

Université Paris X Nanterre  
DEA de droit social et syndical

***Le “donnant” des salariés  
dans les négociations de  
concession***

Clément MONNIER

juin 2005

Directeur de mémoire : Mme Marie-Armelle SOURIAC



# **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

*DEA droit social et syndical*

*Directeur de mémoire : Mme Marie-Armelle SOURIAC*



<b>Introduction.....</b>	<b>7</b>
<b>Le donnant des salariés.....</b>	<b>13</b>
<b>Les concessions.....</b>	<b>13</b>
<b>Les obligations.....</b>	<b>13</b>
Les conditions de licéité.....	13
L'opposabilité au salarié de la convention collective créatrice d'obligations....	14
<b>Les suppressions d'avantages.....</b>	<b>17</b>
Dénonciation et remise en cause.....	19
Révision d'une convention collective.....	20
<b>Les accords dérogatoires.....</b>	<b>21</b>
Les dérogations à la loi.....	21
La dérogation à la norme conventionnelle de niveau supérieur.....	22
<b>Une nouvelle forme de négociation : vers plus de “contractualisme”.....</b>	<b>25</b>
<b>Une nouvelle conception des rapports entre partenaires sociaux</b>	<b>25</b>
L'exigence de réciprocité.....	26
<b>Les limites du droit civil appliqué aux relations du travail.....</b>	<b>29</b>
La nullité pour absence de cause.....	29
L'exception d'inexécution.....	30
La résolution pour inexécution.....	30
<b>Vers une remise en cause l'esprit de la convention collective.....</b>	<b>31</b>
La remise en cause de la convention collective améliorative.....	31
Vers une approche économique de la négociation collective.....	34
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>37</b>
<b>Bibliographie :.....</b>	<b>39</b>
<b>Articles.....</b>	<b>39</b>
<b>Ouvrages.....</b>	<b>40</b>



## Introduction

Au début des années 80, la France change, la manière de penser l’entreprise aussi. Une doctrine patronale alors innovante<sup>1</sup> se construit : l’essentiel figure aujourd’hui dans les propositions d’“Entreprises et Progrès” au sujet du *contrat collectif d’entreprise*<sup>2</sup>. En quête d’une plus grande flexibilité, d’une norme sociale en phase avec les réalités particulières de l’entreprise, le patronat défend l’idée d’une nécessaire concordance entre le niveau d’élaboration et celui d’application du droit.

Relayant les arguments gestionnaires des employeurs, le ministre du travail de 1982, M. Jean AUROUX, dont l’ambition était que chaque travailleur devienne un “citoyen” de l’entreprise, observe qu’“il est évident que l’entreprise constitue le niveau de négociation le plus approprié pour répondre au besoin d’autonomie dont celle-ci a besoin dans l’élaboration et la gestion de sa politique sociale nécessitée par ses caractéristiques économiques”. Une idée à succès reprise fidèlement par les majorités successives<sup>3</sup>.

Ces arguments en faveur d’un développement de la négociation d’entreprise séduisent le législateur. “La réglementation de l’entreprise par l’Etat doit céder le pas à la réglementation de l’entreprise par elle-même ; (...) objet de droit l’entreprise doit devenir (...) sujet et source

---

<sup>1</sup> Avant 1982 et la découverte, par les employeurs, des ressources de la négociation d’entreprise, celle-ci n’a pas les faveurs du patronat “qui redoute tout ce qui pourrait altérer l’absolutisme de son pouvoir dans les entreprises et apprécie dans les conventions de branche un moyen d’unification des conditions de la concurrence” (A. SUPIOT, “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise”, Droit Social 1989, p. 196)

<sup>2</sup> Liais. Soc. V. n°27/85, 6 mars 1985

<sup>3</sup> “Le développement de la négociation d’entreprise répond (...) à une nécessité objective. On ne peut dès lors s’étonner qu’il ait dominé l’évolution récente de nos relations contractuelles” (Philippe SEGUIN, ministre du travail de 1986 à 1988)

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

de droit”<sup>4</sup>. Ainsi, la loi du 13 novembre 1982 rend obligatoire la négociation collective dans les branches professionnelles et dans les entreprises. La négociation d’entreprise, qui traditionnellement était secondaire, prend dès lors une place centrale dans le système conventionnel français. Alors qu’en 1970 on recensait 670 accords d’entreprises, on en dénombrait 30 434 en 2000, soit 50 fois plus.

De manière générale, on constate, à partir des années 80, une nette inflexion des politiques économiques dans le sens de la réhabilitation de la dimension économique des entreprises, en favorisant “le profit des sociétés au détriment des salariés. Ce choix s’est fait directement par le moyen de politiques fiscales et budgétaires, indirectement en permettant aux entreprises de déterminer librement leur politique de salaire et de prix”<sup>5</sup>.

Les bases de l’accord de concession, aussi appelé accord donnant-donnant, sont désormais posées.

M. Raymond SOUBIE, dans un article de 1985<sup>6</sup>, en a parfaitement conceptualisé la portée. Il les définit comme des accords “dans lesquels chacune des parties à la fois fait des concessions et soutient des revendications”. Déjà, les objectifs de réduction des licenciements collectifs et de lutte contre le chômage étaient évoqués pour justifier ces accords, ce que Madame Fabienne DUFOUR appelle les accords “défensifs” de l’emploi<sup>7</sup>. Depuis, pour rendre moins douloureuse la concession salariale, certains parlent d’accords “gagnant-gagnant”<sup>8</sup>.

De manière plus générale, la négociation de concession renvoie à une négociation de contreparties réciproques, dont pour les salariés il résulte des sacrifices en contre partie de la préservation d’un bien collectif, présumé supérieur. Ainsi, M. Jean-Emmanuel RAY distingue la négociation de renonciation sans contrepartie patronale et la négociation de concession au sein de laquelle existe une réciprocité. De même, Mlle YANAKOUROU parle d’une “négociation où les engagements des employeurs sont contrebalancés par les engagements réciproques des organisations syndicales” qu’elle distingue d’une négociation de concession unilatérale ou de récession. Pour M. Jacques BARTHELEMY, “concessions et dérogations matérialisent

---

<sup>4</sup> Cette formule d’Alain SUPIOT est certes postérieure aux lois Auroux mais illustre néanmoins parfaitement l’état d’esprit du législateur de 1982 (A. SUPIOT, “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise”, *Droit Social* 1989, p.196)

<sup>5</sup> cf. P. BERNOUX, “Sociologie des entreprises”, Seuil 1999, p.29

<sup>6</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords donnant-donnant », *Droit social* 1985, p.614

<sup>7</sup> cf. F. DUFOUR, “Les clauses de garantie d’emploi dans les accords d’entreprise « donnant-donnant »”, *in* *Le salarié, l’entreprise, de juge et l’emploi*, Cahier travail et emploi, La documentation française 2001, p.97

<sup>8</sup> A titre d’exemple : “Certains de ceux (syndicats) que nous avons reçus sont prêts à envisager de nouveaux assouplissements pour peu qu’ils soient négociés. Il est possible de trouver, dans ce domaine, des accords gagnant-gagnant qui donnent davantage de flexibilité aux entreprises et répondent aux aspirations de leurs salariés.” (Gérard Larcher, ministre délégué aux relations du travail, “Repenser dès à présent le temps de travail dans l’entreprise” *in* *Le Monde*, 10 septembre 2004, p.8)

cette négociation d’un type nouveau”<sup>9</sup>. Enfin, Mme Marie-Armelle SOURIAU observe que le canevas le plus usuel d’une négociation donnant-donnant est celui dans lequel l’emploi, fait, à des degrés divers, figure de contrepartie à des sacrifices des salariés, salariaux notamment, et/ou à l’introduction de nouvelles formes d’organisation et d’aménagement du temps de travail, tantôt dans un contexte de difficultés traversées par l’entreprise, tantôt conformément aux objectifs d’entreprises prospères soucieuses de gagner en productivité et en compétitivité.

Si les accords donnant-donnant ont pu se généraliser, c’est en partie grâce à la réticence des employeurs, confrontés à certaines difficultés économiques, à signer des accords sans contrepartie leur permettant d’améliorer la productivité de leurs entreprises. “Efficacité économique oblige, y compris au nom de l’emploi”<sup>10</sup>. Ainsi est apparue l’exigence d’une nouvelle organisation du travail. L’objectif principal étant d’améliorer la productivité<sup>11</sup>, les employeurs peuvent désormais négocier de nouvelles conditions de travail en phase avec les réalités économiques de l’entreprise et les exigences du marché. Les accords donnant-donnant apparaissent alors comme le moyen efficace d’introduire plus de flexibilité dans la gestion de l’entreprise.

L’argumentaire est désormais bien connu<sup>12</sup> et rencontre un succès certain. Invoquant la mondialisation, les évolutions du marché, la rigidité sclérosante de la loi ou l’impossibilité de résorber durablement le chômage, il prône une plus grande flexibilité de la norme sociale ainsi en plein accord avec les réalités particulières de l’entreprise<sup>13</sup>. Il s’appuie sur l’idée d’un intérêt commun entre l’entreprise et les salariés. Si l’entreprise va mal, ses salariés vont mal. Si elle va bien, les salariés vont bien. Ainsi, les sacrifices des salariés, indispensables aux profits, leur seront à terme profitables. Ne dit-on pas que “les profits d’aujourd’hui font les investissements de demain et les emplois d’après demain”<sup>14</sup> ?

Mais l’argumentaire peut laisser sceptique, tant dans sa construction théorique que dans les résultats des politiques de flexibilisation. Sur un plan théorique, il semble manquer ce lien,

---

<sup>9</sup> cf. J. BARTHELEMY, “Négociation collective d’entreprise : dérogations et concessions”, *Droit social* 1988, p.554

<sup>10</sup> cf. J. BARTHELEMY, “Négociation collective d’entreprise : dérogations et concessions”, *Droit social* 1988, p.554

<sup>11</sup> Concernant l’impérative amélioration de la productivité, M. Raymond SOUBIE estimait déjà en 1985 que “dans une situation économique caractérisée par des taux de croissance réduits, le progrès social ne peut procéder que de gains supplémentaires de productivité” (R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords donnant-donnant”, *Droit social* 1985, p.614). Aujourd’hui les salariés français font partie des plus productifs au monde (en terme de productivité horaire, la France est au 2ème rang mondial devant les Etats-Unis, l’Allemagne, le Japon, l’Italie et le Royaume-Uni). Le chômage reste pourtant très élevé, bien au-dessus de pays à la productivité moindre. Alors que certains identifient cette “trop” bonne productivité comme une des causes du chômage, les exigences de productivité, étrangement, demeurent.

<sup>12</sup> cf. le triple argumentaire économique, social et politique développé par Alain SUPLOT dès 1989 dans son article “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise” (*Droit Social* 1989, p.196)

<sup>13</sup> Voir notamment les développements étrangement très actuels de G. LYON-CAEN, “la bataille truquée de la flexibilité”, *Droit social* 1985, p.801

<sup>14</sup> cf. Helmut Schmidt (ancien chancelier allemand)

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

évident pour certains, entre profits et investissements créateurs d'emplois. En effet, en période de faible consommation des ménages, il est plus intéressant de spéculer sur les marchés financiers que d'investir dans la croissance de l'entreprise<sup>15</sup>. Pourquoi alors créer des emplois moins rémunérateurs que les marchés financiers ? En terme de résultats, force est de constater que vingt ans d'assouplissement du droit du travail n'ont pas permis d'enrayer efficacement la montée du chômage. Enfin, “la multiplication des dérogations, à force de rendre les règles illisibles, ruine l'autorité de la loi et de l'accord et la sur-réglementation peut être une autre forme de déréglementation”<sup>16</sup>.

Malgré ces réserves sur la pertinence d'une indispensable flexibilité du travail, le discours promotionnel d'un droit du travail plus flexible connaît un incontestable succès. Et les syndicats participent à cet essor des accords donnant-donnant. Toutes les organisations syndicales, au moins au niveau local, ont déjà accepté de signer des accords donnant-donnant<sup>17</sup>.

En raison de la très grande disparité des situations de l'emploi dans les entreprises, c'est à ce niveau que la mise en place d'accords donnant-donnant apparaît la plus pertinente, que “la balance des concessions mutuelles peut-être équilibrée. Il s'agit en effet de définir, de part et d'autre, des mesures concrètes qu'on ne peut appréhender et encore moins arrêter au niveau national”<sup>18</sup>.

Dans la pratique, les accords donnant-donnant sont devenus légion. Certains aux relents de contestation politique ont été très médiatisés, d'autres, les plus nombreux, sont passés inaperçus<sup>19</sup>.

Les accords donnant-donnant les plus remarquables furent sans doute la série d'accords de remise en cause des 35 heures. En juillet 2004, l'accord Bosch prévoyait le passage à 36 heures payées 35<sup>20</sup>, des augmentations de salaires gelées à 1% sur 3 ans, la suspension de la prime d'intéressement pendant 3 ans et les horaires de nuit majorés à hauteur de 20 % contre 25 % auparavant. En contrepartie Bosch renonçait à fermer le site de Vénissieux où travaillaient 820 salariés. De nombreux autres accords du même type suivirent : Solelectron, Seb, Doux, Ronzat, Nexans, Sediver, etc. L'accord Seb, par exemple, proposait un passage aux 38 heures payées 35 en contrepartie de la préservation de 150 postes de travail.

---

<sup>15</sup> A titre d'exemple, alors que l'Insee estime que la croissance sera en 2005 de 1,5 % (Le Monde, 24 juin 2005), le CAC 40 a gagné 10,68 % sur le premier semestre 2005 (Le Monde, 02 juillet 2005)

<sup>16</sup> cf. M-L MORIN, “Le risque de l'emploi”, in La revue CFDT, n°30, avril 2000

<sup>17</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords donnant-donnant”, Droit social 1985, p.614

<sup>18</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords donnant-donnant”, Droit social 1985, p.614

<sup>19</sup> Pour une analyse plus complète de la pratique des accords donnant-donnant, voir l'étude de Fabienne DUFOUR in “Les clauses de garantie d'emploi dans les accords d'entreprise “donnant-donnant””, in Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi, Cahier travail et emploi, Documentation française, 2001, p.97

<sup>20</sup> Ce qui s'est traduit par la suppression de 6 jours de RTT sur 20

Cette tendance ne concerne pas que les entreprises françaises. Ainsi, l'accord donnant-donnant entre Volkswagen et le syndicat allemand IG Metall, conclu le 3 novembre 2004, met en oeuvre un important plan de réduction des coûts. L'objectif est de permettre au groupe d'économiser un milliard d'euros dès 2006. D'un côté, l'employeur donne des garanties d'emplois à long terme, de l'autre, les salariés concèdent d'avantage de flexibilité dans l'organisation du travail. Volkswagen s'engage à maintenir 103 000 emplois jusqu'en 2011, verse une prime de 1000 euros à chaque salarié et confirme plusieurs projets d'investissement. En contrepartie, IG Metall accepte le gel des salaires jusqu'en 2007, une plus grande flexibilité dans la pratique des heures supplémentaires grâce à un compte épargne temps rallongé et que la rémunération des nouveaux salariés soit inférieure à la grille maison de Volkswagen.

Toutefois, les DRH et les gestionnaires sont, eux aussi et souvent sans en avoir conscience, victimes des effets de mode. Or la tendance est à l'externalisation, au "dégraissage", à l'allègement des structures et des coûts, essentiellement salariaux. Une entreprise moderne est une entreprise qui sait réduire fortement, sinon sa masse, son coût salarial. Les voies sont nombreuses, les accords donnant-donnant en sont une parmi d'autres ; peut-être une des moins douloureuse pour l'emploi, certainement une des plus troublante pour le juriste. Ainsi, même si les accords donnant-donnant cesseront un jour de séduire sans réserve les gestionnaires d'entreprise, ils continueront à poser de sérieuses questions aux juristes de droit social.

Avec l'accord de concession, apparaît l'idée que les salariés peuvent, eux aussi, collectivement, donner. Une idée qui perturbe fortement la pratique de la négociation collective qui jusqu'alors n'était que d'acquisition, améliorant sans cesse la condition des travailleurs, avançant inéluctablement vers le progrès social. Ce que M. François GAUDU appelle les "accords à l'ancienne"<sup>21</sup>. Si aucun texte n'interdit formellement aux conventions et accords collectifs de créer des obligations à la charge des salariés, certains auteurs restent particulièrement hostiles à cette pratique. Ainsi, M. Yves CHALARON soutient que "le fondement même du droit à la négociation collective est l'amélioration de la situation des salariés et que par conséquent l'accord collectif n'est pas conçu pour créer de telles sujétions"<sup>22</sup>. Pour M. DESPAX, "la convention collective, source de droits pour le salarié, ne saurait en principe être pour lui source d'obligations"<sup>23</sup>.

Inévitablement cette perspective de donnant des salariés (I) invite les employeurs, les syndicats, les salariés et les juristes à s'interroger sur la nouvelle forme de négociation collective qui en découle (II).

---

<sup>21</sup> cf. F. GAUDU, "L'exécution des conventions d'entreprise", Droit social 1990, p.606

<sup>22</sup> cf. Y. CHALARON, "L'application de la disposition la plus favorable", Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p.243

<sup>23</sup> cf. M. DESPAX, "Les paradoxes de la négociation d'entreprise", Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p.267



# **I. Le donnant des salariés**

Les renoncements des salariés à certains de leurs droits ou avantages sont de deux types : les concessions des salariés (A) et les dérogations à une norme de niveau supérieur (B).

## **A. Les concessions**

Les concessions des salariés peuvent prendre deux formes. Les salariés peuvent en effet accepter de nouvelles obligations (1) ou renoncer à certains avantages (2).

### **1. Les obligations**

Si les salariés peuvent accepter de nouvelles contraintes auxquelles ils n'étaient jusqu'alors pas soumis, cela ne peut se faire qu'à certaines conditions de licéité (a) indispensables pour être opposables aux travailleurs (b).

#### ***a) Les conditions de licéité***

La Cour de Cassation, admet qu'une convention puisse créer et imposer des obligations à l'encontre des salariés, en l'absence de toute référence dans le contrat de travail, en matière de

clause de non concurrence<sup>24</sup>, d'essai<sup>25</sup>, de mobilité<sup>26</sup> ou d'astreinte<sup>27</sup> : liste qui n'est de toute évidence pas limitative. En effet l'arrêt de la Chambre sociale du 8 janvier 1997 vise sans distinction “les obligations mises à la charge d'un salarié par la convention collective”.

Ces clauses créatrices d'obligations sont tout à fait licites et s'imposent au salarié. Elles ne peuvent toutefois s'imposer qu'en l'absence de disposition légale, conventionnelle ou contractuelle contraire. Si de tels conflits de normes survenaient, en l'absence d'application du principe dérogatoire<sup>28</sup>, la norme la plus favorable l'emporterait.

Toutefois le salarié n'est pas démuni, il dispose de quelques moyens pour résister à ces nouvelles obligations.

### ***b) L'opposabilité au salarié de la convention collective créatrice d'obligations***

Deux conditions doivent être réunies pour que la convention collective s'impose au salarié. La disposition de la convention collective doit se suffire à elle-même et le salarié doit avoir été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance.

Concernant l'autonomie de la convention collective, elle doit prévoir une obligation autonome s'imposant directement au salarié. Elle doit revêtir un caractère contraignant. Il faut toutefois distinguer l'obligation autonome des obligations qui ne sont que la condition d'accès à certains avantages comme la prime de productivité pour laquelle il faut avoir atteint certains résultats pour l'obtenir.

Concernant l'information du salarié, les obligations conventionnelles ne sont opposables au salarié que s'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance. L'effet impératif de la convention collective ne suffit pas à assurer la soumission du salarié, son information est indispensable. Toutefois, sur les modalités de l'information, la Cour d'appel de Paris a pu préciser, dans un arrêt du 25 mars 1997, qu'à lui seul l'affichage ne suffit pas à informer le salarié de l'existence d'une convention collective. M. Emmanuel DOCKES propose une retranscription de ces obligations au sein des contrats individuels de travail. Car le contrat, lorsqu'il est écrit, est la seule source d'information du salarié qui soit véritablement fiable, ce qui permettrait d'éviter que les salariés soient trompés sur la valeur et l'intensité de leurs engagements contractuels. M. Gérard COUTU-

---

<sup>24</sup> Soc 8 janvier 1997, Bulletin 1997 V N° 8 p. 5

<sup>25</sup> Soc 5 juin 1996, Bulletin 1996 V N° 228 p. 161

<sup>26</sup> Soc 27 juin 2002, Bulletin 2002 V N° 222 p. 216

<sup>27</sup> Soc 16 décembre 1998, Droit social 1999, p.250, note J-E. RAY

<sup>28</sup> voir infra (I-B)

RIER propose quant à lui que les clauses apportant une restriction à des libertés fondamentales (clauses de non démarchage portant atteinte à la liberté du travail) ne soient opposables qu’aux salariés y ayant personnellement et explicitement consenti, donc que ces clauses soient inscrites dans le contrat de travail.

Toutefois, “l’état de subordination du salarié rend son consentement suspect”<sup>29</sup> et fait douter de “sa réelle volonté abdicative”<sup>30</sup>. Il lui est alors possible de résister, grâce au contrat, aux revendications de l’employeur. Les syndicats ne peuvent disposer d’éléments qui appartiennent au contrat de travail. Ils ne disposent que des avantages contenus dans les accords collectifs. Ainsi, la convention d’entreprise ne peut reprendre ou diminuer un droit qui a son origine directe et sa source dans le contrat individuel et qui n’existe donc qu’au profit de telle ou telle personne désignée<sup>31</sup>. Le contrat de travail apparaît donc comme un moyen particulièrement efficace pour résister aux dispositions peu séduisantes d’une convention collective.

Les clauses contractuelles révèlent la volonté des parties, les conditions de leur engagement. Le contrat tenant lieu de loi aux parties, sa modification ne peut intervenir que par consentement mutuel<sup>32</sup>. L’acte “abdicatif” du salarié est nécessairement individuel<sup>33</sup> et ne se présume pas<sup>34</sup>. Aussi, la Cour de cassation dans un arrêt du 25 février 1998<sup>35</sup> a affirmé qu’un “accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail”, puis, dans un arrêt du 27 février 2001<sup>36</sup>, que “la clause, par laquelle l’employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l’article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu’il tient de la loi”. Toutefois, certaines clauses indicatives renferment des éléments qui ne sont donnés qu’à titre de simple information. Par conséquent, différencier les clauses indicatives des éléments contractualisés par les parties revient à interpréter la volonté de parties. Aussi, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 17 janvier 2000<sup>37</sup>, que “la remise au salarié, lors de son emba-

---

<sup>29</sup> cf. J. BARTHELEMY, “Négociation collective d’entreprise : dérogations et concessions”, Droit social 1988, p.554

<sup>30</sup> cf. I. VACARIE, “La renonciation du salarié”, Droit social 1990, p.757

<sup>31</sup> cf. G. LYON-CAEN, “La bataille truquée de la flexibilité”, Droit social 1985, p.801

<sup>32</sup> Article 1134 du code civil :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

<sup>33</sup> cf. I. VACARIE, “La renonciation du salarié”, Droit social 1990, p.757

<sup>34</sup> cf. Soc. 13 oct. 1988 (Bull. civ. V, n°493, p.320) : “La renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d’actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer” ; Soc 8 oct. 1987 “Raquin et Trappier”, Droit social 1988, p.140

<sup>35</sup> Soc. 25 février 1998, RJS 4/98, n°497

<sup>36</sup> Soc. 27 février 2001, Droit social, mai 2001, n° 5 p. 514, note C. RADE.

<sup>37</sup> Soc. 17 janvier 2000, Dalloz, 2000-12-14, n° 17 p. 13, note G. PIGNARRE.

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

che, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits”.

La transformation d'une clause indicative s'analyse comme un changement des conditions de travail. Or, ces conditions sont à la libre disposition de l'employeur. Par conséquent, face à un donnant dont l'objet va à l'encontre d'une clause indicative, le salarié ne dispose d'aucune capacité de résistance. En ce qui concerne la transformation d'une clause contractuelle, elle s'analyse comme une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. L'employeur ne peut donc les modifier unilatéralement. Selon l'article L135-2 du code du travail<sup>38</sup>, seules les dispositions plus favorables d'une convention collective pourraient ajouter au contrat de travail sans requérir l'accord du salarié. Or, l'appréciation de ce qui est plus favorable au salarié dans le cadre d'une négociation de concession n'est pas évidente car, bien souvent, l'enjeu d'une telle négociation est l'emploi.

De plus, la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 juin 2002<sup>39</sup>, a pu rappeler que le salarié devait avoir été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et de la signature de son contrat. En l'espèce, l'engagement du salarié était antérieur à la convention collective, la Chambre sociale a alors pu décider que la convention collective ne pouvait imposer au salarié une clause de mobilité qui ne figurait pas dans le contrat de travail sauf à modifier celui-ci. Le refus du salarié de se soumettre à une telle obligation n'était pas constitutif d'une faute.

La Cour de cassation entendrait ainsi opérer une distinction entre les salariés selon que leur contrat de travail ait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la convention collective. Les salariés dont le contrat de travail a été conclu antérieurement à la convention collective n'ont été ni informés ni mis en mesure d'en prendre connaissance au moment où ils ont été embauchés. La convention collective n'existait pas à cette époque. L'application de la convention collective à ces salariés doit s'analyser comme une modification du contrat de travail qu'ils sont en droit de refuser. On voit alors apparaître certains dispositifs de type “référendaire” qui conditionnent l'application de l'accord collectif à l'acceptation par une large majorité des travailleurs d'une modification de leur contrat de travail. Ceux ayant refusé la modification de leur contrat de travail sont alors les premiers exposés aux licenciements économiques. A Vénissieux par exemple, les salariés de Bosch ont accepté à 98 % l'avenant de modification de leur contrat de travail qui permettait l'application du nouvel accord collectif.

En revanche, les salariés dont le contrat a été conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention collective auront été informés et mis en mesure d'en prendre connaissance au moment où ils ont été embauchés. Ils ne pourront pas prétendre que leur contrat de

---

<sup>38</sup> Article L135-2 du code du travail

Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables.

<sup>39</sup> cf. Bulletin 2002 V N° 222 p. 216 (confirmé par un arrêt du 26 sept 2002 concernant l'essai)

travail a été modifié par la convention collective. Le refus du salarié de se plier à la clause qui lui est déclarée opposable est susceptible de constituer une faute.

M. Georges BORENFREUND<sup>40</sup> considère que la modification ou l'absence de modification du contrat de travail ne peut résulter de l'antériorité ou de la postériorité du contrat par rapport à l'accord collectif alors que tous les contrats de travail des salariés embauchés avant et après sont pareillement silencieux sur l'existence d'une obligation.

Selon M. Jean PELISSIER<sup>41</sup>, un contrat de travail qui ne comporte pas telle ou telle obligation est volontairement silencieux. Ce silence vaut refus de cette obligation. Si bien que le salarié devrait être en mesure de faire valoir que son contrat de travail, par son silence, est plus favorable que la convention collective. Le contrat de travail, sur le fondement de l'art L135-2 du code du travail, permettrait donc de résister à l'application de la convention collective, peu importe que les salariés aient été embauchés avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord collectif.

Cependant, la position inverse semble aussi pouvoir être défendue. Le silence du contrat peut en effet être entendu comme la volonté des parties de laisser ce champ contractuel à la disposition de la norme conventionnelle. Ainsi, le silence du contrat permettrait aux partenaires sociaux d'imposer certaines obligations à l'ensemble des salariés, peu importe qu'ils aient contracté avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord collectif instaurant cette obligation. En réalité, tout dépend de la portée que l'on entend donner au silence du contrat. C'est notamment l'interprétation qu'en a eu la Cour de cassation qui a admis la validité de certaines clauses qui sont sources d'obligations pour les salariés. Ces charges nouvelles d'origine conventionnelle s'imposent, sauf preuve d'une convention particulière plus favorable pour le salarié<sup>42</sup>.

A côté de la création d'obligations nouvelles, l'autre voie permettant des concessions des salariés est celle des suppressions d'avantages.

## **2. Les suppressions d'avantages**

Les trente glorieuses sont fréquemment présentées comme une période de perpétuelle surenchère d'avantages sociaux, tous plus généreux les uns que les autres. Mais aujourd'hui, la crise économique rendrait ces avantages intolérables car ils fragiliseraient nos entreprises aux prises avec une économie mondialisée hautement concurrentielle. Il semblerait indispensable de remettre en cause certains de ces dispositifs trop coûteux et particulièrement préjudiciables

---

<sup>40</sup> cf. G. BORENFREUND, “La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires”, *Droit social* 1990, p.626

<sup>41</sup> cf. J. PELISSIER, “Droit des conventions collectives : évolution ou transformation”, *Mélanges à J-M. VERDIER*, Dalloz 2001, p.95

<sup>42</sup> Soc. 9 juillet 1976, D 1977 p.338

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

à la compétitivité de nos entreprises. La voie d’une remise en cause de ces avantages par leur abrogation pure et simple s’est ainsi ouverte.

Concernant l’application des droits et avantages prévus par voie conventionnelle, le principe, consacré par la Chambre sociale le 21 juin 1967<sup>43</sup>, est celui de la non-incorporation des conventions collectives aux contrats de travail. Ainsi, les salariés ne peuvent invoquer les droits et bénéfices d’une convention collective dès lors que celle-ci ne leur est plus applicable.

Si les avantages nés de normes atypiques (usages, ou engagements unilatéraux) peuvent faire l’objet d’une dénonciation relativement aisée de l’employeur ou s’éteindre du fait d’un accord collectif postérieur<sup>44</sup>, il en va bien autrement de ceux contenus dans un accord collectif. Afin de prévenir tout exercice abusif du pouvoir unilatéral de l’employeur et de sécuriser l’environnement juridique des salariés, les contestations des conventions collectives sont rigoureusement encadrées. Deux approches sont possibles, d’une part la contestation de la convention collective par sa dénonciation ou sa mise en cause (a) et d’autre part la révision, à la baisse, de la convention collective (b).

---

<sup>43</sup> Soc. 21 juin 1967, Bull. n°493

<sup>44</sup> L’arrêt de la Chambre sociale du 28 janvier 1998 fait prévaloir l’idée d’une stricte hiérarchie entre les sources professionnelles, l’accord collectif prime sur les normes atypiques écartant ainsi l’application du principe du plus favorable (Bulletin 1998 V N° 50 p. 37)

**a) Dénonciation et remise en cause**

La dénonciation et la remise en cause d'une convention collective sont respectivement prévues aux articles L132-8<sup>45</sup> et L122-12<sup>46</sup> du code du travail.

Dans chacune de ces hypothèses, l'ancienne convention collective continue de s'appliquer et donc les salariés de jouir de leurs avantages jusqu'à l'entrée en vigueur d'un éventuel accord de substitution.

Mais, dès l'entrée en vigueur de l'accord de substitution, les salariés ne bénéficient plus des avantages supprimés par la nouvelle convention. C'est d'ailleurs la solution adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 juin 2000<sup>47</sup>. Les juges suprêmes estiment que la modification de la structure de la rémunération qui résultait de l'accord de

---

<sup>45</sup> Article L132-8 du code du travail :

La convention et l'accord collectif de travail à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires. Ils prévoient les conditions dans lesquelles ils peuvent être dénoncés, et notamment la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation. En l'absence de stipulation expresse, cette durée est de trois mois.

La dénonciation est notifiée, par son auteur, aux autres signataires de la convention ou de l'accord, et doit donner lieu à dépôt conformément à l'article L. 132-10.

Lorsque la dénonciation émane de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés, la convention ou l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure.

Lorsque la dénonciation est le fait d'une partie seulement des signataires employeurs ou des signataires salariés, elle ne fait pas obstacle au maintien en vigueur de la convention ou de l'accord entre les autres parties signataires. Dans ce cas, les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent également à l'égard des auteurs de la dénonciation.

Lorsqu'une convention ou un accord a été dénoncé par la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés, une nouvelle négociation doit s'engager, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation. Il en est de même, à la demande d'une des organisations syndicales représentatives de salariés intéressés, en cas de dénonciation de la convention ou de l'accord dans les conditions prévues à l'article L. 132-14, en ce qui concerne le secteur visé par la dénonciation.

Lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au troisième alinéa ci-dessus, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais.

Lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet conformément aux troisième et sixième alinéas du présent article. En outre, une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise en cause, conformément au cinquième alinéa du présent article, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions, selon le cas.

<sup>46</sup> Article L122-12 du code du travail

La cessation de l'entreprise, sauf cas de force majeure ne libère pas l'employeur de l'obligation de respecter le délai-congé et de verser, s'il y a lieu, l'indemnité prévue à l'article L. 122-9.

S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

<sup>47</sup> Soc. UTA 27 juin 2000, Bulletin 2000 V N° 247 p. 193

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

substitution conclu à la suite d'une remise en cause de la convention collective consécutive à une fusion, ne peut s'analyser en une modification du contrat de travail, qui aurait requis le consentement des salariés, car la structure de la rémunération n'avait pas une nature contractuelle.

L'accord de substitution peut toutefois comporter une clause de maintien des avantages acquis. Les salariés dont les contrats étaient en cours sous l'empire de l'ancienne convention pourront alors se prévaloir de leurs anciens avantages.

De même, si la convention dénoncée<sup>48</sup> ou remise en cause<sup>49</sup> n'a pas été remplacée au terme du délai de quinze mois prévu pour la conclusion d'un accord de substitution, les salariés conservent leurs avantages qui s'intègrent à leurs contrats de travail devenant des “avantages individuels acquis”<sup>50</sup>. Il s'agit essentiellement des avantages dont les salariés ont déjà effectivement et personnellement bénéficiés<sup>51</sup>. On remarquera alors que les syndicats n'auraient pas intérêt à signer un accord de substitution revêtant le caractère d'un accord de concession qui remettrait en cause les garanties antérieures ; la situation du salarié serait de cette manière paradoxalement meilleure sans un encadrement conventionnel.

### ***b) Révision d'une convention collective***

La deuxième voie possible en matière d'abrogation d'avantages anciens consiste en une révision, à la baisse, de la convention collective. Celle-ci est prévue à l'article L132-7 du code du travail<sup>52</sup> qui pose le principe d'une substitution de plein droit de l'avenant portant révision aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie. Dès lors que l'avenant modificateur supprime un avantage pour les salariés, ceux-ci ne pourront plus s'en prévaloir.

---

<sup>48</sup> Soc. 6 novembre 1991, Bulletin 1991 V N° 479 p. 298

<sup>49</sup> Soc. 1 décembre 1993, Bulletin 1993 V N° 296 p. 201

<sup>50</sup> cf. E. DOCKES, “L'avantage individuel acquis”, Droit social 1993, p.826 ; G. BORENFREUND, “La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires”, Droit social 1990, p.626

<sup>51</sup> C'est du moins l'interprétation qu'en fait la jurisprudence et le ministère du travail (circulaire du 25 octobre 1983)

<sup>52</sup> Article L 132-7 du code du travail :

La convention et l'accord collectif de travail prévoient les formes selon lesquelles et l'époque à laquelle ils pourront être renouvelés ou révisés.

Les organisations syndicales de salariés représentatives au sens de l'article L. 132-2 qui sont signataires d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 132-9 sont seules habilitées à signer, dans les conditions visées à l'article L. 132-2-2, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord.

L'avenant portant révision de tout ou partie de la convention ou de l'accord collectif se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie et est opposable, dans les conditions fixées à l'article L. 132-10, à l'ensemble des employeurs et des salariés liés par la convention ou l'accord collectif de travail.

Cependant, un garde-fou existe de par le droit d’opposition des syndicats non signataires de l’avenant. Mais au vu de sa grande difficulté de mise en oeuvre, ce droit d’opposition reste d’une utilité plutôt restreinte<sup>53</sup>. En effet, pour faire jouer le droit d’opposition, les syndicats représentatifs doivent recueillir les voix de la moitié des électeurs inscrits lors de la dernière élection au CE ou, à défaut, des délégués du personnel. Etant donné la faible participation des salariés à ces élections, il était presque impossible de recueillir cette majorité d’inscrits<sup>54</sup>. Ce régime très restrictif du droit d’opposition<sup>55</sup> a pour conséquence de venir grossir le contentieux de l’annulation des accords et d’en faire une sorte de solution de rattrapage.

Mais au-delà de la suppression d’avantages conventionnels depuis longtemps possible par les mécanismes éprouvés de la révision, de la mise en cause et de la dénonciation des conventions collectives, ce sont les mécanismes de la dérogation qui permettent aujourd’hui d’étendre considérablement le champ du “donnant” des salariés.

## **B. Les accords dérogatoires**

L’article L132-4 du code du travail dispose que “la convention et l’accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d’ordre public de ces lois et règlements”. Cet article, dont la rédaction reste inchangée depuis plus de vingt ans, pose clairement la possibilité de déroger aux “lois et règlements en vigueur”, dans un sens uniquement plus favorable au salarié. Un “principe de faveur” consacré par la Cour de cassation dans deux arrêts du 17 juillet 1996<sup>56</sup>. Mais ce n’est bien évidemment pas ce type de dérogation *in melius* qui intéresse les accords donnant-donnant. Il s’agit d’avantage, grâce à ces accords de concessions, de s’affranchir de règles de droit jugées particulièrement oppressantes. Ces dérogations dans un sens moins favorable aux salariés, dites *in pejus*, sont de deux types : les dérogations à la loi (1) et les dérogations aux conventions collectives de niveau supérieur (2).

### **1. Les dérogations à la loi**

La faculté de déroger *in pejus* est apparue avec l’ordonnance du 27 septembre 1967 sur l’aménagement et la répartition du temps de travail qui permettait déjà à un accord étendu de

---

<sup>53</sup> cf. F. GAUDU, “L’exécution des conventions d’entreprise”, Droit social 1990, p.606

<sup>54</sup> Notons que depuis, la loi du 4 mai 2004 qui a voulu donner une réelle efficacité au droit d’opposition a retenu la majorité des votants plutôt que des inscrits.

<sup>55</sup> “Le ou les syndicats qui font opposition doivent être très largement majoritaires (50% des voies des électeurs inscrits représentent en moyenne 70 à 80 % des votants) (G. BORENFREUND, “La résistance du salarié à l’accord collectif : l’exemple des accords dérogatoires”, Droit social 1990, p.626)

<sup>56</sup> “Le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflits de normes, c’est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application” (Soc. 17 juillet 1996 : Bull. civ., V, n°296 et 297)

déroger aux modalités de répartition des horaires collectifs. Depuis, l’ordonnance du 16 janvier 1982 sur la durée du travail et la loi du 13 novembre 1982 portant réforme de la négociation collective, tous deux impulsés par l’ANI du 17 juillet 1981, ont précisé et élargi le champ de la dérogation et donné ses lettres de noblesse à cette technique. Puis, la loi du 19 juin 1987 élargit un peu plus le champ de la dérogation à la loi. Ces textes législatifs et conventionnels offrent désormais aux parties la possibilité de déroger par voie conventionnelle aux lois et règlements dans un sens moins favorable aux salariés.

Dans le cadre des accords dérogatoires, la concession des salariés peut porter sur une réduction de salaire, correspondant à une baisse de l’horaire travaillé ou à un gel des salaires alors qu’était prévue initialement une augmentation régulière, ou sur une nouvelle organisation assouplie du travail.

Toutefois le champ de la dérogation *in pejus* reste strictement encadré par la loi. En dehors de ces hypothèses légales, le salarié ne peut renoncer à ces prérogatives d’origine légales, elles sont indisponibles<sup>57</sup>. Et, dès lors qu’un accord collectif met en place une dérogation non autorisée par la loi, le Conseil d’Etat n’hésite pas à l’annuler au motif qu’il ajoute à la loi<sup>58</sup>.

Les accords dérogatoires peuvent être qualifiés d’accords de concession ou donnant-donnant dès lors qu’une contrepartie aux concessions salariales est prévue. Les lois Aubry I et II en sont la parfaite illustration. En effet, officiellement, les lois Aubry imposent des engagements plus ou moins précis sur l’emploi et les RTT qui constituent une contrepartie en terme d’assouplissement du temps de travail.

Complémentaires aux dérogations à la loi, les dérogations à la norme conventionnelle de niveau supérieur connaissent un essor considérable.

## **2. La dérogation à la norme conventionnelle de niveau supérieur**

Bien que l’expérience existât déjà, c’est la loi du 4 mai 2004 qui a généralisé la dérogation à la quasi totalité des accords collectifs de niveau supérieur. Ainsi, elle pose le principe dérogatoire.

L’article L132-23 du code du travail dispose en son dernier alinéa issu de la loi du 4 mai 2004 que “la convention ou l’accord d’entreprise ou d’établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d’une convention ou d’un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement”.

---

<sup>57</sup> cf. I. VACARIE, “La renonciation du salarié”, Droit social 1990, p.757

<sup>58</sup> CE, 13 mai 1987, SNPMI, Publié aux Tables du Recueil Lebon

L'intention du législateur ne laisse planer aucun doute sur le sens à donner à la notion de dérogation, l'historique dérogation *in melius* consacrée en droit du travail est écartée au profit d'une dérogation dite au “sens moderne du terme”, ou *in pejus*. L'accord d'entreprise peut donc désormais déroger à la branche dans un sens moins favorable.

Autre élément d'importance, cette dérogation au sens moderne du terme – c'est ainsi que nous l'entendrons désormais – devient le principe. L'absence d'interdiction de déroger suffit désormais pour permettre à l'accord d'entreprise de comporter des clauses différentes de celles de l'accord de branche. En matière de dérogation, la branche qui ne dit mot consent.

Concernant les matières pour lesquelles les partenaires sociaux sont autorisés à déroger à la loi<sup>59</sup>, la branche perd son rôle protecteur. Il est désormais possible à tous les accords collectifs, y compris les plus décentralisés, de déroger à la loi. La loi du 4 mai 2004 fait “sauter le verrou de la branche”<sup>60</sup> et “de l'extension dans nombre de cas”<sup>61</sup> et autorise ainsi indirectement l'entreprise à déroger à la loi. Certains domaines restent néanmoins réservés à la branche.

L'article L132-23 du code du travail dispose en son troisième alinéa qu'“en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels”. La branche conserve donc certains domaines réservés ou “sanctuarisés”<sup>62</sup>. Mais à y regarder de plus près, ces domaines (garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code : prévoyance et formation professionnelle) sont ceux qui par leur nature même ne peuvent prendre place qu'au niveau de la branche. Le rôle protecteur de la branche comme établissant une norme minimum n'est maintenu qu'en matière de salaires minima<sup>63</sup> et de classifications, avec toutes les réserves concernant les distinctions entre salaires minima hiérarchiques et salaires minima effectifs (incluant certaines primes)<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Voir supra (I-B-1)

<sup>60</sup> cf. M-A. SOURIAU, “L'articulation des niveaux de la négociation”, Dr. Soc. 2004, p.584

<sup>61</sup> cf. M-A. SOURIAU, “L'articulation des niveaux de la négociation”, Dr. Soc. 2004, p.584

<sup>62</sup> Circulaire DRT n° 09 relative au titre II de la loi 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Fiche 2, page 2

<sup>63</sup> Cette prérogative laissée à la branche s'avère politiquement très commode, le gouvernement comme les employeurs peuvent ainsi sans scrupule botter en touche toutes questions relatives aux revalorisations salariales. A titre d'exemple, suite aux mouvements sociaux du jeudi 10 mars 2005, Jean-Pierre RAFFARIN souhaite voir revalorisés les salaires du privé. Il en appelle alors aux branches (sic.) pour qu'elles renvoient les minima conventionnels.

<sup>64</sup> cf. M-A. SOURIAU, “L'articulation des niveaux de la négociation”, Droit social 2004, p.584

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

La branche peut néanmoins écarter le principe de “dérogabilité”<sup>65</sup> précédemment évoqué à la condition de stipuler expressément son caractère impératif. On retournerait alors à une articulation proche de celle qui préexistait à la loi de 2004. Les mécanismes de la règle de faveur retrouveraient une certaine vigueur. Notons toutefois que les partenaires sociaux devront s’entendre sur les domaines d’impérativité de l’accord de branche pour revenir, ne serait ce que partiellement, à la “branche protectrice” d’avant 2004. Un tel accord ne sera pas aisé avec des employeurs qui, forts de leurs nouvelles libertés, disposent enfin d’outils de flexibilité formidables.

Concernant la capacité dérogatoire de la branche, celle-ci est consacrée par l’article L132-13 qui dispose qu’“une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d’une convention ou d’un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, à la condition que les signataires de cette convention ou de cet accord aient expressément stipulé qu’il ne pourrait y être dérogé en tout ou en partie”. La volonté du législateur de permettre de déroger à l’accord “couvrant un champ territorial ou professionnel plus large” dans un sens moins favorable est ici encore plus explicite qu’en matière d’accord d’entreprise.

Le pouvoir dérogatoire de la branche peut néanmoins être limité. L’accord de niveau supérieur peut prévoir expressément son impérativité, “les parties adaptent alors celles des clauses de leur convention ou accord de branche qui seraient moins favorables aux salariés”<sup>66</sup>.

Concernant l’articulation territoriale des accords collectifs, le même principe dérogatoire que pour le champ professionnel semble devoir être retenu. En effet, les dérogations autorisées par les articles L132-13 al. 1 et L132-23 al. 4 du code du travail concernent “les conventions ou accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large”. L’accord s’appliquant à une zone géographique limitée s’imposerait donc face à l’accord conclu dans un espace géographique plus large. L’accord conclu au niveau local primerait sur l’accord conclu au niveau régional.

Dans la pratique, les dérogations conventionnelles les plus prisées des partenaires sociaux concernent principalement le temps de travail, la médecine du travail ainsi que l’information et la consultation du CE en cas de procédure collective (accords de méthode et dérogation au monopole syndical).

Cette porte ouverte, chaque jour davantage, vers la négociation de concessions bouleverse profondément la manière de négocier. On voit apparaître une nouvelle forme de négociation.

---

<sup>65</sup> Néologisme à opposer au terme de supplétivité. Si le principe de supplétivité veut que la loi soit, par principe, supplétive, le principe de dérogabilité voudrait que l’on puisse, par principe, déroger à la loi, sans que celle-ci ne soit pour autant supplétive. Quand on sait les conséquences légales liées à la supplétivité, cette nuance mérite d’être soulignée.

<sup>66</sup> cf. Article L132-13 al. 2 du code du travail

## **II. Une nouvelle forme de négociation : vers plus de “contractualisme”**

Le sens et le contenu des négociations ont complètement changé. Pendant longtemps, on a négocié essentiellement des droits nouveaux dans le sens du progrès social. Aujourd’hui, le contenu des négociations consiste aussi souvent à remettre en cause l’existant, c’est du donnant-donnant.

Le développement d’accords collectifs de concession modifie profondément les habitudes de négociation. La montée en force du “contractualisme”<sup>67</sup> perturbe les rapports entre partenaires sociaux (A) et fait perdre à l’accord collectif une partie de son identité (B).

### **A. Une nouvelle conception des rapports entre partenaires sociaux**

“La convention collective n’est pas structurée sur le modèle du contrat”<sup>68</sup>. En effet, “la convention d’entreprise, comme toutes les conventions collectives, fait exception à l’article 1165 du code civil. Elle s’impose aux salariés de l’entreprise qui ne l’ont ni négociée, ni acceptée”<sup>69</sup>. Mais la résurgence de concepts civilistes dans l’approche de la convention collec-

---

<sup>67</sup> Nous entendons par “contractualisme” la tendance à appréhender l’ensemble des rapports humains et institutionnels comme des contrats de droit civil. Il ne s’agira donc en aucun cas pas de traiter de la théorie philosophique qui permet d’expliquer de manière rationnelle la formation de la société civile.

<sup>68</sup> cf. Y. CHALARON, “L’application de la disposition la plus favorable”, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz 1989, p.243

<sup>69</sup> cf. F. GAUDU, “L’exécution des conventions d’entreprise”, Droit social 1990, p.606

tive fait désormais la part belle aux notions de contrat synallagmatique et de réciprocité des engagements (1). Toutefois le séduisant contrat synallagmatique, comme toute médaille, a son revers. Désormais certains recours de droit des contrats sont envisageables (2).

### **3. L'exigence de réciprocité**

Si la réciprocité des dispositions conventionnelles n'est pas prévue de manière générale par la loi, elle n'est pas non plus exclue. La loi, en prévoyant que certaines clauses défavorables aux salariés doivent recevoir une contrepartie, accrédite la reconnaissance de tels accords en contrats synallagmatiques.

Le droit communautaire requière l'exigence de compensations et de respect des principes généraux concernant la santé et la sécurité des travailleurs. La directive communautaire 93/104 du 23 novembre 1993 en fait une condition de fond à la validité de clause dérogeant “à la baisse” aux minima légaux.

Une telle réciprocité est parfois prévue par la loi. L'ancien article L212-8 II du code du travail relatif aux modulations du temps de travail dites de type II disposait que ces accords devaient accorder une contrepartie aux salariés consistant en une réduction de la durée de travail ou de toute autre contrepartie notamment financière ou en temps de formation. La nature de la contrepartie est laissée à l'appréciation des négociateurs. De là, apparaissent bien des incertitudes sur la réalité d'une quelconque contrepartie. La loi Giraud du 20 décembre 1993 prévoyait que si les syndicats recouraient au régime d'annualisation des horaires collectifs, selon la possibilité établie par l'ancien article L212-2-1 du code du travail, abrogé par la loi Aubry II, il devait être assorti d'une réduction de la durée légale de 39 heures, ou d'autres contreparties notamment financières, de temps de formation ou d'emploi. La loi quinquennale fixait la même obligation : toute mise en place d'une annualisation du temps de travail devait prévoir une contrepartie en terme de RTT.

Parfois, la contrepartie est prévue par les conventions collectives. L'accord national interprofessionnel du 21 mars 1989 relatif à l'aménagement du temps de travail généralise en son article 5 l'obligation d'une contrepartie à un accord de modulation. Celle-ci doit être suffisante et proportionnée. Le professeur BONNECHERE a regretté que le conseil d'Etat ait jugé dans une décision du 17 mai 1999<sup>70</sup>, à ce propos, qu'une contrepartie financière négociée dans un accord collectif était suffisante pour remplir cette condition<sup>71</sup>.

Devenu synallagmatique, l'accord collectif met des obligations réciproques et interdépendantes à la charge d'une part de l'employeur et d'autre part des salariés. Désormais, la né-

---

<sup>70</sup> CE 17 mai 1999, Publié aux Tables du Recueil Lebon

<sup>71</sup> cf. M. BONNECHERE, “L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité”, Dr. Ouvr. 1988, p.188

gociation est un lieu d'échanges et de compromis. Elle permet la conciliation d'intérêts divergents sinon opposés.

Les accords donnant-donnant laissent apparaître une autre difficulté, celle de l'application du principe de faveur. Dans son arrêt du 19 février 1997<sup>72</sup>, la Cour de cassation écarte la comparaison traditionnelle d'accords en concours, et adopte une méthode de comparaison globale. Elle décide que l'accord le plus récent qui comportait la suppression d'une prime auparavant versée aux salariés est plus favorable au regard de l'intérêt de l'ensemble des salariés parce que la suppression de la prime “avait pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé”. Le terme “en contrepartie” indique que l'engagement patronal a pour cause l'obligation des salariés de renoncer à certains de leurs avantages salariaux. C'est l'existence de ce lien qui fonde cette méthode de comparaison. La méthode de comparaison traditionnelle avantage par avantage aboutirait à rompre l'équilibre de chaque accord collectif. Elle conduirait à une addition d'avantages, ce qui serait contraire à l'intention des parties. C'est pour préserver l'équilibre de l'accord que la Cour de cassation adopte un raisonnement global. Mais cette appréciation globale fait l'objet de vives critiques. M. Fabrice BOCQUILLON considère que “cette méthode présente l'inconvénient de modifier la portée originaire du principe de faveur”. La contrepartie conventionnelle, par exemple l'engagement de l'employeur à maintenir ou à créer des emplois, permet seulement de compenser les inconvénients résultant de l'accord pour les salariés. Mais leur situation ne connaît aucune amélioration. Cette méthode de comparaison consacre une approche minimaliste du principe de faveur.

Pour M. Jean-Emmanuel RAY, “il est possible d'é luder cette délicate question en adoptant une nouvelle conception de l'ordre public social : peu importe l'éventuelle régression visant des éléments essentiels du contrat individuel du salarié puisque la collectivité du personnel peut considérer comme plus favorable le maintien de l'emploi global”.

Pour M. François GAUDU et Mme Raymonde VATINET “L'existence de concessions réciproques est avérée lorsque, en échange d'un renoncement partiel à sa liberté de gestion, l'employeur obtient une amélioration de sa situation juridique par rapport aux normes auparavant applicables, les éléments d'un véritable échange étant réunis”<sup>73</sup>.

Mais s'il suffit d'une contrepartie pour qu'un lien de réciprocité apparaisse, rien ne préjuge de la proportionnalité des différents termes de l'échange.

L'accord du 21 mars 1989<sup>74</sup> pose un principe général, celui des contreparties liées aux contraintes. En effet, les différentes formes d'aménagement du temps de travail doivent être envisagées en fonction de leur utilité économique, sociale et professionnelle. Il prévoit que les

---

<sup>72</sup> Soc. 19 février 1997, Bulletin 1997 V N° 70 p. 48

<sup>73</sup> cf. M. GAUDU et Mme VATINET, “Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux”, Lgdj

<sup>74</sup> cf. G. COIN, “L'accord national interprofessionnel du 21 mars 1989 sur l'aménagement du temps de travail”, Droit social 1989, p.503

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

contreparties accordées doivent être à la hauteur des contraintes, il y a donc une indication explicite du principe de proportionnalité.

Cependant, ce principe n'est en réalité pas contraignant. Ainsi, la loi Aubry II, si elle subordonne l'octroi d'allègements de cotisations sociales à un engagement de l'employeur sur l'emploi, elle n'impose aucun seuil ni aucune proportionnalité des accords collectifs qui vont être conclus sur la RTT. De plus, si les concessions sont celles des travailleurs individuellement, l'engagement sur le maintien de l'emploi est prévu en niveau de la masse salariale et non pour chaque salarié individuellement.

Il est cependant parfois très difficile d'apprécier le caractère plus ou moins favorable de certaines clauses d'accords de concession<sup>75</sup>. Toute modulation du temps de travail n'est pas nécessairement moins favorable aux salariés. Ne vaut-il pas mieux travailler chaque jour le même nombre d'heures que plus longtemps certaines semaines et bénéficier de plus de jours de récupération ? De manière plus générale, le juge se livrera à un bilan coût-avantage pour comparer les sacrifices et les contreparties en jeu.

Si la perte d'un droit ou d'un avantage est souvent irréversible pour les salariés, la mesure de ne pas licencier à laquelle s'engage l'employeur est inscrite dans une période souvent définie. La perte d'un avantage qui s'effectue de manière immédiate et certaine pour le salarié s'oppose à l'incertitude du maintien d'emploi — ou de la prévision d'emploi — du côté de l'employeur. La réalité de l'obligation patronale reste soumise à l'évolution de la situation de l'entreprise. On peut dès lors se demander si les salariés retrouveront leurs droits ou avantages au terme de cette période. Rien n'est moins sûr, car si le dispositif de “clauses de bonne fortune” assure aux salariés la restitution de leurs avantages perdus, elles sont rarement prévues dans les accords ou restent floues et ne prévoient pas à quelles conditions un retour à la situation antérieure serait effectif<sup>76</sup>. En effet, si l'employeur s'engage en matière d'emploi, on sait pertinemment que l'exécution de son engagement dépend évidemment du contexte économique et donc de conditions extérieures à l'entreprise.

Il est traditionnellement reconnu que les clauses allusives incluses dans des préambules ou de simples déclarations d'intention, alors même qu'elles porteraient sur des engagements d'une aussi grande importance que l'emploi, ne constitueraient que de simples vœux ou orientations. Si les professeurs CHALARON et A. LYON-CAEN estiment que ces clauses n'éclipseraient pas une éventuelle responsabilité de l'employeur, il faut rester prudent sur leur efficacité. La rédaction de clauses obscures invite également à douter de l'existence d'une réelle réciprocité au donnant des salariés. Ainsi, l'arrêt Potain rendu le 13 décembre 1995<sup>77</sup> confirme ce doute sur l'engagement de l'employeur en matière d'emploi. Les juges, se tenant à la stricte

---

<sup>75</sup> cf. G. BORENFREUND, “La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires”, *Droit social* 1990, p.626 ; I. VACARIE, “La renonciation du salarié”, *Droit social* 1990, p.757

<sup>76</sup> L'accord Potain avait prévu ce type de clause, mais le retour à la situation antérieure ne couvrait que 50 % des sommes perdues.

<sup>77</sup> Soc. 13 décembre 1995, *Bulletin* 1995 V N° 345 p. 243

rédaction du texte, avaient considéré qu'en l'espèce l'accord ne prévoyait en quelque sorte qu'une obligation de moyen et non de résultat. Depuis les choses se sont encore précisées<sup>78</sup>. L'idée est acquise que les clauses doivent être empreintes de clarté et de précision pour que l'engagement de l'employeur soit reconnu par les juges et puisse constituer une contrepartie au donnant des salariés.

La cause de l'engagement patronal de maintien de l'emploi étant la renonciation des salariés à certains avantages salariaux, la fonction normative de la négociation collective disparaît.

En l'absence de contrepartie, le caractère non synallagmatique de l'accord collectif impose le retour à l'appréciation avantage par avantage. La Cour de cassation refuse de procéder à l'interprétation globale et relève que “la baisse de la prime n'était pas compensée par un autre avantage consenti par l'employeur qui notamment n'avait pris aucun engagement de maintien de l'emploi au sein de l'entreprise”<sup>79</sup>.

Si cette troublante approche civiliste peut séduire, elle présente certaines limites directement liées à l'application de mécanismes civilistes à une norme sociale.

#### **4. Les limites du droit civil appliqué aux relations du travail**

Le caractère synallagmatique de la convention collective rapproche la convention collective du contrat. Se pose alors la question de son exécution, de bonne foi notamment. Lorsqu'un contrat est synallagmatique, l'inexécution par une partie de ses engagements peut conduire à la mise en oeuvre de mécanismes propres au droit civil et inconnus en matière de négociation collective. Ils sont de 3 types : la nullité pour absence de cause (a), l'exception d'inexécution (b) et la résolution pour inexécution (c).

##### ***a) La nullité pour absence de cause***

Lorsque la prévision d'une contrepartie conventionnelle est impérative, l'absence de contrepartie pourra être sanctionnée par la nullité de l'accord. En matière d'accord donnant-donnant, en raison des sacrifices importants des salariés, l'exigence de contrepartie peut être assimilée à l'exigence de cause dans les contrats<sup>80</sup>.

On risque alors de voir justifier tous les accords de concession par l'emploi. Ainsi, la cause d'une renonciation salariale serait dans tous les cas et dans des proportions plus ou moins grandes, l'emploi. Au juge ensuite d'apprécier la réalité de la cause.

---

<sup>78</sup> Soc. 1 avril 1997, Droit social 1997, p.646, obs. J-E. RAY

<sup>79</sup> Soc. 3 novembre 1999, Bulletin 1999 V N° 429 p. 317

<sup>80</sup> cf. F. GAUDU, “L'exécution des conventions d'entreprise”, Droit social 1990, p.606

### ***b) L'exception d'inexécution***

L'exception d'inexécution souffre quant à elle des particularismes des rapports collectifs de travail. De nombreuses contreparties que peuvent consentir les syndicats de salariés ne sont généralement pas susceptibles d'être inexécutées volontairement par les salariés. Si la contrepartie consentie par les syndicats est par exemple la suppression d'une prime, même si l'employeur viole l'engagement qu'il avait pris, les syndicats ne pourront pas se verser cette prime.

L'exception d'inexécution n'est envisageable que dans les hypothèses limitées où le créancier de l'obligation inexécutée est aussi le débiteur des obligations créées en contrepartie. Si la contrepartie d'un accord de modulation est inexécutée par l'employeur, les salariés devraient pouvoir refuser de se plier à la modulation du temps de travail prévue sans que cela ne soit constitutif d'une faute. Dans les faits, une telle résistance des salariés risque de s'avérer difficile à mettre en œuvre.

### ***c) La résolution pour inexécution***

La résolution pour inexécution se fonde sur la cause. Le contractant peut ainsi se délier de son obligation si la contrepartie qui en est la cause n'est pas fournie<sup>81</sup>. Ainsi, le juge pourra prononcer la résolution d'un accord collectif en se fondant sur l'inexécution des engagements de l'employeur dès lors que l'accord présente les caractères d'un contrat synallagmatique<sup>82</sup>. Ce fut par exemple le cas de l'accord “Cartonnerie d'Auvergne” du 20 décembre 1984<sup>83</sup> ou “Carrefour-Anglet” du 3 février 1987<sup>84</sup>. Mais l'inexécution doit être suffisamment grave. Aussi, même lorsque l'accord prévoit une contrepartie, le juge a le pouvoir de refuser la résolution s'il se convainc de la part mineure que la contrepartie tient dans l'équilibre réel du contrat<sup>85</sup>.

Par exemple, en cas de violations graves et répétées par l'employeur de la contrepartie d'un accord collectif de modulation, l'accord collectif dans son ensemble pourrait être résolu. Toutefois, la résolution judiciaire ne peut être demandée que par le créancier. Or, le syndicat signataire de l'accord collectif, n'est pas créancier de la contrepartie syndicale, ce sont les salariés. Cependant, la signature de l'accord collectif par les syndicats peut être assimilée à une stipulation pour autrui. Le stipulant, bien qu'il ne soit pas créancier, peut donc demander la résolution du contrat au même titre que les salariés.

---

<sup>81</sup> cf. article 1134 du code civil

<sup>82</sup> cf. Soc. 1 avril 1997 “Case Poclair”, Droit social 1997, p.646, obs. J-E. RAY

<sup>83</sup> cf. LS C3 113 ; voir aussi l'analyse de M-A. SOURIAU-ROTSCHILD in “Les accords collectifs d'entreprise”, thèse Paris I, 1986

<sup>84</sup> cf. LS C3 145 ; voir aussi l'analyse de F. GAUDU in “L'exécution des conventions d'entreprise”, Droit social 1990, p.606

<sup>85</sup> F. GAUDU, “L'exécution des conventions d'entreprise”, Droit social 1990, p.606

Si la négociation se trouve profondément changée par la pénétration du droit civil, l'accord qui en résulte semble atteint encore davantage. Peu à peu, la notion même de convention collective, par essence protectrice, est remise en cause.

## **B. Vers une remise en cause l'esprit de la convention collective**

Selon M. Emmanuel DOCKES la réciprocité, l'équilibre réalisé entre les améliorations et les aggravations conventionnelles de la situation des salariés, est possible mais elle doit demeurer une exception. Pourtant, la convention collective améliorative, protectrice des salariés (1), est la première à être atteinte par l'exigence de concessions salariales justifiées par une approche économique de la négociation (2).

### **1. La remise en cause de la convention collective améliorative**

La convention collective était historiquement appréhendée comme un contrat. Après 1884, l'activité syndicale est légalisée sous la forme de groupements privés, dans une perspective contractuelle et individualiste qui se confirme en 1919 avec le premier régime légal des conventions collectives de travail. Les accords ne sont alors applicables qu'aux membres du syndicat signataire. La survie de ce dernier dépendant donc de l'attractivité des conventions qu'il a signées, des avantages qu'elles procurent à ses adhérents. Les accords donnant-donnant pourraient donc être considérés comme une sorte de retour aux sources, de régression diront certains.

Depuis, le mécanisme de l'extension, créé en 1936, et la prise en compte de l'intérêt général du secteur légitimé par l'agrément ministériel ont considérablement éloigné la convention collective des modèles civilistes des contrats. Dès lors la convention collective s'émancipe et devient une figure juridique originale et autonome.

La loi affirme le “droit des salariés à la négociation collective”<sup>86</sup>, ce droit est l'une des formes de la “participation” visée par le Préambule de la Constitution<sup>87</sup>. Loin d'engager seulement les parties signataires et leurs adhérents, la convention collective a un véritable effet normatif. Ce qui est présenté comme une négociation du “toujours plus” est en fait la manifes-

---

<sup>86</sup> Article L131-1 du code du travail

Le présent titre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales.

<sup>87</sup> Alinéa 8 du préambule de 1946

Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

## **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

tation de la nature dualiste de la convention collective en tant que norme et source du droit du travail.

Le droit du travail a été forgé dans l’objectif de rétablir une certaine égalité entre les parties au contrat de travail. La protection de la partie faible, le salarié, est indispensable à des rapports d’emploi que l’on souhaite équilibrés. Une situation parfaitement décrite par Paul DURAND quand il écrivait que “tant que les relations de travail se prolongent et que dure la subordination du salarié, la crainte d’une pression de l’employeur conduit à condamner toute renonciation du salarié à ses droits”<sup>88</sup>.

Ainsi, la norme sociale permet de limiter tant les faiblesses du salarié lors de son engagement contractuel que l’usage abusif du pouvoir unilatéral de l’employeur. La convention collective, par son caractère normatif, participe à cet effort de protection. Elle a pour fonction première de prévoir des avantages pour les salariés. Il n’est pas nécessaire qu’elle contienne des clauses contrebalançant au profit de la partie patronale les avantages reconnus aux salariés<sup>89</sup>. En définitive, les accords résultant de la négociation de concession mettent en cause le régime qui gouverne les conventions collectives fondé sur l’archétype de la négociation d’acquisition.

L’accord de branche, en harmonisant les conditions de travail et d’emploi de la branche, a permis de garantir l’égalité de la concurrence entre les entreprises<sup>90</sup>, “une concurrence loyale dans la profession”<sup>91</sup>. La branche constituait un “plancher sur lequel pouvait s’appuyer la négociation d’entreprise”<sup>92</sup>.

On peut désormais craindre que la remise en cause du rôle harmonisateur de la négociation de branche n’entraîne une déréglementation de la branche d’activité, laissant le champ libre aux mécanismes de régulation chers à certains mouvements patronaux influents<sup>93</sup>. Une réarticulation des niveaux de négociation qui ne permettrait plus à la branche d’assurer son

---

<sup>88</sup> cf. Paul DURAND, “Traité de droit du travail”, tome III, 1956, n°205

<sup>89</sup> cf. M. BONNECHERE, “L’ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité”, Dr. Ouvr. 1988, p.188

<sup>90</sup> “La convention collective est propre à régler, à moraliser la concurrence entre employeurs. Cet avantage me paraît aussi heureux qu’incontestable (...). La concurrence ne peut plus se faire au détriment du travailleur” (A. GROUSSIER dans son rapport parlementaire de 1913 sur les conventions collectives ; JO, annexes, n°2334)

<sup>91</sup> cf. J. BARTHELEMY, “Négociation collective d’entreprise : dérogations et concessions”, Droit social 1988, p.554

<sup>92</sup> cf. H. TISSANDIER, “L’articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes”, Droit Social 1997, p.1045

<sup>93</sup> Pour une étude plus approfondie des mécanismes d’autoréglementation, voir A. SUPIOT, “Critique du droit du travail”, PUF 1994 ; A. SUPIOT, “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise”, Droit Social 1989 p. 195

“rôle régulateur de la négociation d’entreprise”<sup>94</sup>, ni de garantir les “règles du jeu” pourtant indispensables à l’exercice d’une concurrence saine, y compris dans une conception libérale.

Le glissement de la négociation de branche vers l’entreprise modifie profondément les rapports de force entre les négociateurs d’un accord collectif. Les rapports entre employeurs et syndicats sont en effet beaucoup moins équilibrés dans l’entreprise qu’au niveau de la branche<sup>95</sup>. “Au niveau de l’entreprise ou de l’établissement, la négociation est le plus souvent inégale entre les partenaires sociaux”<sup>96</sup>. Et si certains feignent de l’ignorer au motif de l’exigence majoritaire, ce déséquilibre existe et ne peut être sous-estimé.

On risque alors de voir apparaître “une négociation en trompe-l’oeil, qui donne seulement une forme conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l’employeur”<sup>97</sup>. On assisterait à une instrumentalisation de la négociation par l’employeur. L’accord d’entreprise devient un moyen de pression de la partie patronale, comme cela peut être le cas en matière d’accord sur l’emploi. “La négociation collective a été inventée il y a un siècle environ, pour renforcer la position des salariés, sinon isolés. Elle se présente désormais comme un moyen pour les directions d’entreprise de gérer le personnel, et de s’affranchir de toute tutelle de l’Etat en imposant aux salariés leurs intérêts, via un interlocuteur syndical”<sup>98</sup>.

La loi du 4 mai 2004 accorde plus d’autonomie aux partenaires sociaux qui disposent désormais d’une grande latitude pour déterminer la portée exacte qu’ils entendent conférer aux accords qu’ils négocient. Les partenaires sociaux se doivent désormais d’être responsables. Les négociateurs devront assumer les conséquences de blocages hypothétiquement préjudiciables à l’entreprise, à la flexibilité, à la rentabilité et donc à l’emploi. Apparaît alors la crainte d’une perte d’autonomie des syndicats nécessairement associés à la prise de décision, et d’un passage d’une négociation sur les conditions de travail à une négociation sur les conditions d’emploi dans l’entreprise. L’idée, répandue, que le développement industriel n’est possible qu’au prix d’une réduction des coûts salariaux fait son chemin et s’impose finalement avec l’aval des syndicats.

Dans un premier temps hostiles à l’idée de négocier dans l’entreprise, les employeurs ont peu à peu pris conscience des avantages de la négociation d’entreprise, formidable outil de gestion. Jusqu’alors, l’initiative de la négociation collective était du fait des salariés. Le droit à

---

<sup>94</sup> cf. P. RODIERE, “La branche professionnelle, l’entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social”, SS. Lamy, n°1148, 15 déc. 2003, spéc. N°21

<sup>95</sup> Voir sur l’égalité des parties : A. SUPIOT, “Les syndicats et la négociation collective”, Droit social 1983 p.63

<sup>96</sup> cf. F. SARAMITO, “Le nouveau visage de la négociation collective”, droit ouvrier, octobre 2004 n°675

<sup>97</sup> cf. A. SUPIOT, “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise”, Droit Social 1989 p.195

<sup>98</sup> cf. G. LYON-CAEN, “L’état des sources du droit du travail”, DS 2001 p.1031

la négociation collective appartient aux seuls salariés, et non aux employeurs<sup>99</sup>. Or, désormais, “ce sont les employeurs et non les salariés qui sont demandeurs de négociation”<sup>100</sup>, porteurs de véritables revendications patronales.

Ainsi se rapprocherait-on de la pensée de Paul DURAND qui estimait que les rapports collectifs de travail avaient pour objet, plutôt que d’assurer la protection du travail dépendant, de permettre l’organisation des groupes sociaux et de fixer les règles aménageant leurs rapports<sup>101</sup>.

Cette évolution de la conception de la convention collective, devenue outil de gestion, est en grande part le fruit d’une approche économique de la négociation collective.

## **2. Vers une approche économique de la négociation collective**

La relation d’emploi s’est construite sur le principe selon lequel les salariés n’ont pas à supporter les aléas économiques auxquels est soumise l’entreprise. Cette “irresponsabilité” des salariés face aux difficultés de l’entreprise est la contrepartie de la subordination consentie du salarié à l’employeur. L’approche purement économique des rapports collectifs méconnaît cette construction du rapport d’emploi et remet en cause très profondément l’équilibre du droit du travail dans son entier. L’organisation interne de l’entreprise et le contrat de travail se sont volontairement construits en dehors des mécanismes du marché car il était jugé primordial, pour garantir une meilleure productivité, de soustraire aux lois du marché la relation d’emploi désormais basée sur une responsabilité conjointe, l’un s’engageant à fournir un travail et un salaire stable, l’autre à se subordonner.

Quand un accord donnant-donnant est signé entre employeur et syndicats, chaque salarié est fortement incité à “adhérer” à l’accord sous peine de perdre son emploi. Il participe ainsi à la gestion partielle de son emploi consentant à des sacrifices pour y parvenir. La négociation devient alors le droit pour le salarié de participer aux pertes. On demande une participation des travailleurs pour la bonne santé de l’entreprise sans mettre en place un réel processus de co-gestion. Mais plutôt qu’aux salariés, ne serait-ce pas aux actionnaires que l’entreprise capitaliste devrait faire appel pour participer au redressement de l’entreprise<sup>102</sup> ?

Sans entrer dans le détail d’une étude des accords collectifs sur l’emploi, les accords donnant-donnant révèlent une fonction nouvelle des conventions collectives : une fonction gestionnaire. On ne négocie plus sur les conditions de travail, mais sur l’emploi et la producti-

---

<sup>99</sup> cf. alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

<sup>100</sup> cf. M-A. SOURIAU et G. BORENFREUND, *in* Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.219

<sup>101</sup> cf. Paul DURAND et A VITU, “Traité de droit du travail – tome III”, Dalloz 1956, p.13 à 15

<sup>102</sup> Ce fut notamment le cas de Disneyland Paris qui le 20 janvier 2005 a lancé une augmentation capital d'un montant total de 253,3 millions d'euros prioritairement à destination de ses actionnaires.

vité. On laisse place à une négociation dans laquelle est négociée la conservation de son poste dans l'entreprise et on “signe” afin de ne pas perdre son emploi. On ne négocie plus pour obtenir quelque chose, mais pour ne pas perdre quelque chose.

La négociation collective assure par conséquent, aujourd'hui, une fonction qui excède sa finalité de réglementation des conditions de travail et d'institution de garanties sociales pour les travailleurs. Le droit du travail deviendrait un droit de l'emploi, l'essentiel étant le maintien ou la création d'emplois et non plus les conditions dans lesquelles l'emploi est exercé. Le professeur Antoine LYON-CAEN a relevé à cet égard, que le maintien ou le développement de l'emploi passe par une érosion de l'emploi, entendu comme le statut associé au travail. La sauvegarde d'un état, ou mieux l'accès à un état, au détriment de la teneur de cet état : telle est selon lui l'une des tensions qu'abrite l'utilisation de la notion d'emploi.

Après plus de vingt ans d'accords donnant-donnant, le constat s'impose. Les accords donnant-donnant, possibles contributions aux politiques pour l'emploi<sup>103</sup>, n'ont pas permis la moindre réduction du chômage. Ils ont au mieux retardé l'échéance douloureuse des licenciements, mais en aucun cas combattu durablement le problème du chômage. Une des raisons invoquées est que si les accords donnant-donnant peuvent être acceptés pour préserver des emplois proches ou immédiats, ils sont beaucoup plus difficiles à mettre en œuvre pour une politique globale de création d'emploi. “Les accords (donnant-donnant) sont l'instrument de solidarités limitées et locales, moins nettement de solidarités plus larges et aussi plus abstraites”<sup>104</sup>. Ils sont même parfois présentés comme contre-productif en terme d'emploi. Certains accords donnant-donnant conduiraient à accroître le processus de suppression d'emplois, les gains de productivité favorisés par les concessions des syndicats sur l'organisation du travail aboutiraient à des réductions d'effectif<sup>105</sup>.

Au delà de la simple tendance à imputer en partie le risque économique sur les salariés, la participation des salariés aux pertes entre dans un mouvement général de “d'externalisation des risques”. Les employeurs en manque d'audace cherchent désormais à minimiser leur champ de responsabilité et s'appuient sur une gestion presque mécanique de l'entreprise, le marché exigeant la réduction des coûts et l'externalisation. Ainsi, les employeurs se déresponsabilisent et s'en remettent aux seules évolutions du marché pour justifier des solutions tout aussi “standardisées” d'externalisation.

Dès lors, l'approche économique de la négociation collective tend vers sa transformation en un simple outil de gestion de l'entreprise, étrange réponse aux difficultés économiques, au point de la dénaturer profondément.

---

<sup>103</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords « donnant-donnant »”, *Droit social* 1985, p.614

<sup>104</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords « donnant-donnant »”, *Droit social* 1985, p.614

<sup>105</sup> cf. R. SOUBIE, “Quelques observations sur les accords « donnant-donnant »”, *Droit social* 1985, p.614



## CONCLUSION

Pour conclure, le droit des salariés à la négociation collective trouve sa source dans l’alinéa 8 du préambule de 1946 : “Tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu’à la gestion des entreprises”, et sa transcription législative à l’article L131-1 qui se réfère au “droit des salariés à la négociation collective de l’ensemble de leurs conditions d’emploi et de travail et de leurs garanties sociales”.

L’alinéa 8 du Préambule se réfère à “tout travailleur” et l’art. L131-1 évoque un “droit des salariés”. Ainsi, le droit à la négociation collective est un droit des salariés, non des employeurs.

Mais la négociation collective, au travers les accords donnant-donnant, porte d’avantage sur des questions de gestion de l’entreprise que de progrès social. On y négocie plutôt la sauvegarde de l’emploi, l’aménagement du temps de travail, la flexibilité et les gains de productivité que l’augmentation des salaires et autres avantages salariaux. En laissant entrevoir la voie d’une certaine flexibilité, les accords donnant-donnant ont intéressé les employeurs à la négociation de telle sorte qu’aujourd’hui, ils sont demandeurs de négociation collective. Et dans la plupart des cas, la dynamique de négociation est patronale<sup>106</sup>.

A tel point que, comme l’observait Jean-Emmanuel RAY, si l’article L132-18 du code du travail dispose que “La présente section détermine les conditions dans lesquelles s’exerce le droit *des salariés* à la négociation dans l’entreprise et dans le groupe”, force est de constater qu’il pourrait être complété par celui de *l’employeur*, devenu demandeur de négociation<sup>107</sup>.

Ainsi peut-on craindre que cette appropriation de la négociation collective par l’employeur ne risque, tant au niveau de la branche que de l’entreprise, d’entraîner un immobilisme

---

<sup>106</sup> cf. F. DUFOUR, “Les clauses de garantie d’emploi dans les accords d’entreprise « donnant-donnant »”, in, *Le salarié, l’entreprise, de juge et l’emploi*, Cahier travail et emploi, La documentation française 2001, p.97

<sup>107</sup> J-E. RAY, “Les accords sur le temps de travail”, *Droit social* 1988, p.99

### **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

défensif. Les salariés préféreront ne pas négocier que renoncer à certains de leurs avantages. On peut alors s'interroger, comme Mme Marie-Armelle SOURIAC et M. Georges BORENFREUND, sur le glissement paradoxal d'un droit des salariés à négocier vers un droit des salariés à ne pas négocier<sup>108</sup>, alors même que l'on cherche à promouvoir le dialogue social.

---

<sup>108</sup> M-A. SOURIAC et G. BORENFREUND, in *Mélanges à Jean-Maurice VERDIER*, p.181

# Bibliographie :

## Articles

- ❖ Jacques BARTHELEMY, “Négociation collective d’entreprise : dérogations et concessions”, *Droit social* 1988, p.554
- ❖ Michèle BONNECHERE, “L’ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité”, *Dr. Ouvr.* 1988, p.188
- ❖ BOCQUILLON, “De l’autorité du principe de faveur”, *RJS*, 1/02, p.9
- ❖ Georges BORENFREUND, “La résistance du salarié à l’accord collectif : l’exemple des accords dérogatoires”, *Droit social* 1990, p.626
- ❖ Yves CHALARON, “L’application de la disposition la plus favorable”, *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p.243
- ❖ G. COIN, “L’accord national interprofessionnel du 21 mars 1989 sur l’aménagement du temps de travail”, *Droit social* 1989, p.503
- ❖ Michel DESPAX, “Les paradoxes de la négociation d’entreprise”, *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p.267
- ❖ Emmanuel DOCKES, “La réciprocité des dispositions dans la convention collective”, *Droit ouvrier*, décembre 1997, p.503
- ❖ Fabienne DUFOUR, “Les clauses de garantie d’emploi dans les accords d’entreprise « donnant-donnant »”, in, *Le salarié, l’entreprise, de juge et l’emploi*, Cahier travail et emploi, La documentation française 2001, p.97
- ❖ François SARAMITO, “Le nouveau visage de la négociation collective”, *droit ouvrier*, octobre 2004 n°675
- ❖ François GAUDU, “L’exécution des conventions d’entreprise”, *Droit social* 1990, p.606
- ❖ Gérard GELINEAU – LARRIVET, “Quelques observations sur le respect des engagements en matière d’emploi”, *Droit social* 1988, p.380
- ❖ J.C. JAVILLIER, “Négociations et accords d’entreprises en matière de rémunération”, *Droit social* 1988 p.78
- ❖ J.C. JAVILLIER, “Le patronat et les transformations du droit du travail”, *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1990, p.193
- ❖ Antoine LYON-CAEN, “L’emploi comme objet de la négociation collective”, *Droit social* 1998, p.316
- ❖ Gérard LYON-CAEN, “L’état des sources du droit du travail”, *Droit social* 2001 p.1031
- ❖ Marie-Laure MORIN, “Le risque de l’emploi”, in *La revue CFDT*, n°30, avril 2000
- ❖ Jean PELISSIER, “Droit des conventions collectives : évolution ou transformation”, *Mélanges à J.M. VERDIER*, Dalloz 2001, p.95
- ❖ Jean-Emmanuel RAY, “Les accords sur le temps de travail”, *Droit social* 1988, p.99
- ❖ Pierre RODIERE, “La branche professionnelle, l’entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social”, *SS. Lamy*, n°1148, 15 déc. 2003, spéc. N°21
- ❖ Raymond SOUBIE, “Quelques observations sur les accords « donnant-donnant »”, *Droit social* 1985, p.614
- ❖ Marie-Armelle SOURIAC, “L’articulation des niveaux de la négociation”, *Droit social* 2004, p.584

### **Le “donnant” des salariés dans les négociations de concession**

- ❖ Marie-Armelle SOURIAC et Georges BORENFREUND, Mélanges à Jean-Maurice VERDIER, p.181
- ❖ Alain SUPIOT, “Les syndicats et la négociation collective”, Droit social 1983, p.63
- ❖ Alain SUPIOT, “Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise”, Droit Social 1989, p.196
- ❖ Hélène TISSANDIER, “L’articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes”, Droit Social 1997, p.1045
- ❖ Isabelle VACARIE, “La renonciation du salarié”, Droit social 1990, p.757

### **III.Ouvrages**

- ❖ P. BERNOUX, “Sociologie des entreprises”, Seuil 1999, p.29
- ❖ Paul DURAND et A VITU, “Traité de droit du travail – tome III”, Dalloz 1956
- ❖ François GAUDU et Raymonde VATINET, “Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux”, Lgdj
- ❖ Alain SUPIOT, “Critique du droit du travail”, PUF 1994