

La troisième loi Auroux et la négociation d'entreprise dérogatoire

Jacques FREYSSINET, chercheur associé à l'Ires

Loin d'être récente, la possibilité de conclure des accords collectifs d'entreprise dérogatoires à des textes de rang supérieur est introduite dès les lois Auroux de 1982, pourtant largement saluées pour leurs avancées en matière de droit du travail. Comment expliquer ce paradoxe ?

L'année 2022 a connu de nombreuses célébrations du 40^e anniversaire des lois Auroux. À cette occasion, divers textes ont mis en évidence les avancées qu'une conjoncture politique exceptionnelle avait rendues possible dans le droit du travail. De telles appréciations font contraste avec les jugements négatifs, ravivés par l'une des « ordonnances Macron », qui ont depuis lors été portés sur l'élargissement des possibilités d'accords collectifs d'entreprise dits « *in pejus* », c'est-à-dire pouvant déroger à des textes de rang supérieur y compris s'ils entraînent une réduction des droits.

Or, ces critiques rappellent souvent, sans plus de commentaires, qu'une telle possibilité trouve son origine dans l'une des lois Auroux ; celle-ci serait ainsi à l'origine d'une régression majeure. Ce paradoxe suscite la perplexité : pourquoi un gouvernement et un Parlement de l'union de la gauche ont-ils introduit une telle possibilité dans un texte qui se donnait pour objectif de promouvoir la négociation collective et de renforcer les droits et les garanties qui y étaient reconnus aux syndicats ?

Il est utile de comprendre quel processus a engendré une innovation jugée aujourd'hui perverse par de nombreux experts des relations professionnelles (point 1). La perplexité est d'autant plus forte qu'à l'époque des juristes éminents, indiscutables défenseurs des droits des salariés et des salariées, n'ont pas mis en évidence les dangers que recelait un tel bouleversement potentiel de l'agencement normatif (point 2). Deux possibilités d'interprétation s'offrent pour rendre compte d'un tel paradoxe (point 3).

La genèse des accords dérogatoires

L'introduction de la possibilité d'accords collectifs d'entreprise dérogatoires se situe au terme d'un processus accidenté et conflictuel dans lequel s'imbriquent les initiatives des pouvoirs publics et les étapes des négociations collectives (Supiot, 1981 ; Jeammaud, 1982 ; Freyssinet, 1997:chapitre VII).

La négociation interprofessionnelle

Le 27 avril 1978, la durée du travail est l'un des quatre thèmes sur lesquels le gouvernement de Raymond Barre invite les partenaires sociaux à ouvrir des négociations en promettant d'adapter, si nécessaire, la législation au vu des accords réalisés¹. Au terme de longues négociations, parfois interrompues, le Conseil national du patronat français (CNPF) présente le 4 juillet 1980 un projet d'accord sur la durée du travail² qui est rejeté par tous les syndicats. Ceux-ci jugent déséquilibrés les termes proposés d'un échange entre réduction et flexibilité du temps de travail qui était au cœur de la négociation. Déjà, le patronat cherche à introduire dans l'accord interprofessionnel une clause ouvrant « la possibilité de conclure au niveau des entreprises et des établissements

¹« Développer les relations contractuelles entre partenaires sociaux. Lettre du Premier ministre aux dirigeants des organisations professionnelles et syndicales pour leur proposer des mesures concrètes de concertation et de négociation (27 avril 1978) », *Liaisons sociales*, 1978, Documents, n° 36/78.

²« Projet d'accord sur la durée du travail », *Liaisons sociales*, Législation sociale, 1980, n° 4917.

des accords dérogeant au droit commun applicable en matière de durée du travail ». Comme le montre Alain Supiot, il ne s'agit plus d'une « négociation dans le cadre légal », mais d'une « négociation du cadre légal » qui devrait être modifiée pour que l'accord s'applique. Dans ce texte, rédigé en mars 1981, l'auteur en souligne les risques : « C'est la notion d'ordre public social qui se trouve indirectement mise en cause par ce type de négociation et, avec elle, une certaine idée du droit du travail » (Supiot, 1981:454).

Aussitôt après les élections présidentielle puis législatives de 1981, le gouvernement de Pierre Mauroy relance la démarche. Dans la perspective d'une réduction de la durée hebdomadaire du travail à 35 heures à l'horizon de 1985, il demande la reprise de la négociation interprofessionnelle dont il dit attendre des progrès décisifs et rapides. Soumises à cette pression, les organisations patronales et syndicales signent majoritairement le 17 juillet 1981 un « protocole sur la durée du travail ³ ». Il est refusé du côté patronal par la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME), qui juge le coût insupportable pour les PME, et du côté syndical par la CGT, principalement parce que cette dernière demande une réduction immédiate de la durée légale à 38 heures (et non à 39 heures comme le prévoit le protocole). Le protocole prescrit l'ouverture, avant le 30 septembre 1981, de négociations de branche dont il détaille le contenu ; il mentionne en particulier : « par élargissement de l'article L. 133-5 du Code du travail, possibilité de conclure des accords dérogeant au droit commun applicable en matière de durée du travail » (point 11) ⁴. C'est donc dans un texte conventionnel et à propos de la durée du travail que figure la demande d'introduction de la possibilité d'accords dérogatoires dans le Code du travail, mais cette possibilité n'est alors envisagée que pour les accords de branche.

L'ordonnance du 16 janvier 1982⁵

L'enlisement des négociations de branche conduit le gouvernement non plus, comme il l'avait prévu, à s'appuyer sur le contenu des accords pour modifier la réglementation, mais à modifier la réglementation pour rendre nécessaire la généralisation des accords de branche dans un cadre légal désormais modifié⁶. L'ordonnance du 16 janvier 1982 respecte les orientations du protocole de juillet 1981 (échange de contreparties entre réduction et flexibilisation du temps de travail), mais elle tranche sur des domaines que celui-ci avait réservé à la négociation de branche. Sans examiner ici ses dispositions de fond (Jeammaud, 1982), nous retenons celles qui concernent les procédures de flexibilisation du temps de travail. Elles sont de deux types :

- si de vastes marges de liberté sont ouvertes aux accords de branche sur l'aménagement du temps de travail, elles requièrent un arrêté d'extension de l'accord, donc un contrôle de l'État⁷. C'est l'application d'un mécanisme classique en ce domaine ;
- en revanche, lorsqu'un accord d'entreprise ou d'établissement est possible ou nécessaire et qu'il a un caractère dérogatoire relativement à la loi ou à l'accord de branche, une procédure nouvelle d'opposition est créée. L'accord peut être invalidé par l'opposition d'un ou de plusieurs syndicats non signataires s'ils ont obtenu plus de la moitié des voix des électeurs inscrits lors des dernières élections aux instances de représentation du personnel dans l'entreprise.

C'est cette nouvelle règle qui reçoit une validation générale dans la troisième loi Auroux.

³Le protocole est reproduit en annexe I de Jeammaud (1982).

⁴L'article L. 133-5 prévoyait déjà de telles dérogations, mais seulement à l'égard des dispositions réglementaires relatives à la répartition de l'horaire hebdomadaire.

⁵Ordonnance relative à la durée du travail et aux congés payés (reproduite en annexe III de Jeammaud, 1982). L'ordonnance ne concerne que les activités couvertes par le Code du travail. D'autres textes sont adoptés pour la fonction publique et l'agriculture

⁶Il peut néanmoins tenir compte des accords déjà conclus. Lors de la réunion de bilan, le 21 décembre 1981, 18 accords ont été signés couvrant 2 millions de salariés sur les 13 millions de la sphère de compétence du CNPF.

⁷L'arrêté d'extension pris par le ministère du Travail rend l'accord obligatoire à toutes les entreprises de la branche et non aux seules entreprises membres des organisations patronales signataires.

La loi Auroux sur la négociation collective

La loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail⁸ est la troisième des quatre lois portant le nom du ministre du Travail de l'époque⁹.

En premier lieu, la loi confirme les principes généraux de la hiérarchie des normes :

- Art. L. 132-4 – La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ;
- Art. L. 132-13 – 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 ;
- Art. L. 132-23 – La convention ou les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés ;
- Art. L. 135-2 – 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.

En second lieu, la loi étend la procédure d'opposition qui n'avait été créée par l'ordonnance du 16 janvier 1982 que pour les accords d'entreprise ou d'établissement relatifs à la durée du travail. La première catégorie concerne des clauses salariales qui s'écartent des dispositions d'accords de branche ou interprofessionnels. La seconde catégorie a une portée générale : elle réunit toutes les clauses qui dérogent à des dispositions législatives ou réglementaires lorsque lesdites dispositions l'autorisent :

- Art. L. 132-24 – Les clauses salariales des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise, à condition que l'augmentation de la masse salariale totale soit au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par les conventions ou accords précités pour les salariés concernés et que les salaires minima hiérarchiques soient respectés ;
- Art. L. 132-26 – Dans un délai de huit jours à compter de la signature d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou d'un avenant ou d'une annexe, comportant des clauses qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L. 132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel, la ou les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'un des textes en question peuvent s'opposer à son entrée en vigueur, à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. (...) Les textes frappés d'opposition sont réputés non écrits.

Il est donc juste d'affirmer que la loi du 13 novembre 1982 introduit, sous réserve de la procédure d'opposition, une possibilité générale de dérogation aux textes législatifs et réglementaires dès lors que ceux-ci l'autorisent. À l'époque, la faille ainsi introduite au sein du principe de hiérarchie des normes, clé de voûte des normes collectives de régulation des rapports de travail, ne semble pas susciter une inquiétude marquée chez les juristes du travail.

⁸ *Journal officiel*, 14 novembre 1982, p. 3414-3421.

⁹ Les autres lois portent sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise, sur les institutions représentatives du personnel et sur les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Une innovation non critiquée

Les trois premières lois Auroux sont adoptées au cours de l'année 1982 dans la période initiale du gouvernement d'union de la gauche alors que sont mis en œuvre les engagements contenus dans les 101 propositions du candidat François Mitterrand. Nous ne sommes donc pas encore dans la phase de recherche d'accommodements avec les organisations patronales. Ces dernières sont fortement critiques du contenu des lois Auroux qui, en revanche, bénéficient d'appréciations globalement positives des organisations syndicales, même si elles peuvent exprimer des réserves ou des déceptions sur certaines de leurs dispositions. Le contexte peut contribuer à expliquer l'absence de réactions négatives de la part de juristes qui, par ailleurs, ont toujours pris position en faveur du développement des droits et des protections que devrait assurer le Code du travail. Nous nous limitons ici à deux exemples tirés des appréciations portées par d'éminents spécialistes.

Les dérogations dans l'ordonnance du 16 janvier 1982

Commentant le « nouveau régime du temps de travail », Antoine Jeammaud estime que « cette ordonnance aura ouvert une imposante série de réformes du droit du travail appelées à marquer leur époque au moins autant que celles du Front populaire ou de la Libération » (Jeammaud, 1982, p.305). Il analyse en détail les multiples marges nouvelles de liberté offertes à la négociation collective avec la différence établie entre les conventions collectives ou accords de branche qui requièrent un arrêté d'extension et les accords d'entreprise et d'établissement qui, s'ils ont dérogatoires, relèvent de la nouvelle procédure du droit d'opposition. Il n'en ressort pas une appréciation négative de sa part : « La nouvelle législation ménage donc un large domaine à une négociation collective spécifique. Au lieu d'être abandonnées à la discrétion des directions d'entreprise ou d'être subordonnées au contraire à autorisation administrative systématique, nombre de formes d'aménagement du temps de travail passent par l'accord préalable des partenaires sociaux » (*ibid.*, p. 322-323). L'auteur poursuit en examinant le mécanisme de l'opposition dont « on peut penser que la réticence de certains syndicats à la libéralisation immodérée de l'aménagement conventionnel » l'a inspiré de façon que de telles dispositions « ne peuvent dès lors entrer en vigueur qu'à la condition de ne pas susciter l'hostilité résolue d'organisations non signataires mais particulièrement représentatives » (*ibid.*, p. 323). Ainsi, « la subordination à négociation collective des diverses formes d'assouplissement du régime légal de durée du travail n'en apparaît que plus justifiée » (*ibid.*, p. 324). Et il conclut : « Si l'on veut bien tenir compte des innombrables accords d'entreprise conclus ou au moins recherchés, dans le secteur privé comme dans le secteur public et nationalisé, il est indéniable que le processus et l'aboutissement de la réforme du régime du temps de travail ont provoqué une vague de négociations concomitantes dont l'histoire sociale française offre bien peu d'exemples. N'y aurait-il pas là, déjà, un résultat estimable et l'amorce d'une évolution durable des relations professionnelles à porter au crédit de cette réforme ? » (*ibid.*, p. 328).

Ainsi, le développement de la négociation collective d'entreprise est perçu comme un phénomène positif tandis que le droit d'opposition constitue une garantie suffisante pour éviter son dévoiement par des syndicats minoritaires.

Les dérogations dans la loi du 13 novembre 1982

Analysant l'ensemble des lois Auroux, Alain Supiot montre que « la négociation collective et l'émergence d'un véritable droit conventionnel du travail sont ainsi au principe des réformes » (Supiot, 1983:63). La troisième loi généralise la possibilité, ouverte par l'ordonnance sur la durée du travail, de déroger par accord d'entreprise ou d'établissement aux normes législatives et réglementaires si celles-ci l'autorisent. La mise en cause de la hiérarchie des sources du droit requiert des garanties : « Le droit de veto (...) constitue une innovation ingénieuse.

Il place le problème là où il doit l'être (...) au stade de l'application des accords » (*ibid.*, p. 68)¹⁰. Sous le titre « L'équilibre des négociations », l'auteur souligne que « l'obligation de négocier (...) ne peut constituer une obligation de conclure. Elle doit donc être complétée par une incitation législative à conclure qui permette de pallier les aléas de l'évolution des rapports de force » (*ibid.*, p. 71). Dans ce but, « deux méthodes originales sont utilisées » : la négociation expérimentale et les accords dérogatoires. S'agissant de ces derniers son appréciation est positive : « Ce type d'accord modifie les données traditionnelles de la négociation collective. Les syndicats y disposent, en effet, d'atouts nouveaux, puisqu'il dépend de leur signature que soient satisfaites ou non les revendications patronales d'assouplissements. Ceci ouvre une marge de négociation nouvelle aux syndicats qui peuvent, non seulement discuter l'étendue de ces assouplissements, mais encore exiger des contreparties favorables aux salariés. Or cet atout syndical peut être joué en l'absence d'un rapport de force qui leur soit favorable » (*ibid.*, p. 71).

Deux interprétations

Le paradoxe de l'introduction non contestée dans le contexte politique de 1981-1982 d'un mécanisme dérogatoire aujourd'hui souvent considéré comme un facteur majeur de régression du droit du travail peut être l'objet de deux interprétations : soit, c'est une concession aux demandes patronales dont les conséquences ne sont pas mesurées ; soit, c'est une composante, mineure mais nécessaire, d'un projet global sur la citoyenneté dans l'entreprise.

Une concession aux conséquences sous-estimées

La première interprétation fait de la possibilité dérogatoire introduite dans la loi Auroux une simple validation en termes généraux de l'échange de contreparties intervenu autour de la réduction et de la flexibilisation de la durée du travail. Comme nous l'avons montré (*supra*, point 1), l'élargissement des possibilités de dérogation à l'aménagement du temps de travail constitue une demande du patronat incluse dans le projet d'accord du 4 juillet 1980. Les syndicats sont unanimes à rejeter un échange de contreparties qu'ils jugent déséquilibré. En revanche, ils acceptent ce mécanisme dérogatoire dans le protocole du 17 juillet 1981 parce qu'ils jugent les contreparties suffisantes¹¹. Sur cette base, l'ordonnance du 16 janvier 1982 valide les termes du compromis tout en introduisant, pour en écarter les risques, le mécanisme de l'opposition majoritaire.

La loi Auroux, qui couvre tout le champ de la négociation collective, généralise une procédure qui n'a pas fait l'objet de contestations majeures lorsqu'elle a été introduite pour l'aménagement du temps de travail. Rassurés par la création du droit d'opposition, les juristes du travail n'auraient pas mesuré l'impact potentiel de l'extension future d'une logique de contournement des principes de l'ordre public social et de la hiérarchie des normes. Un tel enchaînement chronologique est mis en question si l'on prend en compte le contenu du rapport Auroux qui est antérieur à l'ouverture des négociations de branche sur le temps de travail.

Une composante d'un projet de citoyenneté dans l'entreprise

Remis en septembre 1981 au président de la République et au Premier ministre, le rapport de Jean Auroux, ministre du Travail, sur « les droits des travailleurs » définit des bases juridiques pour une perspective globale de transformation des rapports individuels et collectifs de travail et d'emploi (Auroux, 1981). Le rapport est centré sur le développement des capacités d'intervention des travailleurs dans l'entreprise comme le montrent les titres de ses deux parties : « Les travailleurs doivent être citoyens à part entière dans l'entreprise » et « Les travailleurs doivent devenir acteurs du changement dans l'entreprise ».

¹⁰Commentant le même dispositif, Gilles Bélier ne met pas en cause le principe d'accords d'entreprise dérogatoires dans la mesure où le droit d'opposition assure une forme de contrôle des salariés par le biais d'une éventuelle sanction électorale : « La souplesse importante accordée par le texte justifie pleinement par ailleurs l'existence d'un seuil de légitimité pour la validité des accords conclus » (Bélier, 1983:78).

¹¹Rappelons que si la CGT ne signe pas, ce n'est pas ce point qu'elle invoque pour expliquer son refus.

- La politique de décentralisation amorcée sur le plan politique au profit des collectivités locales s'accompagne d'une décentralisation de la régulation dans le champ social : « L'entreprise constitue pour les salariés un centre de décision essentiel (...). Une modification profonde des rapports sociaux entre employeurs et salariés et une meilleure prise en compte des réalités économiques et sociales, ne sont donc possibles que si toutes ces questions jusqu'ici résolues de façon unilatérale, sont désormais systématiquement ouvertes à la négociation au niveau de l'entreprise. Mais l'objectif qui est poursuivi doit être clair : il ne s'agit pas tant d'obliger l'employeur individuel à aller au-delà de l'accord de branche, que de l'amener par la voie de la négociation à adapter à son entreprise les solutions retenues au niveau professionnel » (Auroux, 1981:50)¹².
- La promotion de la démocratie ou de la citoyenneté dans l'entreprise s'organise autour de trois axes : le droit d'expression individuel sur les conditions de travail, le renforcement des institutions représentatives élues et le développement de la négociation collective. Un objectif majeur des réformes est de « confier à la négociation et au contrat l'organisation des relations du travail » ; « nous préférons un droit qui encadre à un droit qui régleme » (Auroux, 1983:2).
- L'élargissement du pouvoir normatif des négociateurs syndicaux dans l'entreprise renforce leur capacité de s'engager dans des négociations de contreparties : « il faut notamment que l'accord d'entreprise puisse adapter soit le contenu de l'accord de branche soit même le contenu de la réglementation lorsque la loi le permet (Auroux, 1981, p. 52).
- Si la négociation collective doit relever de la seule responsabilité des syndicats, la signature d'accords par des organisations juridiquement représentatives mais minoritaires met en cause la légitimité et l'effectivité de tels accords : « Aussi des critères de représentativité d'un certain pourcentage de salariés par les organisations signataires devraient être fixés pour que l'accord soit valable » (*ibid.*, p. 29). Le rapport envisage donc d'établir des conditions sur la représentativité des syndicats signataires et non sur celle des opposants, alors que la deuxième solution retenue par l'ordonnance et par la loi.

Ainsi, l'accord d'entreprise « dérogeant à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent » et doté d'un droit d'opposition majoritaire, pouvait apparaître au départ comme un élément d'une stratégie globale visant élargir les marges de liberté d'une négociation située au plus proche des collectifs de travail concrets et dont le droit d'opposition garantissait la légitimité. Quarante années d'expérience ont conduit à mettre en question la pertinence du pari initial, mais sa cohérence ne peut être ignorée.

¹²Cette analyse est alors largement partagée par les spécialistes des relations professionnelles, par exemple, pour Raymond Soubie : « Les négociateurs syndicaux et patronaux connaissent mieux que les politiques ou les administrateurs la réalité de la vie des entreprises et les aspirations réelles des salariés » (Soubie, 1982:281).

Références bibliographiques

- Auroux J. (1981), *Les droits des travailleurs*, Rapport au président de la République et au Premier ministre, septembre, <https://bit.ly/41vwS6X>.
- Auroux J. (1983), « Un nouveau droit du travail ? », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 1-4.
- Bélier G. (1983), « Le double niveau de négociation dans les lois Auroux : un atout pour la politique contractuelle », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 74-79.
- Freyssinet J. (1997), *Le temps de travail en miettes : vingt ans de politique de l'emploi et de négociation collective*, Paris, Éditions de l'Atelier.
- Jeammaud A. (1982), « Le nouveau régime du temps de travail », *Droit social*, n° 4, avril, p. 305-324.
- Soubie R. (1982), « La négociation collective : chances et risques de la réforme en cours », *Droit social*, n° 4, avril, p. 280-283.
- Supiot A. (1981), « La réduction conventionnelle de la durée du travail », *Droit social*, n° 6, juin, p. 448-454.
- Supiot A. (1983), « Les syndicats et la négociation collective », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 63-73.