

A propos de la loi du 20 août 2008
Observations sur son contenu et la manière dont elle a été mise en œuvre

Jacques Barthélémy
Avocat conseil en droit social
Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier
Fondateur en 1965 du Cabinet Barthelemy

La présente note fait suite à une demande de Jean-Denis Combrexelle, Directeur Général du Travail en charge du rapport à 5 ans sur l'application de cette loi. Les développements ci-après sont organisés autour de trois thèmes : la justification de l'abandon de la représentativité de droit au profit d'un niveau d'audience (I) ; le manque, à tout le moins l'insuffisance, d'effets dans le dialogue social (II) ; les avancées complémentaires souhaitables (III).

I – La justification du nouveau dispositif

1/ Il faut rechercher dans les lois Auroux – et peut être bien avant dans la nouvelle société de Chaban-Delmas – les raisons du changement des règles concernant la représentativité. La volonté de construire un droit social plus contractuel et donc moins réglementaire vise à une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur mais aussi à une plus grande responsabilité des organisations syndicales dans l'amélioration des conditions de travail. Elle s'est traduite d'abord par l'organisation du droit de négociation collective et des rapports entre accords des 3 niveaux, interprofession, branche, entreprise (loi du 13 juillet 1971), puis par la dérogation par convention collective à la loi sous certaines conditions (ordonnance du 16 janvier 1982 et loi du 13 novembre 1982). Les domaines où la dérogation est possible et, à l'intérieur de chacun, le degré d'autonomie de l'accord par rapport à la loi n'ont cessé de s'agrandir ; encore a été possible la « dérogation » (le terme est sans doute impropre) à l'accord de

niveau supérieur par celui de niveau inférieur (loi du 4 mai 2004) ; enfin a été organisée la remise en cause de la hiérarchie des normes (loi du 20 août 2008).

Le fait que la relativisation du principe de faveur affectant l'ordre public social ou relatif et le rétrécissement de l'ordre public absolu qui en résulte se soient surtout manifestés dans le domaine de la durée de travail ne doit pas conduire à minimiser l'importance de cette évolution. En effet, d'une part d'autres domaines sont touchés, telles les attributions du comité d'entreprise, d'autre part et surtout le droit de la durée du travail concerne une part significative du droit du travail car affectant aussi bien l'organisation du travail que la santé ou la vie personnelle des salariés. Cette évolution est par ailleurs emblématique en ce que chaque texte législatif concerné a été précédé d'un projet, plus ou moins structuré au plan juridique certes (ANI, déclaration commune, position commune...), des partenaires sociaux.

2/ Tant que l'objet de la négociation collective n'est que de créer des avantages nouveaux ou plus favorables que les droits d'essence légale, la représentativité de droit suffit. À partir du moment où l'accord collectif peut déroger à la loi et (ou) à l'accord de niveau supérieur, il est indispensable que celui-ci recueille l'accord, direct ou indirect, explicite ou implicite de la majorité des personnels concernés. Même si le contrat de travail est, en droit français, autonome par rapport à l'accord collectif, l'évolution du tissu conventionnel affecte les conditions de travail, de rémunération, d'emploi, de formation ainsi que les garanties sociales des travailleurs qui en sont l'objet. On notera au demeurant que le conflit de sources entre accord collectif et contrat de travail (L2254.1) est le seul à continuer à prospérer entièrement sous l'autorité de la règle de l'avantage le plus favorable ; en outre, la Cour de Cassation, tranchant avec une jurisprudence plus ancienne, a introduit récemment une possible résistance du salarié y compris sur le terrain des conditions de travail à l'évolution du « statut » au nom des bouleversements dans la vie du travailleur ; or, cette jurisprudence – ce n'est pas un hasard – affecte la

durée du travail (cf. les arrêts sur la modulation), domaine pourtant par excellence de la dérogation.

Une autre raison justifie l'exigence de « légitimité » (le terme est impropre mais significatif) des organisations. La dérogation à un texte précis crée un désavantage indirect au salarié. Si les organisations syndicales signent un accord dérogatoire, c'est donc parce que celui-ci est globalement plus favorable sur l'ensemble de ses clauses. Autant dire que, au minimum, la clause dérogatoire et ses contreparties constituent un ensemble indivisible mais aussi que l'avantage est prioritairement au bénéfice de la collectivité de travail. Le Professeur Chalaron, dans sa monographie sur les accords d'entreprise chez Litec, a judicieusement soutenu l'idée que l'accord dérogatoire contribue à conférer de la consistance juridique à la collectivité de travail. Ceci d'autant que les contreparties à la clause dérogatoire – qui réduit un avantage individuel – peuvent être des avantages collectifs, au profit de la collectivité donc ; ainsi un accord dit ARTT, au sein duquel on échange une répartition différente des horaires fait abandonner la majoration des heures supplémentaires calculée à la semaine en contrepartie d'un volume de création d'emplois qui par définition ne profite pas aux salariés en.

3/ L'abandon de la représentativité de droit au profit de la « légitimité » à l'égard de la collectivité concernée ne peut donc qu'être approuvé. Ceci étant, les modalités de la concrétisation de ce qu'on pourrait appeler représentativité effective s'expose à critiques. Dans un premier temps, est créé le droit d'opposition applicable aux seuls accords dérogatoires. Cette solution n'est pas satisfaisante car elle consiste à mesurer négativement l'audience des signataires de l'accord, par l'action des non signataires ; mais aussi parce qu'elle repose sur une identité de poids de chaque organisation représentative de droit. On notera que le droit d'opposition subsiste après la loi du 20 aout 2008 du fait que l'audience minimale pour valablement conclure est fixé à un seuil

de 30 % ; dès lors les non signataires totalisant au moins 50 % peuvent s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord.

La loi du 20 août 2008, inspirée en cela de la position commune du 9 avril 2008, remplace cette mesure négative par une mesure positive ; elle conditionne d'abord la capacité des parties à négocier, ensuite la validité de l'accord. Ceci ne peut qu'être approuvé. Par contre, est critiquable la méthode qui fait reposer l'audience d'un syndicat sur le résultat d'un scrutin qui a un tout autre objet, en l'occurrence l'élection de personnes physiques comme membres du comité d'entreprise. C'est comme si (mais François Bayrou l'a proposé) on introduisait dans la loi une audience minimum d'un parti lors des élections des députés pour qu'un dirigeant politique puisse se présenter à l'élection présidentielle.

La raison de cette mesure indirecte se trouve dans le nombre très faible de syndiqués. Mieux vaudrait s'attaquer à ce mal, d'autant que vouloir construire un droit du travail fondé sur une place plus importante du tissu conventionnel exige un taux de syndicalisation élevé. Il faudrait donc rapidement s'intéresser aux moyens favorisant cette évolution. Raymond barre, partisan d'une société de contrats, s'est, le premier, attaché à ce problème en permettant la déduction de la cotisation syndicale de l'assiette de l'impôt sur le revenu, solution aujourd'hui complétée, parce que la moitié des salariés n'en paient pas, d'un impôt négatif. Il faudrait aussi s'intéresser aux activités de services que pourraient assumer les syndicats sans pour autant altérer le jeu de la concurrence ; il n'est pas douteux que là se trouve pour partie la raison de taux flatteurs de syndicalisation dans les Etats d'Europe du Nord. D'autres voies sont possibles, tel le chèque syndical.

N'est pas pertinente l'idée que ce qui est déterminant c'est le nombre des votants aux élections professionnelles, donc des sympathisants. La comparaison avec les élections civiles, avancée à cet effet, n'est pas recevable car il ne s'agit pas d'élire une personne à

des responsabilités mais de concrétiser la volonté de conclure un contrat. De ce fait, seul le chiffre de 50 % des effectifs (et pas des votants) a du sens, celui retenu au demeurant pour le référendum s'agissant des garanties collectives de prévoyance.

La question de la représentativité est indissociable de celle de la négociation. Dès lors une distinction est à faire suivant qu'on parle de la représentativité au niveau de la branche ou de l'entreprise. Au niveau de la branche, une audience de 8 % suffit pour pouvoir participer aux négociations mais l'accord n'est déclaré valablement conclu que si l'audience cumulée des signataires atteint 30 %. Dans la mesure où on apprécie ce second seuil en ne tenant compte que de l'audience des seuls syndicats admis (du fait du 1^{er} seuil) à négocier, le taux de 30 % est trompeur et on s'éloigne encore plus de celui de 50 % des effectifs, le seul significatif.

Au niveau de l'entreprise, la composition des délégations de chaque organisation est fixée par la loi. Le délégué syndical ou, quand il y en a plusieurs pour une même organisation, deux au moins font partie impérativement de la délégation. L'audience minimale de chaque syndicat capable de participer aux négociations est renforcée du fait que, pour pouvoir être désigné, le délégué syndical, pris parmi les élus, doit avoir obtenu un score de 10 % à l'élection. Sous conditions d'agrément de l'accord par la commission paritaire de la branche exerçant un contrôle seulement de légalité, le pouvoir de négociation peut, pour certains types d'accord, être transféré sur le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ; cette faculté contribue aussi à l'émergence d'une audience minimale à l'égard de la collectivité de travail.

II - Représentativité et qualité du dialogue social

Le principal intérêt de la définition de la représentativité à partir du critère d'audience c'est sa liaison avec l'autonomie de l'accord collectif à l'égard tant de la loi que des tissus conventionnels d'amont. Cette autonomie est un moyen de mieux concilier efficacité économique et protection des travailleurs dont dépend l'emploi d'un côté ; c'est aussi le moyen de conférer une réelle consistance juridique à la collectivité du personnel ; de ce fait, en identifiant plus précisément ses intérêts, est donné du sens à l'intérêt de l'entreprise qui ne se limite pas à celui des détenteurs du capital.

On pourrait raisonnablement en attendre une politique contractuelle plus intense et surtout de meilleure qualité, au niveau tant de la branche que l'entreprise (1). Étant donné que les comportements des acteurs de la négociation n'ont que peu évolué malgré l'abandon de la représentativité de droit, c'est surtout de formalisme que cette évolution nourrit le dialogue social (2).

1/ L'accord au moins indirect et implicite de la majorité des travailleurs concernés qui peut être tiré des nouvelles règles de représentativité permet en théorie plus aisément l'adaptation, grâce notamment à la technique de dérogation, des normes au contexte particulier et (ou) à un projet. C'est parce qu'on a défini la représentativité à partir de l'audience à l'égard de la collectivité qu'a pu être imaginé, dans l'ANI du 11 janvier 2013, un autre droit du travail d'essence conventionnelle fondé sur la création de nouvelles protections, notamment en matière de garanties sociales, en contrepartie d'assouplissements des contraintes touchant la rupture, la suspension ou la révision des contrats de travail. C'est du reste parce que CGT et CGT FO restent attachés à une conception classique de la fonction protectrice du droit du travail (un volume du code plus important que ce qu'induit le concept d'ordre public, tant classique qu'économique ainsi que le respect scrupuleux du principe de faveur) qu'ils n'ont pas signé un texte empreint de ce qu'on a coutume d'appeler flexicurité.

Il y a une contradiction flagrante s'agissant de la qualité du dialogue, entre l'analyse d'économistes, qui la jugent très médiocre et le satisfecit des Français, notamment de l'Administration. Cette contradiction n'est qu'apparente car les deux visions ne s'appuient pas sur les mêmes éléments. C'est habituellement sur le nombre des syndiqués qu'on s'appuie alors qu'en France on se détermine sur le résultat des élections professionnelles. De surcroît, la technique d'extension en vigueur en France a pour effet que le nombre de salariés couverts par une convention collective est très élevé, alors même que le nombre de syndiqués est très faible ; or les économistes mesurent le dynamisme en matière de dialogue sociale par le nombre de salariés couverts par une convention collective, ce qui est contradictoire.

En raison de sa boulimie, le code du travail porte en lui-même les germes de son ineffectivité en raison de son inintelligibilité, au mépris d'une exigence constitutionnelle. De ce fait la place de la négociation collective est marginale dans la fonction protectrice de ce droit dans la mesure où le volume des dispositions légales impératives est supérieur à ce qui résulterait normalement de la déclinaison de l'ordre public tant classique qu'économique, et du fait du principe de faveur. L'action des partenaires sociaux vise surtout à améliorer des droits légaux par des avantages plus favorables, non à créer des droits nouveaux.

L'autonomie plus grande de l'accord collectif à l'égard tant de la réglementation que des tissus conventionnels d'amont devrait susciter une plus grande créativité de la part des partenaires sociaux. Les modifications profondes des modes d'organisation du travail résultant des effets des progrès des techniques de l'information et de la communication les invitent à explorer des domaines nouveaux ; l'accord direct ou indirect, implicite ou explicite de la collectivité du personnel résultant des règles nouvelles de représentativité ne peut qu'inciter les partenaires sociaux à l'audace, à l'inventivité.

Ceci doit se concrétiser de deux manières :

D'abord par des rôles différents pour la convention collective de branche et l'accord d'entreprise. De même que l'ANI acquiert de plus en plus la qualification de quasi règlement, spécialement du fait de l'article L1 du code du travail, de même l'accord d'entreprise doit acquérir, par l'ingénierie juridique déployée notamment, une nature contractuelle pure. Y invite depuis la loi Auroux du 13 novembre 1982 la différence de finalités en matière de salaire : la convention de branche s'intéresse aux salaires minima avec de ce fait une finalité sociale tandis que celle d'entreprise est relative aux salaires effectifs avec une vocation également économique. Invite aussi à concrétiser une nature contractuelle pure de l'accord d'entreprise le fait que la collectivité de travail est aisément identifiable et qu'elle dispose, en le comité d'entreprise – doté, c'est important, de la personnalité morale - des moyens d'expression de ses intérêts (qui doivent être distingués de la somme des intérêts individuels de ses membres).

La convention collective de branche doit conserver seule la nature duale, donc notamment de loi professionnelle ; cela devrait inciter à lui faire jouer un rôle différent, celui de donner une identité juridique propre à la branche eu égard à la spécificité de ses activités et des finalités économiques et sociales poursuivies par les acteurs sociaux.

Cela ne peut que conduire à définir ce qui pourrait être appelé l'ordre public professionnel, inspiré de cette identité (en particulier ici des classifications) et d'éventuels objectifs de solidarité internes à la profession. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, après avoir posé la possible dérogation par accord d'entreprise au tissu conventionnel de branche (L 2252.1 et L 2253.1 du code du travail), la loi du 4 mai 2004 l'a interdite pour les salaires minima (on est sur un terrain similaire au SMICI) et les classifications (qui contribuent à cette identité) d'un côté, les règles de mutualisation des contributions alimentant les prestations de formation et de prévoyance (qui concrétisent un objectif de solidarité) de l'autre côté (L2253.3).

Pour le reste l'autonomie de l'accord d'entreprise doit devenir la règle et elle doit être déployée dans la perspective d'en faire un outil de gestion. La conjugaison du rôle du

comité d'entreprise, personne morale conférant indirectement de la consistance juridique à la collectivité du personnel - et qui doit de ce fait être consulté avant la signature d'un accord - et du rôle des organisations dans l'exercice du pouvoir de négociation - dont la capacité à valablement conclure est liée à une audience minimale auprès de la même collectivité - ne peut que renforcer l'approche outil de gestion de l'accord d'entreprise ; il doit définir, au vu d'un projet économique, arrêté après consultation du comité, les moyens concrets, touchant aux salaires effectifs, à la durée effective du travail et plus largement aux conditions effectives de travail, de concrétiser le projet. On ne peut donc penser alors qu'au renversement de la hiérarchie des normes organisé par la même loi du 20 août 2008, en matière de durée du travail.

Ensuite, par la fixation, dans les conventions de branche, des règles de conduite de la négociation dans l'entreprise dans la perspective d'assurer équilibre des pouvoirs, comportement loyal des négociateurs et exécution de bonne foi des textes signés ; des moyens de transférer le pouvoir de négociation sur une institution élue ; ainsi que des limites, au vu de l'intérêt de la branche, à l'autonomie de l'accord d'entreprise.

S'inspirant de ce qui a été prévu dans l'ANI du 11 janvier 2013, solution reprise par la loi du 14 juin 2013, s'agissant des accords compétitivité emploi, la convention de branche pourrait par exemple prévoir, pour que l'accord d'entreprise soit valablement conclu, un seuil d'audience supérieur à 50 % des votants lorsque l'accord d'entreprise déroge à la convention de branche.

2/ Force est de constater qu'on continue à dérouler les négociations comme si les règles de représentativité n'avaient pas évolués et si n'existait pas la technique de dérogation.

- Sur le plan de la forme, on devrait s'intéresser aux effets des poids respectifs de chaque organisation admise à négocier compte tenu de son audience, ceci valant aussi bien s'agissant de la composition des délégations que peut être de la manière dont se concrétise l'accord; on devrait aussi généraliser le recours à un

accord de méthode dans la perspective de faire que la convention soit réellement la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil. À cet égard est importante la fourniture d'une information adéquate et la possibilité de la traiter pour la rendre crédible et compréhensible ... alors qu'on n'y accorde qu'une attention limitée.

- Sur le fond on ne prend pas en considération que l'approche globale (sur l'ensemble de l'accord et pas sur chaque avantage pris isolément) de la théorie de l'avantage plus favorable est potentiellement vectrice de gains de productivité. De ce fait on n'a pas pleinement recours aux mérites de la technique contractuelle donc d'une loi commune grâce à des concessions réciproques, l'ensemble faisant de ce fait un tout indivisible. La négociation « donnant – donnant », devenant « gagnant – gagnant » de Raymond Soubie reste globalement lettre morte malgré les formidables évolutions des textes permettant l'émergence d'un droit plus contractuel. C'est pourtant le seul moyen de parvenir à la sécurisation de l'emploi... spécialement dans un contexte économique atone et c'est à ce type d'attitude qu'invite l'ANI du 11 janvier 2013.

Un constat toutefois : le niveau de maîtrise des sujets par les négociateurs (employeurs et salariés) n'est généralement pas à la hauteur de la technicité requise par certains thèmes (formation, prévoyance, gestion prévisionnelle, sécurité au travail...). Cela nuit à l'inventivité donc à un gain de productivité attendu de la politique conventionnelle. Dès lors, la qualité des textes conventionnels reste globalement d'une grande banalité par manque d'audace et d'inventivité dans la démarche, alors que la légitimité des acteurs est aujourd'hui indiscutable ; contribue à cette situation la non prise en compte de la convergence possible d'intérêts sur le fondement d'une identification de l'intérêt de l'entreprise qui ne se résume pas à la collectivité des détenteurs du capital.

III - Les avancées complémentaires souhaitables

Est une nécessité, au nom de l'intérêt général, de favoriser un droit social conférant une place prépondérante au tissu conventionnel dans la perspective d'un côté d'une meilleure conciliation de l'efficacité économique et de la protection du travailleur, vectrice d'optimisation de la situation de l'emploi, d'un autre côté de l'effectivité du droit du travail, objectif impossible à atteindre au vu du volume excessif du code du travail. Entre les 2 recodifications de 1973 et de 2008, soit en un tiers de siècle, le volume du code du travail a été multiplié par deux et demi ! Aucun juriste social, fut-il le plus brillant universitaire, ne peut avoir la prétention d'en maîtriser l'ensemble. Encore moins les utilisateurs primaires, que sont les employeurs, les salariés, les représentants du personnels et syndicaux qui ne sont pas – et n'ont pas à être – des juristes spécialistes de cette matière et qui font, de ce fait, du droit du travail comme Monsieur Jourdain fait de la prose. L'exigence constitutionnelle d'intelligibilité de la loi est de ce fait encore plus nécessaire en droit social.

Il faut donc conduire une réflexion fondamentale, pour que la fonction protectrice génétique de droit du travail s'exerce pleinement par l'institution identitaire de cette discipline qu'est la convention collective. Elle est normative comme la loi mais les normes peuvent, du fait que des aspects contractuels y sont prééminents, être adaptées à chaque contexte particulier, ce qui est vecteur de valeur ajoutée et (ou) à chaque projet, ce qui en fait potentiellement un outil de gestion. Et ceci sans que la fonction protectrice de ce droit soit altérée en raison de la qualité et de l'indépendance des négociateurs et des moyens dont ils disposent (notamment du fait du droit de grève et de l'accès à des informations) qui permettent que l'équilibre des pouvoirs entre les parties soit effectif, donc que le contrat puisse réellement et seul faire leur loi commune. Ceci amène du reste une critique de l'omniscience du juge dans l'interprétation et l'application de la convention collective, quitte à dévaluer son économie.

Ceci étant, le transfert de responsabilité du législateur sur les partenaires sociaux d'une plus grande partie de la protection des travailleurs exige qu'on en définisse les limites par référence à l'ordre public, appréhendé ici au sens strict (2). Une telle construction du droit social suppose toutefois que le taux de syndicalisation soit nettement plus élevé donc qu'on s'intéresse aux moyens de concrétiser une telle ambition (1). Enfin, il faudra différencier la nature juridique des accords en fonction de leur niveau, ce à quoi contribuera la très prochaine et absolument nécessaire concrétisation par la loi de la représentativité des organisations patronales (3) à partir du rapport de Jean-Denis Combrexelle.

1/ La France est l'État industriel avancé au sein duquel le taux de syndicalisation est le plus faible.

Dans les états d'Europe du Nord, où le taux de syndicalisation est plus élevé, l'attrait des syndicats est accru par les activités de services qu'ils assument, surtout dans la protection sociale complémentaire (chômage, prévoyance) ; or le « modèle social français » s'est concentré, depuis l'ordonnance de 1945 sur la sécurité sociale, par le développement en ces domaines d'institutions fondées sur le double paritarisme, c'est-à-dire un accord (ou un référendum) qui crée le régime et un organisme paritaire pour le gérer. L'assurance-chômage et la retraite complémentaire obligatoire en sont les manifestations les plus affinées ; l'assurance formation aussi.

Par ailleurs, le concept de garantie sociale (objet de négociation collective, cf. L 2221.1 du code du travail et cœur du Livre IX du code de la sécurité sociale) pourrait être menacé par l'inconstitutionnalité des clauses de désignation (décision des sages du 13 juin 2013) du fait de leur condamnation sans nuance au nom d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à celle d'entreprendre. Au contraire, la CJUE en consacre la validité au nom de l'intérêt économique général si est poursuivi un objectif

de solidarité. Cette question ne peut qu'influencer l'évolution de la protection sociale, y compris s'agissant des fonds de mutualisation en matière de formation.

La libre concurrence en matière de prestation de services pourrait menacer des constructions permettant le développement d'activités de services par les syndicats, tout comme celles existant déjà, organisées par le comité d'entreprise. La vision extensive, pour ne pas dire extravertie de la liberté de l'employeur qui est celle du conseil constitutionnel pourrait du reste affecter non seulement les garanties sociales mais aussi l'existence des conventions collectives de branche !

On ne peut pas écarter de l'étude le fait que dans les Etats où le taux de syndicalisation est élevé, les conventions collectives ne s'appliquent généralement non seulement qu'aux employeurs syndiqués mais aussi qu'aux salariés syndiqués, dans une conception contractuelle orthodoxe de la nature juridique de la convention collective. Faut-il abandonner la technique d'extension ? La question ne pourra se poser que lorsqu'aura été légalisée une règle d'audience minimale des organisations patronales.

Surtout il convient, par le biais d'une charte du dialogue social, de créer une authentique déontologie du comportement des employeurs. Malgré la prohibition des discriminations liées à l'appartenance syndicale, la première cause de non syndicalisation reste la peur des représailles. Un accord national interprofessionnel pourrait s'assigner comme but de résoudre cette question, bien sûr en renforçant les sanctions négatives des comportements déviants mais surtout en imaginant des sanctions positives pour les comportements vertueux.

Mais il faut sérieusement se pencher sur la 2^e raison de non syndicalisation qu'est le sentiment (fondé ou non importe peu) que les syndicats se préoccupent plus de leur promotion que de l'intérêt des salariés. La concurrence entre eux invite à des stratégies

qui peuvent justifier de telles critiques. Il faut alors admettre que le nombre d'organisations est trop élevé. En portant au-delà de 10 % la capacité d'une organisation à exister dans l'entreprise et surtout au-delà de 30 % celle à valablement conclure on pourrait inciter des regroupements, ceci d'autant que le seul chiffre concevable est 50 % des effectifs (et pas seulement des votants).

2/ L'autonomie de l'accord a aujourd'hui des limites étroites, celles fixées par la loi autorisant dans un domaine précis la dérogation. On pourrait imaginer d'inverser la hiérarchie des normes, ce qu'a fait la loi du 20 août 2008 en matière de durée du travail et on pourrait fixer comme limite de fond à la liberté conventionnelle l'ordre public au sens strict, celui classique fondé sur la liberté contractuelle, donc sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 annexée à la Constitution de 1958, conçue comme une liberté fondamentale et n'ayant comme limite que l'intérêt général. Le conseil constitutionnel en ayant tiré un principe constitutionnel de liberté contractuelle, la généralisation, par la loi, du renversement de la hiérarchie des normes au profit de l'accord d'entreprise et surtout de primauté de l'accord collectif sur la loi pourrait ne pas choquer les sages. Mais alors, il faut aussi prendre en compte qu'en plus de l'ordre public classique né des philosophes des lumières et sanctifié par le Code civil, doit être pris en compte, pour définir les limites de l'autonomie conventionnelle, l'ordre public économique, né avec la société industrielle et le capitalisme, dont la finalité est la protection de la partie faible. Le droit du travail français y répond par un volume de dispositions légales impératives plus important que ce qui recouvre le concept classique d'ordre public (ordre public absolu) et par la règle de l'avantage plus favorable qualifié parfois de principe de faveur (ordre public social ou relatif). Fondamentalement la protection du plus faible peut toutefois se décliner par la réglementation des contrats, du formalisme et par l'atteinte à la force obligatoire du contrat. Si s'agissant du contrat de travail, on peut admettre que ce n'est pas suffisant du fait de l'état de subordination juridique du salarié, il n'en est pas de même s'agissant du « contrat collectif ». C'est en

se positionnant sur le terrain de l'ordre public économique qu'on peut, par exemple, justifier l'institutionnalisation des règles de conduite de la négociation dont le non-respect pourrait alors justifier la nullité de l'accord. Et bien sûr, une audience significative à l'égard de la collectivité des travailleurs concernés qui ne peut qu'être de 50 % des effectifs pour valablement conclure. Mais une nouvelle fois est posée la question du taux de syndicalisation.

3/ Dans la conception loi professionnelle de la convention collective, celle conçue par Pierre-Henri Teitgen dans la loi du 11 février 1950 (l'exposé des motifs de cette loi gagnerait à être donné comme sujet d'examen dans les universités de droit !), on peut se satisfaire d'une nature juridique identique. Par contre une conception privilégiant plus nettement les aspects contractuels rend nécessaire une réflexion sur la différenciation de la nature juridique de l'accord en fonction de son niveau. L'accord d'entreprise gagnerait à avoir une nature contractuelle pure, d'autant que la collectivité visée est aisément identifiable et que le comité d'entreprise, qui a en charge l'expression de ses intérêts, lui confère indirectement une réelle consistance juridique ; de ce fait serait plus aisément réglée la question de la résistance du contrat de travail à l'évolution de l'accord qui a des effets négatifs sur l'efficacité économique. L'ANI acquerra de plus en plus la nature de quasi règlement, d'autant que l'article L1 du code du travail, qu'on envisage de constitutionnaliser, fait de ses acteurs des prélegislateurs. Seule dans ces conditions la convention de branche doit conserver sa nature duale. La définition de la représentativité des organisations patronales par référence à leur audience jouera un rôle déterminant dans le regroupement nécessaire des conventions collectives ; elle contribuera à accentuer cette qualification originale et le regroupement – en relativisant le poids des statuts du groupement patronal dans la définition du champ de la convention collective – obligera à une réflexion fondamentale sur le concept de branche. Elle donnera du sens à ce qu'on pourrait alors appeler ordre public professionnel. Celui-ci servira à fixer les

conditions et limites de l'autonomie de l'accord de rang inférieur par rapport à celui de rang supérieur.

En conclusion, deux idées méritent attention :

- la première, malgré la boulimie législative – qui a pour effet que le législateur s'immisce dans des domaines qui sont davantage du ressort du contrat, au détriment au demeurant de l'efficacité de la fonction protectrice du droit du travail
 - on assiste à une évolution profonde du droit social caractérisée par un glissement progressif d'un droit réglementaire vers un droit plus contractuel.
- La seconde, on ne peut pas réclamer, notamment au nom de l'efficacité économique et ses effets sur l'emploi, moins de loi, et en même temps freiner l'activité des syndicats puisque c'est par eux que passe le développement de la négociation collective.

NB. Les développements ci-dessus sont inspirés pour une bonne partie du contenu du rapport que j'ai rédigé avec l'économiste Gilbert Cette pour le Conseil d'Analyse Economique sur la Refondation du droit social (cf. l'ouvrage : « Refonder le droit social » qui en est tiré et publié, dans une seconde édition, en octobre 2013 à la Documentation Française) ainsi que de mon ouvrage publié dans la collection Axe Droit (Groupe Lamy) sous l'intitulé « Evolution du droit social ».