne peut toutefois voir subitement proliférer dans son champ d'observations une espèce juridique nouvelle sans s'interroger sur la restructuration du champ tout entier. Or c'est bien une restructuration du droit du travail qui se trouve aujourd'hui en cause. Ebranlé par l'obligation de négocier dans l'entreprise, éventré par l'introduction des accords dérogatoires, l'édifice des normes y a perdu l'ordonnancement à la française qui lui conférait clarté et solidité; à l'affirmation d'une hiérarchie des normes s'est ainsi substitué un débat sur leur „articulation”, dont le moins qu'on puisse dire est qu'il est fort confus, et qu'il ne parvient pas à ordonner un système passablement désarticulé.

La prospective est donc à l'ordre du jour, et peut être organisée autour de questions assez simples: l'autoréglementation de l'entreprise, dont le développement remet en cause le système traditionnel des sources du droit du travail, peut-elle constituer la pierre angulaire d'une reconstruction de ce système? Autrement dit, l'accord d'entreprise peut-il constituer demain la source principale des règles applicables au travail salarié? Certains déjà l'affirment, et proposent d'instituer un contrat collectif d'entreprise, qui systématiserait l'idée d'autoréglementation conventionnelle. Mais de nombreux obstacles (B) nous séparent de cet horizon d'une autoréglementation généralisée (A).

A. L'HORIZON DE L'AUTORÉGLAMENTATION GÉNÉRALISÉE

Il n'est pas surprenant que les organisations patronales, qui ont découvert à leur dépens durant les années soixante-dix la fécondité des stratégies juridiques offensives, s'engouffrent dans les brèches ouvertes dans la hiérarchie des normes en droit du travail⁵⁶, pour proposer un

⁵⁶ On relèvera avec intérêt que les employeurs ont aussi repris à leur compte durant ces dernières années l'idée selon laquelle l'illégalité d'aujourd'hui serait la

plan radical de reconstruction, appelé, non pas sans doute à être entièrement réalisé, mais à dominer tout débat relatif à cette reconstruction. Un tel objectif requiert en effet d'être radical, et ce plan l'est, qui retient pour fondation du nouvel édifice l'une des superstructures les plus marginales de l'ancien: l'accord d'entreprise.

Car c'est en somme à une systématisation du „donnant-donnant dérogatoire” que tendent les projets d'institution d'un contrat collectif d'entreprise. Développé par divers groupes de réflexion patronaux⁵⁷, ce projet vise au renversement complet de la hiérarchie traditionnelle des sources du droit du travail: toutes les normes extérieures à l'entreprise, à la seule exception d'un „noyau dur” d'ordre public strict, deviendraient supplétives, et ne s'appliqueraient à celle-ci qu'en l'absence d'un contrat collectif y ayant dérogé.

L'économie d'un tel contrat collectif a pu être résumée de la manière suivante:

Négocié et signé par deux partenaires responsables, la direction d'une part et les représentants élus des salariés d'autre part, il établit une relation synallagmatique entre les deux parties [...]. Optionnel, c'est à dire laissé, quant à sa négociation, à la libre initiative des parties, et quant à sa signature, à leur appréciation des avantages qu'il présente pour chacune d'elles, il peut déroger aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles de branche. En son absence, direction et salariés restent sous l'empire de celles-ci. Ainsi, chaque entreprise peut convenir, à l'issue d'une négociation globale et équilibrée, d'instituer pour une durée déterminée, en matière d'organisation et de conditions de travail, des règles qui lui soient spécifiques et qui concilient, au plus près des réalités, ses contraintes économiques et les aspirations sociales de ses salariés⁵⁸.

légalité de demain, qui était jusqu'alors l'apanage du syndicalisme ouvrier de lutte des classes. Ont ainsi été conclus de nombreux accords d'entreprise anticipant sur l'abrogation de la loi Delebarre par la loi Séguin, et validés rétroactivement par cette dernière (voir J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 100).

⁵⁷ Il s'agit principalement des associations „Entreprise et Progrès” (*Le contrat collectif d'entreprise*, février 1985, voir „Liaisons sociales” 1985, Doct., voir n° 27/85), „Echanges et Projects” (*Pour une reprise du dialogue social*, n° 41, mars 1985) et l'ETHIC etc. Voir dans le même sens les actes du colloque *Faut-il brûler le code du travail?* Fac. Droit Montpellier, 25 avril 1986, reproduit en „Droit Social” 1986, pp. 549 s. et spéc. les contributions de J. Barthélémy (rapport général sur la négociation collective, pp. 597 s.), et J.-C. Guibal (*Point de vue: Plaidoyer pour un „contrat collectif d'entreprise*, pp. 602 s.); et pour une critique de cette idée: G. Lyon-Céan, *op. cit.*, spéc. n° 29, p. 810; G. Bélier, *Les dérogations au droit du travail dans le nouveaux contrats d'entreprise: réflexions critiques sur certains projects*, „Droit Social” 1986, p. 49; R. Pascré, *Le „contrat collectif d'entreprise” dévastateur*, „Droit Ouvrier” 1986, p. 266.

⁵⁸ J.-C. Guibal, (Délégué général de la Fédération des industries ferroviaires), *op. cit.*, pp. 602—603.

On ne peut dénier à ce projet une force politique et une cohérence intellectuelle qui expliquent, pour une part, son retentissement.

Sa force, il la tient tout d'abord d'un rapport de forces défavorable aux défenseurs de la conception traditionnelle des sources du droit du travail. Autorisé par la crise du syndicalisme, le contrat collectif d'entreprise peut dans le même temps être présenté comme un moyen d'aider les syndicats à renouer le contact avec leurs bases⁵⁹. Et l'affirmation du droit au travail est devenu, dans un contexte de crise économique, l'argument principal de la remise en question du droit du travail⁶⁰. L'affaiblissement du syndicalisme et le poids du chômage fournissent ainsi à l'idée de contrat collectif d'entreprise une logistique impressionnante⁶¹. Intervenant sur ce terrain favorable, cette idée bénéficie en outre de ce qu'on pourrait appeler un effet de synergie idéologique, car elle est au point de rencontre de deux projets réformateurs apparemment éloignés: d'une part le projet autogestionnaire, dont certains syndicats et partis de gauche se veulent les héritiers, sinon les interprètes, et d'autre part le projet de restauration du libéralisme économique, dont se réclament les organisations patronales et la majeure partie de la droite politique. La notion de contrat collectif d'entreprise est un pont jeté entre ces deux aspirations car elle valorise ce qui leur est commun (le rejet de l'hétéronomie), tout en retenant ce qui est propre à chacune d'elles (le contrat comme seule loi des parties, et la collectivité des travailleurs de l'entreprise comme source légitime du droit). Ceci ne veut pas dire, encore une fois, que cette notion soit destinée à recevoir l'aval des interlocuteurs du patronat, mais qu'elle les prend à revers, sur leur propre terrain, et leur rend d'autant plus difficile la proposition de véritables alternatives. Ainsi que l'observe Madame Rotschild-Souriac dans sa thèse, le débat n'est plus tant aujourd'hui en France de savoir si il faut ou non autoriser les accords dérogatoires d'entreprise, que de déterminer l'ampleur de leur champ d'application⁶².

Ces observations, qui relèvent plus de la sociologie politique que de l'analyse juridique, ne suffisent d'ailleurs pas à rendre compte de la cohérence intellectuelle du projet de contrat collectif d'entreprise, et de sa portée véritable au regard des fondements du droit du travail.

L'essor de l'autoréglementation de l'entreprise, dont le projet de contrat collectif d'entreprise est seulement la manifestation la plus

⁵⁹ *Ibidem*, p. 603.

⁶⁰ Cf. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail*, [in:] *Les sans-emploi et la loi*, Actes du colloque de Nantes, juin 1987, Quimper, éd. Calligrammes, 1988.

⁶¹ Cf. G. Lyon-Caen, *La bataille truquée...*, p. 807.

⁶² M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 959.

extrême, ne peut en effet être correctement analysé en dehors de la conception de l'entreprise qui, implicitement, l'anime. Or les mots sont ici trompeurs, car exprimée sous une forme contractuelle, cette conception est en réalité de nature institutionnelle. Certes d'un point de vue technique et terminologique, le contrat y est à l'honneur, ce qui a conduit la doctrine travailliste à se remettre à l'étude du droit civil (dont elle entendait faire sécession durant la décennie précédente), allant même jusqu'à rendre vie à des concepts — tel celui de loi dispositive — que les civilistes eux-mêmes, semble-t-il, n'emploient plus guère⁶³. Ces emprunts sont d'ailleurs techniquement pertinents, et corespondent à la fortune nouvelle des lois supplétives en droit du travail.

Mais ils risquent d'induire en erreur qui serait tenté d'y voir un processus de „civilisation” des relations collectives du travail, si toutefois on réduit le droit civil au droit des contrats. Plus exacte en effet serait l'analogie avec le droit de la famille; car l'émancipation des accords d'entreprise ne signifie rien d'autre que la reconnaissance de l'entreprise comme institution, c'est à dire comme une communauté cimentée par un intérêt commun et susceptible d'élaborer son propre droit. L'accord „donnant-donnant” se veut l'expression momentanée de cette communauté d'intérêts qui conduit à des sacrifices réciproques et justifiés par l'intérêt de tous. Privilégier la représentation élue des salariés sur leur représentation syndicale, et le syndicalisme d'entreprise sur le syndicalisme de branche, va dans le même sens.

Ces racines institutionnelles se trouvent mises à nu dès lors qu'on examine le sort réservé au contrat individuel dans le projet de „contrat collectif d'entreprise”. Collectif, ce contrat „s'impose à tous les salariés par intégration de ses clauses à chaque contrat de travail”⁶⁴. Et il ne s'agit pas seulement là de droit-fiction, car ce problème de l'opposabilité du contrat d'entreprise aux individus se trouve déjà posé en matière d'accords dérogatoires, sans avoir encore reçu semble-t-il de solution claire⁶⁵. Mais reconnaître ainsi que la situation individuelle du salarié puisse être entièrement réglée par un contrat collectif d'entreprise, revient à substituer au contrat individuel de travail l'une des notions clés de la théorie institutionnelle: celle de lien d'entreprise. La chose, sinon le mot, est d'ailleurs clairement avancée par les promoteurs du „contrat collectif d'entreprise” qui la justifient par le fait que le contrat de travail

⁶³ Comp. le v^o *Loi (dispositive)* du *Vocabulaire juridique* H. Capitant dans son édition de 1936, et la définition qu'en donne la réédition de cet ouvrage sous la direction de G. Cornu en 1987 au v^o *Dispositif (loi)*.

⁶⁴ J.-C. Guibal, *op. cit.*, p. 603.

⁶⁵ Cf. J.-E. Ray, *op. cit.*, pp. 110—113.

est „quasiment vide de toute expression de volonté individuelle” et que „dans ces conditions la participation des salariés à la négociation du contrat collectif constitue à l'évidence un progrès quant à l'expression de leur volonté”⁶⁶.

L'entreprise est donc bien conçue ici comme un groupe intermédiaire placé entre l'individu et l'État, une communauté habilitée à élaborer sa propre loi et à l'imposer aux individus qui la composent. Une telle conception s'inscrit dans un projet plus vaste de réorganisation des rapports de travail, connu et désigné dans la plupart des pays occidentaux sous le nom de „néo corporativisme”⁶⁷, qui reste innommé en France compte tenu des relents idéologiques d'un pareil vocable⁶⁸.

Mieux vaut d'ailleurs sans doute renoncer à cette terminologie qui risque d'obscurcir le débat, pour retenir seulement que l'idée d'autoréglementation de l'entreprise est étroitement liée à la théorie institutionnelle de celle-ci⁶⁹. Une restructuration du droit du travail autour de cette idée conduirait donc à une mise en oeuvre progressive de cette théorie, c'est-à-dire notamment à l'effacement du contrat individuel derrière le „lien d'entreprise”, à la promotion du syndicalisme d'entreprise, et à la redéfinition du rôle de la loi autour de trois fonctions principales: la fixation des quelques principes d'ordre public insusceptibles de dérogations, l'organisation du cadre institutionnel dans lequel les entreprises seraient habilitées à générer leurs propres lois, et enfin la définition des règles supplétives applicables au travail exécuté en dehors de ces communautés autoréglementées.

Une telle perspective mérite d'être prise au sérieux, car il ne s'agit pas d'une chimère, mais seulement d'une extrapolation, qui s'appuie sur l'essor actuellement observé de l'autoréglementation de l'entreprise, pour en déduire les prolongements possibles. Il existe cependant de sérieuses raisons de douter que puissent être jamais atteints ces horizons d'une autoréglementation généralisée.

⁶⁶ J.-C. Guibal, *loc. cit.*

⁶⁷ Voir Ph. Schmitter, Lehmbruch, (dir.), *Trends Toward Corporatist Intermediation*, London, Sage, 1979; J. Goetschy, *Néocorporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens*, „Revue française des affaires sociales”, février 1983, pp. 65—79; C. Vardaro (dir.), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Actes du colloque d'Urbino, Milan, Franco Angeli, 1988, 639 pp.

⁶⁸ Cf. A. Supiot, *Actualité de Durkheim — Notes sur le néocorporatisme en France*, „Droit et Société” 1987, n° 6, pp. 177—200.

⁶⁹ Paul Durand qui fut le plus brillant défenseur de cette théorie en France, fut aussi le premier à émettre l'idée d'accords d'entreprise dérogatoires: voir P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 3, 1956, n° 184, pp. 507—508 (cité par M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 965).

B. LES LIMITES DE L'AUTORÉGLEMENTATION DE L'ENTREPRISE

L'autoréglementation de l'entreprise est un phénomène déjà si implanté en droit positif, et qui répond à un besoin si généralement reconnu, que tout retour du droit du travail à son ordre ancien paraît désormais exclu. La redéfinition du système de sources est inéluctable, et les conventions d'entreprise y occuperont nécessairement une place importante. Leur extension se heurtera cependant à deux types de limites qu'il sera bien difficile d'ignorer. Les unes sont extérieures à l'idée d'autoréglementation, et tiennent aux grands équilibres du droit du travail, sans le respect desquels il n'est pas de transformation durable de ce droit. Les autres sont inhérentes à l'idée même d'autoréglementation, et en freineront inévitablement la mise en oeuvre.

La solidité du système de normes du travail édifié depuis un siècle tenait au respect de quelques grands équilibres, qui continueront de présider à toute redéfinition durable de ce système. Équilibres entre la liberté de gestion de l'employeur et la sécurité des salariés, entre l'idée de statut salarial imposé à tous, et celle de contrat librement négocié, ou entre les dimensions individuelle et collective de la relation de travail. Or il paraît douteux qu'un droit du travail assis sur l'idée d'autoréglementation de l'entreprise puisse respecter de tels équilibres⁷⁰.

J'en prendrai pour exemple la part respective de l'individuel et du collectif. Le droit à la négociation collective reconnu dans les termes les plus généraux depuis 1971 ne privilégie en lui-même aucun niveau de négociation particulier. Défini par l'article L.131-1 Code du travail comme le droit „des salariés à la négociation de l'ensemble de leurs conditions de travail et d'emploi et de leur garanties sociales”, il permet toutefois d'exclure un système où l'entreprise serait le seul niveau possible de négociation. Mise en oeuvre du principe — reconnu par l'alinéa 8 du *Préambule de la Constitution* — de la participation de „tout travailleur à la détermination collective de l'ensemble de ses conditions de travail”, ce droit est en effet reconnu à tout salarié, qu'il travaille ou non dans une entreprise⁷¹. C'est l'une des raisons (ce n'est pas la seule) pour

⁷⁰ Ce serait une autre recherche que d'étudier dans quelle mesure ces équilibres ont pu s'inscrire dans des principes généraux dont le respect pourrait être imposé par le juge administratif ou par le Conseil constitutionnel. Le législateur et l'autorité réglementaire seraient cependant avisés de tenir compte de ce contrôle éventuel, dans l'usage qu'ils feront du pouvoir de rendre supplétifs des pans entiers du droit du travail.

⁷¹ C. trav., art. L. 131—2.

lesquelles il est permis d'y voir un droit individuel s'exerçant collectivement, à l'instar du droit de grève ou de la liberté syndicale⁷².

Cette dernière analyse a été critiquée, il est vrai, par plusieurs auteurs⁷³ qui ont donc été logiquement conduit à rechercher ailleurs les titulaires du droit à la négociation collective. Comme il est clair qu'il ne peut s'agir des syndicats (pareille interprétation est exclue par les termes même de l'article L.131-1), il ne reste alors plus qu'une issue, qui consiste à attribuer ce droit à „la collectivité du personnel organiquement considérée”⁷⁴. On imagine les difficultés que peut soulever une telle analyse, qui intercale des „collectifs de travailleurs” entre les salariés et les syndicats; il y a d'abord le cas des salariés isolés (par exemple les employés de maison), pour lesquels cette collectivité est une pure fiction, et à qui pourtant le droit à la négociation collective est expressément reconnu⁷⁵; et il y a à l'autre extrême le cas des salariés qui appartiennent à des entreprises à structure complexe, et donc à une pluralité de collectivités (de métier, d'établissement, d'entreprise, de groupe, de branche etc.) qui constitueraient autant de titulaires possibles du droit à la négociation collective.

Pareille conception correspond il est vrai au projet de „contrat collectif d'entreprise” qui fait lui aussi disparaître l'individu au profit de la collectivité des salariés de l'entreprise, collectivité appelée à la vie juridique indépendamment de toute représentation syndicale⁷⁶.

Je persiste à penser qu'on s'engage alors dans une impasse; ce n'est pas l'appartenance à telle ou telle collectivité de travail qui fonde le droit à la négociation collective, mais c'est le lien de subordination. De ce point de vue c'est même le salarié isolé de toute espèce de collectivité de travail qui a le plus grand besoin de se voir garantir ce droit, qui signifie seulement que ses conditions de travail doivent pouvoir être négociées collectivement, à un niveau ou à un autre, par au moins un syndicat représentatif. Autrement dit le caractère collectif est une

⁷² V. A. Supiot, *Les syndicats et la négociation*, „Droit Social” 1983, p. 63. Cette notion de droit individuel s'exerçant collectivement me paraît constituer l'une des notions fondamentales qui expriment les équilibres sur lesquels le droit du travail est fondé, et fondent l'irréductibilité de ce droit aux techniques du droit civil, qu'il s'agisse des techniques contractuelles du droit des obligations, ou des techniques institutionnelles du droit de la famille.

⁷³ Voir notamment l'intéressante argumentation de M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 113 s.

⁷⁴ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 114; voir dans le même sens: M.-L. Maurin, *Des titulaires du droit à la négociation collective*, „Droit Social” 1988, p. 24.

⁷⁵ C. trav., art. L. 131—2.

⁷⁶ Voir *supra*.

condition d'exercice, et non pas de reconnaissance de ce droit, droit dont tout salarié est titulaire du seul fait de son état de subordination⁷⁷. Or une telle analyse conduit à limiter de deux manières l'idée d'autoréglementation de l'entreprise.

Elle exclut en premier lieu un système de type américain, où l'entreprise serait le seul niveau véritable de négociation, et dont on sait qu'il laisse dépourvu de protection conventionnelle un grand nombre (aux USA, le plus grand nombre) de salariés. La reconnaissance du droit à la négociation collective qui n'impliquait nullement de faire de l'entreprise un lieu privilégié de la négociation collective, et qui est même compatible avec un système ne comportant que des niveaux professionnels ou des niveaux territoriaux de négociation (comme cela a été pendant longtemps le cas en France), interdirait certainement en revanche de faire de l'entreprise le lieu unique d'exercice de ce droit⁷⁸.

Elle interdit en second lieu de soumettre le salarié à des dispositions conventionnelles moins favorables que celles de son contrat individuel de travail. Le droit à la négociation collective étant le droit pour chaque salarié de voir ses conditions de travail débattues dans un contexte plus favorable que celui d'une négociation individuelle, ne peut en aucun cas aboutir à lui imposer des dispositions moins favorables que celles de son contrat individuel de travail⁷⁹.

La notion de droit individuel s'exerçant collectivement constitue ainsi l'une des notions fondamentales qui expriment les grands équilibres du droit du travail français, et qui fondent l'irréductibilité de ce droit aux techniques du droit civil, qu'il s'agisse des techniques contractuelles du droit des obligations, ou des techniques institutionnelles du droit de la famille. Il est certain que l'entreprise a été dotée de bien des traits qui la rapprochent d'une institution; il serait cependant irréaliste de prétendre la réduire à une institution, en éliminant toute référence à l'individu et au contrat individuel. Or c'est bien à ce résultat qu'aboutirait le „contrat collectif d'entreprise”.

⁷⁷ La plupart des critiques adressées à cette analyse me semblent justement procéder du refus de rendre opératoire cette distinction entre conditions de reconnaissance et conditions d'exercice. Cette distinction qui a une portée beaucoup plus générale, est cependant indispensable pour comprendre les rapports qui se nouent entre l'individu et le collectif en droit du travail.

⁷⁸ Cf. en ce sens la hiérarchie des articles L. 131—1 (lequel pose le principe général du droit à la négociation collective) et L. 132—18 (qui annonce les conditions d'exercice de ce droit dans l'entreprise).

⁷⁹ Cf. C. trav., art. L. 135—2; voir en ce sens l'analyse toujours actuelle de G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de philo. du droit, t. 13, 1968, pp. 56—69.

Il faut évoquer pour conclure les limites inhérentes à l'idée même d'autoréglementation de l'entreprise.

Plusieurs d'entre elles ont d'ailleurs déjà été rencontrées dans l'essor de la négociation d'entreprise durant ces dernières années, si bien qu'il suffira ici de les rappeler brièvement, car elles sont de nature à empêcher une généralisation de l'autoréglementation. Cette dernière suppose tout d'abord, non seulement une définition précise de l'entreprise en tant qu'unité de négociation⁸⁰, mais encore un tissu économique formé d'entreprises assez grandes pour constituer de telles unités. Or cette condition ne se trouve pas remplie en France, où un grand nombre de salariés sont employés dans des entreprises trop petites pour constituer le cadre d'une négociation équilibrée⁸¹. A s'en tenir même aux entreprises d'une taille suffisante, l'autoréglementation requiert un équilibre entre les parties à la négociation, qui se trouve le plus souvent démenti par l'état de l'implantation syndicale dans les entreprises. Confier la représentation salariale à des élus, comme le suggèrent certaines moutures du projet de contrat collectif d'entreprise, ne ferait qu'aggraver cette inégalité, et supposerait qu'on puisse rayer d'un trait de plume une tradition centenaire de syndicalisme de branche, et non d'entreprise. Le développement de l'autoréglementation supposerait tout au contraire de renforcer les liens des négociateurs dans l'entreprise avec des organisations syndicales capables d'assurer leur formation et leur information, voire d'admettre à la table des négociations des permanents de cette organisation.

Et à supposer même que ces différents obstacles soient surmontés, et qu'on parvienne à réunir en France les conditions d'une négociation équilibrée dans la plupart des entreprises françaises, il y aurait alors lieu de craindre que la dynamique ainsi créée, ne finisse par entraver l'exercice du pouvoir des chefs d'entreprise, dans des conditions qui finiraient par leur être insupportables.

* * *

La thèse qui présente l'autoréglementation de l'entreprise comme une restitution à la société civile de ses prérogatives naturelles est à bien des égards trompeuse. Car c'est jusqu'à présent, l'hétéronomie qui a permis d'introduire dans l'entreprise quelques-unes des règles de la société civile qui se trouvent normalement rejetées par le „despotisme de la

⁸⁰ Voir *supra*.

⁸¹ Les mécanismes de regroupement des petites entreprises imaginés par le législateur pour pallier à cette difficulté (C. trav., art. L. 132—30), pour intéressants qu'ils soient, ne semblent pas de nature à se généraliser.

fabrique", autrement dit par l'absolutisme des pouvoirs patronaux. Certes cette méthode n'est pas la seule possible et plusieurs exemples étrangers sont là pour montrer que l'autonomie collective est elle aussi susceptible de réaliser un équilibre entre règles de droit et règles de normalisation à l'intérieur de l'entreprise, autrement dit de doter le salarié de véritables droits subjectifs, tout en sauvegardant ce que le pouvoir du chef d'entreprise a d'indispensable. Mais ces exemples étrangers montrent justement que l'autoréglementation conventionnelle n'est pas un facteur intrinsèque de „flexibilité", et que bien au contraire elle peut être la source de rigidités jugées insupportables. Dans ces pays la déréglementation a significativement essentiellement le démantèlement par la loi de ce droit conventionnel⁸². Ceci montre que le véritable enjeu n'est pas ici d'établir de nouveaux rapports entre État et société civile, mais de définir un nouvel équilibre entre droits des salariés et pouvoir des employeurs. La revendication d'une autoréglementation de l'entreprise n'a dans ce débat qu'une valeur tactique, et il est donc permis de douter qu'elle soit destinée à devenir le pivot de notre droit du travail.

Alain Supiot

POROZUMIENIA ZAKŁADOWE W PRAWIE FRANCUSKIM

Porozumienia zakładowe przyciągają od kilku już lat uwagę doktryny we Francji, ponieważ ich miejsce i koncepcja to problem ogólniejszy, oscylujący wokół fundamentalnego wyboru sposobu i poziomu regulacji.

G. Scelle już w 1928 r. odróżniał niemiecki państwowy paternalizm, angielski organicyzm autonomiczny i francuski interwencjonizm polityczny. Ten ostatni to wynik walki, a ponieważ toczyła się ona przeciwko państwu politycznie scentralizowanemu, prawodawstwo robotnicze jest również we Francji silnie scentralizowane. Właśnie dlatego przez długi czas zbiorowe negocjacje nie odgrywały w tym kraju poważniejszej roli. Ich rozwój następuje w latach 1950, 1971, 1982. Szczególne znaczenie mają rozwiązania zastosowane w 1982 r. Wprowadzają one porozumienia derogacyjne (*accords dérogatoires*) i obowiązek negocjowania, co oznacza zasadniczą promocję negocjacji zbiorowych. Wyraża się ona w przejściu układów zbiorowych od peryferyjnego do podstawowego źródła prawa pracy. Przyczyny tej promocji są różne: ekonomiczne (potrzeba lepszej adaptacji przedsiębiorstw do przemian technicznych i technologicznych), prawne (żądanie większej elastyczności reguł zatrudniania), socjalne (potrzeba przybliżenia źródeł do miejsca wykonywania pracy).

Promocję porozumień wyraża wspomniany już obowiązek negocjowania. Wspie-

⁸² Cf. J.-C. Javiller, *Ordre juridique...*, pp. 56, spéc. 58—59; A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, *Droit du travail, démocratie et crise*, Arles, Actes-Sud, 1986, voir spéc. la contribution de S. Leader sur la Grande-Bretagne, pp. 75 s.

rają ją nadto inne instrumenty, takie jak ulgi finansowe, fiskalne, socjalne. Nakłania się do negocjowania, stale rozszerzając katalog spraw mu podlegających. Podkreślenia wymaga, iż obowiązek negocjowania jest adresowany tylko do pracodawcy. Wskazuje to na tendencję umieszczania centrum negocjowania w zakładzie pracy, a nie na szczeblu branży. O wzmocnieniu roli porozumień zakładowych świadczy także sposób podziału materii normotwórczej pomiędzy negocjacje zakładowe i branżowe.

Uczynienie zakładu pracy miejscem tworzenia prawa pracy rodzi szereg problemów prawnych. Pierwszy wiąże się ze zdefiniowaniem zakładu pracy, co staje się coraz trudniejsze wobec komplikowania się struktur organizacyjnych. Inny odnosi się do kwestii reprezentowania pracowników, zagadnienia trudnego do rozwiązania w warunkach pluralizmu związkowego. Jeszcze inny problem powstaje na tle konfrontacji obowiązku negocjowania z wykonywaniem dyskrecjonalnej władzy pracodawcy.

Promocja porozumień zakładowych świadczy o wzroście roli samostanowienia prawa w zakładzie pracy. Drugim czynnikiem, który dowodzi wzrostu znaczenia zakładowej samoregulacji jest emancypowanie się porozumień zakładowych. Wyrażają tę emancypację porozumienia derogacyjne. Są to takie porozumienia, które kształtują sytuację pracowników mniej korzystnie, niż czyni to ustawa albo układ zbiorowy pracy. Porozumienia derogacyjne należą do tzw. układów „donnant-donnant”, tj. układów wzajemnych ustępstw.

Zjawiska towarzyszące negocjacjom zbiorowym czynią zasadnym pytanie o przyszłość prawa pracy. Pojawia się wizja zbiorowej umowy zakładowej. Umowa taka, wynegocjowana i podpisana przez dyrekcję i reprezentantów pracowników, zawierałaby specyficzne reguły uwzględniające zakładowe realia, możliwości ekonomiczne i aspiracje społeczne pracowników. W opcji ideologicznej byłaby ona pomostem pomiędzy ideą samorządu i ideą liberalizmu gospodarczego.

Zakładowa umowa zbiorowa koresponduje z ideą neokorporatywizmu. Zakład pracy bowiem stałby się wspólnotą zdolną do stanowienia własnego prawa i do narzucania go jednostkom, które wspólnotę tę tworzą albo do niej przystępują. Jest tu widoczne zatarcie znaczenia umowy indywidualnej. Zdaniem jednak zwolenników zakładowej umowy zbiorowej, umowa ta wyraża postęp w odniesieniu do umowy indywidualnej, gdyż ta ostatnia nie daje pracownikowi możliwości wpływu na kształtowanie treści stosunku pracy.

Rozważając szanse ewoluowania prawa pracy w kierunku zakładowej umowy zbiorowej, nie sposób nie zauważyć zarysowujących się przeszkód. Gwarantem trwałości przemian prawa pracy jest zachowanie równowagi w tej dziedzinie prawa. Mowa tutaj o równowadze pomiędzy wolnością zarządzania pracodawcy i bezpieczeństwem pracowników, między ideą statusu płacowego narzuconego wszystkim i płacą wynegocjowaną, między wymiarem zbiorowym i indywidualnym stosunku pracy. Jest wątpliwe, by prawo pracy oparte na idei samostanowienia norm w zakładzie pracy mogło taką równowagę zapewnić.

Inną przeszkodą w upowszechnieniu idei samostanowienia norm jest okoliczność, iż we Francji istnieje bardzo dużo małych zakładów pracy. Zakłady te nie są odpowiednim miejscem dla rozwoju negocjacji zbiorowych.

Prawdziwą stawką przemian, których jesteśmy świadkami, jest określenie nowej równowagi pomiędzy prawami pracowników i władzą pracodawcy. Samostanowienie norm w zakładzie pracy ma tylko walor techniczny. Dlatego należy raczej wątpić, by negocjowanie stało się punktem oparcia dla przyszłego prawa pracy.