

Droit social 2011 p.24

Le salaire et la hiérarchie des normes (1)

François Gaudu, Agrégé des facultés de droit ; Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1)

1. Les salaires ne sont en général pas régis par une seule norme, mais par plusieurs qu'il faut combiner - loi, accords collectifs, contrat individuel de travail. Ils constituent le terrain par excellence des conflits de normes en droit du travail.

Les normes sociales ne sont évidemment pas les seules en cause. Lorsqu'il traite de l'« ordre public salarial », dans le tome du traité dirigé par G.-H. Camerlynck et consacré au salaire (2), Gérard Lyon-Caen évoque ce qu'il appelle *l'ordre public de prohibition*. Il évoque les clauses d'indexation, le blocage des salaires de 1983 pourrait aussi être cité (3). Mais la question s'est depuis bien renouvelée (4).

Les modes de rémunération peuvent par exemple être illicites parce qu'ils incitent les salariés à adopter un comportement critiquable :

- *élimination des conflits d'intérêts*. Certains grands établissements financiers ont été contraints par la jurisprudence communautaire à revoir leurs modes de rémunération, parce que ces derniers pouvaient inciter les salariés à placer auprès des clients des produits dont ceux-ci n'avaient nul besoin ;

- *prévention des risques*. Par exemple, une prime d'efficacité versée à des coursiers qui les poussait, entre autres, à dépasser les temps de conduite autorisés, a été considérée comme illicite (5).

2. En 1981 (date de la dernière édition du tome du « traité... »), le droit international n'affectait guère le régime du salaire. Les choses ont changé. Ainsi, le droit communautaire a fortement contribué à l'expansion du principe d'égalité de traitement (6). Les droits du Conseil de l'Europe (7), ou de l'OIT (8), ne sont pas tout à fait absents.

En outre, dans une période d'affirmation du droit constitutionnel, et plus largement des droits fondamentaux, de nombreuses règles qui bénéficient aux salariés *en tant que personnes* vont être mobilisées : droit au respect de la vie privée (d'où l'indemnisation des salariés contraints d'utiliser leur domicile (9)) ; libre exercice d'une activité professionnelle (d'où l'interdiction de la clause d'exclusivité dans un contrat de travail à temps partiel (10), la contrepartie financière des clauses de non-concurrence), etc.

3. L'ordre public économique, l'internationalisation du droit et l'avènement des droits fondamentaux sont cependant des phénomènes qui affectent toutes les activités et toutes les branches du droit.

Le particularisme du droit du travail, et spécialement du droit du salaire, tient au foisonnement de ses normes internes.

Du point de vue du droit comparé, la France ne se distingue pas avec l'existence d'un salaire minimum légal - il existe depuis 1938 aux États-Unis, depuis 1998 en Grande-Bretagne... Le fait que les clauses du contrat de travail l'emportent, lorsqu'elles sont plus favorables que celles de la convention collective, n'est pas davantage une spécificité française - c'est par exemple la règle allemande (11). Ce qui distingue en revanche le droit du travail français, c'est la

prolifération des « normes de l'entre-deux » (entre la loi et le contrat individuel) : pluralité des niveaux de négociation collective, et/ou le cas échéant recommandations des organisations patronales et actes unilatéraux de l'employeur.

Cette juxtaposition de sources n'est pas un signe de bonne santé de la négociation collective. Cela va de soi, s'agissant des actes unilatéraux. Toutefois, même pour les accords collectifs, il convient de relever que, dans les pays où la négociation collective est vraiment forte, on ne peut la plupart du temps traiter du salaire qu'à un seul niveau : dans l'« unité appropriée de négociation » (*appropriate bargaining unit*) aux États-Unis ; en Allemagne, la négociation a en principe lieu au niveau de la branche et, si le syndicat conclut un accord d'entreprise (Volkswagen) il sait qu'il écarte par là même l'application de la convention de branche qu'il a signée par ailleurs. En effet, les tribunaux n'appliquent pas en cas de concours d'accords collectifs le principe de faveur, mais plutôt un principe de proximité. Le syndicat y gagne d'ailleurs peut-être un surcroît de pouvoir de négociation, car en signant, il règle définitivement la question traitée. Dans les branches où les syndicats allemands sont puissants, les salaires réels ne sont pas inférieurs aux salaires français ; ce doit plutôt être l'inverse...

4. Ni les conventions de branche, dont le rôle, pour ce qui a trait au salaire, a été pour une bonne part préservé par la loi de 2004, ni les accords d'entreprise, qui ont le vent en poupe, ne vont s'effacer.

La recherche de simplification se tourne donc d'un autre côté. Pour un important courant doctrinal, l'accord collectif « local » - accord d'entreprise ou d'établissement - devrait, en s'incorporant au contrat de travail ⁽¹²⁾ (l'expression est trompeuse, parce qu'elle était jusqu'alors utilisée avec une signification différente), modifier celui-ci. C'est une des orientations du rapport Barthélémy-Cette ⁽¹³⁾ présenté au Conseil d'Analyse Économique en 2010 - document qui, à la différence des travaux d'économistes qui avaient conduit à la proposition du « contrat de travail unique », se fonde sur une connaissance intime du droit social. Cette thèse met en cause le principe de faveur dans un domaine où celui-ci était jusqu'à présent assez peu discuté.

Autre thèse : le contrat de travail est un « contrat relationnel ». Ces contrats, parce qu'ils sont amenés à durer dans des circonstances changeantes, doivent être adaptables. Pourquoi ne pas admettre, comme la jurisprudence l'a fait, en droit de la distribution, pour d'autres « contrats de dépendance », la clause contractuelle qui permettrait à l'employeur de faire varier le prix - le salaire - à condition que la variation en question n'intervienne pas dans des conditions arbitraires ? Ce n'est pas le principe de faveur qui est alors mis en débat, mais plutôt la faveur pour le contrat, ou l'idée que la source la plus légitime de fixation du salaire est un acte négocié, contrat ou accord collectif.

Le débat sur la hiérarchie des normes en matière de salaire s'organise ainsi autour de deux principes, le principe de faveur (I.) et la préférence pour l'acte bilatéral (II.).

I. - Hiérarchie des normes et principe de faveur

5. Le caractère de droit positif du principe de faveur n'est guère discutable. Toutefois, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 avril 2004 ⁽¹⁴⁾, il s'agit d'un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution, d'un « principe général du droit » (au sens que le Conseil d'État donne à ce terme), et non d'une règle de valeur constitutionnelle.

C'est pourquoi ce principe peut recevoir des exceptions légales. Certaines sont déjà anciennes : c'est ainsi que l'article L. 2253-4 du Code du travail permet à un accord local de répartir les augmentations de salaire prévues par un accord de branche autrement que cet accord ne l'a prévu - ce qui implique de donner moins à certains salariés. Plus récemment, quoiqu'elle ait confirmé la primauté des accords de branche pour ce qui a trait aux salaires minima, la loi du 4 mai 2004 permet dans d'autres cas aux accords locaux - par exemple en ce qui concerne les primes - de déroger aux accords de branche. La loi de 2008 a accusé le trait, en donnant compétence de principe aux accords d'entreprise

pour traiter de certaines questions, comme le remplacement de la rémunération des heures supplémentaires par un repos compensateur (15) ou les accords de modulation des horaires (16).

6. On pourrait penser que le principe de faveur, articulé avec les exceptions prévues par les règles spéciales qui y dérogent, désigne un seul texte applicable à chaque question pratique. Mais il en va autrement, car le droit du travail français, depuis d'ailleurs fort longtemps, favorise le « métissage » des normes de salaire de niveau différent.

L'application du principe de faveur, lorsqu'il s'agit de combiner des actes à effet réglementaire, est ainsi, et pour des raisons profondes, d'une grande complexité (A). Tout aussi sérieuses sont les raisons qui militent pour que les rapports entre accords collectifs et contrat de travail demeurent gouvernés par le principe de faveur (B).

A - Complexités de l'application du principe de faveur

7. Les dispositions de la loi du 4 mai 2004 qui définissent le champ d'application du principe de faveur sont assez nombreuses (17) :

- article 45 de la loi, suivant lequel les accords de branche conclus avant son entrée en vigueur conservent leur portée juridique. Les accords d'entreprise ne peuvent donc y « déroger » ;

- article L. 2253-3 du Code du travail : lorsqu'il s'agit des salaires minima, les accords de niveau inférieur ne peuvent pas déroger aux accords de niveau supérieur ;

- d'après le même texte, les accords de niveau supérieur peuvent stipuler leurs clauses indérogeables. On sait que la majorité des accords conclus depuis 2004 l'ont fait, d'où les dispositions de la loi de 2008, qui ne laissent pas la même latitude aux partenaires sociaux (18).

La combinaison de ces trois dispositions fait que, dans bien des cas, le principe de faveur continue de s'appliquer « à l'ancienne ».

8. C'est pourquoi, vraisemblablement, le contentieux de l'interprétation de la loi de 2004 est jusqu'à présent peu fourni. Plusieurs questions restent donc ouvertes :

- quelle est la portée précise de l'article 45 de la loi de 2004 ? Un auteur a estimé que la conclusion d'un avenant pourrait valoir « novation » (19) (et par conséquent, en raison de l'effet « extinctif » de la novation, priverait l'accord de son autorité initiale). Mais la thèse est très discutable, car la modification d'un contrat en cours et la novation sont des mécanismes bien différents (20) - si tant est que la notion de novation puisse s'appliquer à un acte réglementaire comme un accord collectif. En réalité, il faudra qu'un accord global de révision ou de substitution soit conclu pour priver de sa portée initiale les clauses d'une convention antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 ;

- la notion de « salaires minima » n'a guère été analysée que par la circulaire du 22 septembre 2004 (21) (suivant laquelle la loi vise les salaires minima hiérarchiques horaires ou mensuels, ainsi que les salaires garantis minima mensuels ou annuels).

Il est en tout cas certain que la branche, plus largement le niveau supérieur de négociation, possède un certain pouvoir de qualification des minima. Certaines branches ont inclus des primes dans les minima garantis, comme les primes d'ancienneté (22). D'autres ont déconnecté les minima de la durée du travail effectif, par exemple en liant les rémunérations minimales à l'amplitude des horaires (23)...

9. Les complexités de l'interprétation de la loi sont somme toute banales, et elles ne créent sans doute de difficultés que provisoires. Très anciennes et durables sont en revanche les complexités liées à l'entrelacement, à l'intrication des normes.

Les situations dont il s'agit remontent, peut-être, à la mise en place du SMIG (ancêtre du SMIC). Comme l'explique Gérard Lyon-Caen dans son ouvrage sur « Le salaire », le SMIG est d'ordre public ; des sanctions pénales sanctionnent même sa méconnaissance. Cependant, la clause d'une convention collective qui prévoit un salaire inférieur au SMIG n'est pas nulle ; elle n'est pas non plus, comme la disposition « moins favorable » en cas de concours classique de conventions collectives, inopposable au salarié. Le point de départ de la hiérarchie, écrit Gérard Lyon-Caen, peut être en dessous du SMIG (ou du SMIC), à condition qu'aucune rémunération effective ne soit inférieure au SMIG (24). Suivant une jurisprudence des années 1950 en effet, le SMIG ne se substitue pas au salaire de base, il est destiné à « corriger l'influence des rémunérations calculées d'après le salaire de base » (25).

Ainsi, non seulement la clause qui prévoit un minimum inférieur au SMIC n'est pas nulle, mais elle produit des effets, car elle sert de base au calcul de certains versements (de primes, entre autres), et elle détermine souvent ainsi le niveau des salaires réels. C'est si vrai que cette solution, à son corps défendant, a été admise par la loi du 3 décembre 2008 : souhaitant remédier au fait que les minima sont inférieurs au SMIC dans la majorité des branches (26), l'article L. 241-13, III du Code de la sécurité sociale, qui en est issu, assied des exonérations de charges, non plus sur le SMIC, mais, lorsque celui-ci est inférieur, sur le minimum conventionnel.

10. Avec cet arrière-fond, les partenaires sociaux ont pris l'habitude de combiner les normes pour déterminer le salaire réel. D'où l'utilisation fréquente de deux techniques :

- *technique du renvoi*. Il n'est pas rare qu'un accord d'entreprise prévoie des versements en prenant pour base de calcul un minimum de la branche. Cela contribue bien évidemment à accroître le rayonnement des minima de branche. Mais d'autres formes de renvoi se constatent (27) ;

- *technique de la garantie forfaitaire*, qui peut être utilisée pour neutraliser partiellement le fait que certaines décisions échappent aux négociateurs d'un niveau donné. La garantie forfaitaire de rémunération, indépendante de l'horaire, ne concerne pour l'instant que certaines professions qui présentent de fortes spécificités : VRP (28), pigistes (29), certaines catégories de marins (30)... Ont également fait leur apparition des minima conventionnels pour les salariés rémunérés au forfait en jours (31), ou des rémunérations mensuelles brutes minimales, pour les salariés annualisés, calculées en pourcentage de la rémunération annuelle forfaitaire. À mesure que la négociation des dispositions relatives à la durée et aux horaires de travail se « décentralise » vers l'entreprise, il se peut que la branche, en variant la définition des minima, assume un rôle modérateur. Ce serait un renouveau de ce qu'ont pu être les clauses relatives au chômage partiel ou à la mensualisation.

11. Le rôle des accords de branche a d'autres raisons de se maintenir. En effet, les entreprises françaises, du moins celles qui peuvent être exposées à la concurrence de prestataires de services étrangers, n'ont pas intérêt à trop les affaiblir.

Il est clair en effet, depuis l'arrêt *Ruffert* (32), que la CJUE entend très restrictivement la notion de « convention collective déclarée d'application générale ». La loi française peut imposer aux prestataires de service étrangers le respect de telles conventions collectives, mais il s'agit seulement des accords étendus. Du point de vue de la régulation de la concurrence entre entreprises françaises et prestataires de services étrangers, c'est-à-dire pour combattre le « dumping social », les salariés partagent ainsi avec une partie du patronat un intérêt commun à ce que les conventions de branche conservent un rôle substantiel.

C'est pourquoi entre autres raisons, selon toute apparence, le dualisme branche-entreprise, avec ce qu'il comporte de complexité, se maintiendra. Est-il possible de simplifier autrement, en remettant en cause le principe de faveur dans les rapports entre accord collectif et contrat de travail ?

B - Accords collectifs et contrat individuel (33)

12. Voulant valoriser l'accord d'entreprise, des auteurs ont posé la question de son incorporation au contrat de travail. L'incorporation dont il s'agit, toutefois, serait un mécanisme à double face : elle pourrait améliorer le contrat, sans doute, mais aussi éroder la « résistance du contrat à l'accord d'entreprise » (34) ; en matière de rémunération, il s'agit que l'accord collectif, lorsque les circonstances l'exigent, puisse modifier le salaire contractuel (35).

13. La disposition qui se trouve ainsi mise en débat figure, maintenant, à l'article L. 2254-1 du Code du travail : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail, sauf stipulations plus favorables* ».

Dans le Code du travail de 1978, le dernier membre de phrase ne figurait pas (36). Il a été introduit par la loi du 13 novembre 1982, l'une des lois Auroux, à l'ancien article L. 135-2 du Code du travail.

Comment les tribunaux, et la doctrine, faisaient-ils auparavant pour justifier une solution, déjà très proche des solutions actuelles, en l'absence de ce texte ? Les concepts d'« ordre public social » et de « principe de faveur » n'existaient pas dans les années 1950. Or, jamais la convention collective n'a pu, sauf exception très rare, l'emporter sur des clauses du contrat individuel, ni dans les années 30, ni dans les années 50, ni après.

Pour arriver à la solution actuelle, les juristes du passé se fondaient, tout simplement, sur l'article 1134 du Code civil : le contrat fait la loi des parties (mais seulement des parties, article 1165 du Code civil). La convention collective est une exception (« *les clauses s'appliquent au contrat de travail* », dit la loi, depuis 1919, donc elles s'imposent à des personnes qui ne sont pas parties à la convention collective). L'interprétation qui est faite de ce texte très laconique, et le contenu réel des conventions collectives, conduit les tribunaux et les auteurs (Capitant et Cuhe (37), Paul Durand (38), Rivero et le professeur Jean Savatier (39)) à regarder celles-ci - les conventions collectives - comme des minima. L'exemple donné dans les manuels est toujours le même : l'employeur qui prétend payer un salaire contractuel inférieur au taux prévu par la convention collective... Personne n'a même l'idée d'envisager le mécanisme inverse. Les conventions collectives s'appliquent au contrat de travail comme des minima, solution exceptionnelle, au regard du droit des contrats. Au-delà de cette exception, la force obligatoire du contrat retrouve sa force. Ce n'est pas que le contrat peut « déroger », c'est que la convention collective voit la dérogation qu'elle comporte limitée (40).

14. Jusqu'aux années 1970, les juristes français vont en revanche beaucoup débattre d'un autre point : est-ce que la convention collective, ainsi conçue (forcément plus favorable...), « s'incorpore » aux contrats de travail, ce qui voudrait dire, en cas de dénonciation ou de révision de cette convention, que les salariés conservent les avantages acquis ? La Cour de cassation refuse cette incorporation (41). Il en résulte que, lorsqu'une convention collective est renégociée, les droits des salariés, s'ils naissent de la convention collective, peuvent être revus à la baisse (42).

C'est pourquoi la loi du 13 novembre 1982 introduit la règle qui figure maintenant aux articles L. 2261-13 et suivants du Code du travail (maintien des avantages individuels acquis, notamment, lorsque l'accord dénoncé n'est pas remplacé dans le délai d'un an par un nouvel accord).

15. Pour qu'un accord collectif, moins favorable que lui, l'emporte sur le contrat individuel, il faudrait instituer une

nouvelle dérogation aux articles 1134 et 1165 du Code civil, faire une nouvelle entorse à la liberté contractuelle, mais sans le support de l'idée qu'il s'agit de garantir aux salariés un minimum. Il serait nécessaire qu'une disposition impérative privât d'effet des dispositions librement convenues entre l'employeur et le salarié. Cela dit, la liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle, et il s'est déjà produit qu'une loi porte atteinte de façon très substantielle à la liberté des parties au contrat de travail : par exemple, le blocage des salaires de 1983.

16. En revanche, un vrai principe constitutionnel peut se trouver mis en cause : celui suivant lequel l'atteinte aux contrats en cours doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant¹³(43). Or, si la loi ne peut pas aisément porter atteinte aux contrats en cours, elle ne peut naturellement pas davantage autoriser sans limite le pouvoir réglementaire ou les partenaires sociaux à le faire.

On peut bien évidemment objecter que les conventions collectives, d'ores et déjà, portent atteinte aux contrats en cours, et c'est indiscutable : les clauses des conventions collectives « s'appliquent aux contrats de travail ».

Toutefois, dans le sens actuel, c'est-à-dire dans un sens favorable aux salariés, le motif d'intérêt général peut se fonder sur une disposition constitutionnelle, issue du préambule de la Constitution de 1946 : « *Les travailleurs participent, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination collective des conditions de travail...* ». Or, cette disposition constitutionnelle n'est pas bilatérale. Elle donne naissance au droit à la négociation collective, qui est un droit « des salariés »¹⁴(44) dans leurs rapports avec le patronat ou l'employeur (à ne pas confondre avec le « droit politique » des articles L. 1 à L. 3 du Code du travail, qui tente d'assigner des obligations au Gouvernement vis-à-vis des partenaires sociaux, cette fois mis sur un pied d'égalité).

Le droit à la négociation collective est un droit dissymétrique, et partant, il est beaucoup plus facile de justifier une atteinte aux contrats en cours dans un sens favorable aux salariés qu'une autre qui viserait à optimiser la gestion des entreprises. Et l'atteinte serait d'autant plus difficile à justifier qu'elle concerne l'ensemble du secteur privé et comporte un caractère de généralité très prononcé, et qu'il existe, vraisemblablement, des solutions juridiques alternatives¹⁵(45).

17. En sens inverse, on pourrait objecter que, dans certains pays - spécialement les pays à « pouvoir syndical » et droit de la négociation collective développé - la définition du salaire par acte individuel peut être regardée avec méfiance. Ainsi, aux États-Unis, lorsqu'un syndicat est « certifié » dans une unité de négociation (entreprise, établissement, métier...) au terme d'un vote majoritaire des salariés, la fixation du salaire par accord individuel entre l'employeur et le salarié peut constituer une *unfair labor practice*, une pratique déloyale du travail¹⁶(46). L'employeur peut donc se voir enjoindre de cesser par le *National Labor Relations Board*, et il s'expose à diverses sanctions. On trouve un modeste écho de cette règle américaine à l'article L. 2242-3 du Code du travail, qui interdit à l'employeur de prendre unilatéralement des mesures individuelles, même favorables aux salariés, pendant que la négociation annuelle obligatoire sur les salaires est en cours.

18. Toutefois, les raisonnements qui font prévaloir le collectif sur l'individuel dans des pays à forte négociation obligatoire n'ont en aucune manière pour but de rendre le contrat individuel plus adaptable. Il s'agit d'interdire à l'employeur, en passant par des augmentations individuelles, de contourner (*bypass*) et, en définitive de décrédibiliser le syndicat. Pendant l'année qui suit la certification, l'employeur ne peut pas demander un nouveau vote des salariés pour « décertifier » le syndicat, et il doit négocier sous un contrôle assez strict. Mais il n'y a pas de « délit d'entrave » aux États-Unis, et les cabinets d'avocats savent très bien comment conduire la négociation à l'impasse sans franchir la ligne jaune¹⁷(47). Du moins l'employeur se voit-il interdire de remplacer l'acte collectif par une série de mesures individuelles.

19. Mais il ne s'agit évidemment pas de cela dans la proposition que nous discutons aujourd'hui.

Je comprends très bien l'argument suivant lequel la loi du 20 août 2008 pourrait entraîner, c'est son but, un renforcement des syndicats français, qui créera bien entendu de nouvelles possibilités d'action et de législation. Mais c'est une moisson qui n'est pas encore levée. Lorsque les syndicats français, je l'espère, seront renforcés et réorganisés, il sera temps de leur demander ce qu'ils veulent. Aujourd'hui, il me semble que l'on ferait courir un risque au processus enclenché, en voulant tirer par avance les conséquences d'une évolution qui n'a pas encore eu lieu. Il ne faut pas demander aux syndicats, dans l'état où ils sont, spécialement dans le secteur privé, de couvrir de leur signature, ou de leur participation à des commissions paritaires, des accords qui remettent en cause des contrats individuels auxquels les salariés ont pu malgré tout accorder un certain prix.

20. Le contrat de travail est un contrat d'adhésion, mais cela reste un contrat. Entre l'accord d'entreprise et le contrat individuel de travail, lequel des deux est le plus authentiquement contractuel ? La réponse ne va pas de soi : parfois, les syndicats qui signent l'accord d'entreprise (*a fortiori* si ce sont des « mandatés » ou des élus du personnel) n'ont d'autre choix que d'accepter, en l'amendant un peu, ce que propose l'employeur, ou à la rigueur de dire non. On n'est pas dans une « négociation transactionnelle »⁽⁴⁸⁾ à l'allemande ou à l'américaine. Il s'agit plutôt de la conclusion d'un autre « contrat d'adhésion », qui ne vaut pas moins, mais sans doute pas plus que le contrat de travail. Et, comme chacun sait, dans le contrat d'adhésion, il y a une part d'unilatéralisme, parce que - comme dans les contrats d'assurance - c'est l'un des deux qui tient la plume.

Or le droit français est très réticent à l'unilatéralisme⁽⁴⁹⁾, spécialement lorsqu'il s'agit du salaire.

II. - Hiérarchie des normes et préférence pour l'acte bilatéral

21. Le principe de préférence pour les sources bilatérales est moins reconnu que le principe de faveur. Il est donc nécessaire de commencer par argumenter pour justifier de son existence (A). Celle-ci admise, on en vient assez aisément à l'idée que ce principe justifie le traitement différent que reçoivent les clauses de variation du prix, suivant qu'il s'agit du contrat de travail ou d'autres contrats (B).

A - L'existence du principe de préférence pour l'acte bilatéral

22. C'est un cas où l'énoncé du principe est sorti tout armé d'une décision du Conseil constitutionnel, en un temps où l'on ne portait pas à cette institution autant d'intérêt qu'aujourd'hui : « *au nombre des principes fondamentaux du droit du travail figure celui d'après lequel la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature relève de contrats librement négociés entre employeurs et salariés* »⁽⁵⁰⁾.

Il est vraisemblable, comme le rappelle Pierre Rodière⁽⁵¹⁾, que les auteurs de cette rédaction pensaient surtout à limiter l'acte unilatéral résultant de l'exercice du pouvoir réglementaire. Mais les « principes fondamentaux », ou les principes généraux du droit, s'imposent aussi aux personnes privées.

C'est pourquoi la loi du 4 août 1982, lorsqu'elle adopte une rédaction que l'on retrouve pour l'essentiel à l'actuel article L. 1321-1 du Code du travail, semble consacrer une idée à laquelle, en 1963, on n'avait pas prêté d'importance : le règlement intérieur ne peut traiter que d'hygiène, de sécurité et de discipline. Par conséquent, les clauses salariales des règlements intérieurs, qui n'étaient auparavant pas rares, deviennent illicites, et l'inspecteur du travail peut enjoindre leur retrait. *Le salaire ne relève pas de l'acte unilatéral.*

D'autres dispositions législatives vont dans le même sens ; l'interdiction des sanctions pécuniaires, vraisemblablement⁽⁵²⁾. L'article L. 1222-7 du Code du travail, déjà cité (pour que « *la seule modification du nombre d'heures* » ne modifie pas le contrat de travail, il faut que ce soit *en application d'un accord* de réduction de la durée du travail. La réduction de la durée du travail par acte unilatéral, parfois possible, n'a pas le même effet).

Souvent, par exemple à l'article L. 3121-7 du Code du travail, pour ce qui est des astreintes, la loi indique qu'une question doit être réglée par accord collectif. À défaut, l'employeur peut certes agir unilatéralement, mais il est alors soumis à un régime de police (information de l'inspecteur du travail).

23. La jurisprudence judiciaire illustre abondamment la même orientation : « *la rémunération, contrepartie du travail, résulte en principe du contrat de travail* » (53). Sans doute, c'est « sous réserve des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur ». Mais il faut aussitôt corriger l'énoncé avec une formule, souvent employée jusqu'en 1996, et très évocatrice - quoique techniquement inexacte ; l'usage est par nature « supplétif de la volonté des parties ». *L'acte unilatéral, c'est faute de mieux* (54).

Il demeure, après le changement de terminologie de 1996, un mécanisme essentiel : l'usage ou l'acte unilatéral de l'employeur sont abrogés par la conclusion ultérieure d'un accord collectif (55). Sauf exception (56), l'acte unilatéral, même plus favorable, plie devant l'accord collectif.

Aussi, lorsque le salaire dépend uniquement de l'acte unilatéral, les modalités de la dénonciation de celui-ci sont-elles très particulières. L'employeur peut dénoncer l'acte unilatéral, mais il ne peut pas ensuite fixer unilatéralement les salaires à la baisse. Le nouveau taux de salaire doit résulter d'un accord contractuel (contrat individuel ou accord collectif), à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer (57). De même, lorsque la loi prévoit qu'une contrepartie doit être fixée par acte bilatéral, il incombe au juge, à défaut d'un tel acte, de la déterminer (58).

24. Le principe comporte cependant des limites : limites légales, comme celle qui résulte du fait que l'employeur peut fixer unilatéralement la compensation des astreintes. Limites jurisprudentielles : la mise au chômage partiel indemnisé ne constitue pas, en dépit de la perte de salaire, une modification du contrat de travail (59).

Surtout, les engagements unilatéraux de l'employeur - usages d'entreprises, accords atypiques, etc. - ne sont pas dépourvus de portée juridique. Il en va de même des recommandations d'une organisation patronale. L'employeur est lié, aussi longtemps qu'il n'a pas régulièrement dénoncé - s'il s'agit de la suppression d'un simple élément de rémunération, comme par exemple la suppression d'un treizième mois, il peut assurément le faire (60).

Le souci de ne pas décevoir les attentes légitimes des salariés - qui se sont fiés à une pratique constante de l'entreprise - l'a emporté sur la volonté de prévenir l'unilatéralisme. On n'est pas loin, y compris le caractère subsidiaire, du *promissory estoppel* (61).

Mais il s'agit d'un unilatéralisme tempéré, puisqu'il peut seulement jouer dans un sens favorable aux salariés. La baisse unilatérale de rémunérations fixées de façon bilatérale, sauf à de rares exceptions, reste impossible.

La préférence pour la fixation bilatérale du salaire peut expliquer la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de clauses de variation.

B - Préférence pour l'acte bilatéral et clauses de variation du salaire

25. La jurisprudence de la chambre sociale, stricte, est bien connue : le contrat de travail ne peut pas autoriser l'employeur à modifier unilatéralement la rémunération. Il est certes possible de stipuler une rémunération variable, mais celle-ci doit dépendre d'éléments convenus à l'avance et indépendants de la seule volonté de l'employeur (62). L'employeur ne peut pas davantage modifier la structure de la rémunération. S'il modifie les conditions de travail, par exemple par application d'une clause de mobilité, cette modification ne doit pas avoir d'impact sur la rémunération.

En sens inverse, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé en 1995, s'agissant d'autres contrats que le contrat de travail, que l'indétermination du prix ne permettait pas d'en demander la nullité. Ainsi, pour un contrat de franchise¹¹³(63), la référence au tarif du franchiseur qui serait en vigueur au jour des commandes a été admise, sous réserve d'abus.

Or les arrêts de 1995, et ceux qui ont suivi, s'appliquent souvent à des « contrats de dépendance » (contrats de distribution, franchise...). Il est donc permis de s'interroger sur le bien-fondé du particularisme des solutions relatives au contrat de travail.

26. C'est ce que fait, parmi d'autres, Madame Laurène Gratton dans la thèse qu'elle a récemment soutenue¹¹⁴(64). Après une forte critique des arrêts de la chambre sociale qui avaient fondé le régime des clauses de révision sur l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, elle se livre à une synthèse de la jurisprudence relative aux clauses de variation.

Madame Gratton préconise - s'il est permis de résumer aussi brièvement une thèse très riche - un rapprochement du régime des diverses clauses de variation largement inspiré du régime jurisprudentiel et légal applicable au contrat à temps partiel, aux modifications d'horaire, notamment : définition par le contrat des limites de la modification possible et des cas dans lesquels celle-ci peut intervenir. Ces limites convenues seraient confortées de contrôles tendant à assurer l'absence d'arbitraire et le respect des droits fondamentaux.

27. Il y a cependant de sérieux obstacles de principe à ce que le droit autorise l'employeur, même avec ces garde-fous, à faire varier unilatéralement les rémunérations.

Je laisse ici de côté la discussion de droit civil, malgré son intérêt, pour me consacrer au droit du travail et à la hiérarchie des normes. Il faut tout d'abord souligner qu'il n'est pas illogique que les clauses de variation relatives au salaire soient traitées différemment de celles qui concernent la prestation du salarié. En effet, le salarié se trouve en état de subordination juridique, ce qui justifie que l'on reconnaisse à l'employeur un certain pouvoir de déterminer unilatéralement les conditions de travail. En revanche, la subordination ne doit pas affecter les mécanismes de fixation du salaire.

28. Ensuite, il convient de relever que l'enjeu de la discussion n'est pas seulement individuel, mais aussi collectif.

J'ai appris du Professeur Jacques Ghestin¹¹⁵(65) - un civiliste - que les « contrats-types » produisaient à de nombreux égards des effets analogues aux conventions collectives.

En effet, dans les arrêts d'assemblée plénière de 1995 et ceux qui ont fait suite, il s'agit en réalité la plupart du temps de valider des clauses de variation unilatérale du prix, par renvoi à un « prix catalogue », à un « tarif fournisseur », ou encore à un taux d'intérêt... Ainsi, la question n'est pas de savoir si une personne peut ou non imposer sa volonté à son voisin d'en face. Il s'agit plutôt de déterminer si une grande entreprise, par une suite d'« actes » unilatéraux, peut standardiser ses tarifs et les imposer à une masse de partenaires et de clients. De même, dans de nombreuses affaires où se pose la question des clauses de variation de salaire dans le contrat de travail, il s'agit en fait de clauses qui renvoient à un « plan » ou à un taux de portée générale¹¹⁶(66). Dans les deux cas, les clauses de variation donnent force obligatoire à des dispositions à portée collective. *Il s'agit de réglementation unilatérale.*

29. Si l'on admettait la clause de variation de salaire par référence à une décision unilatérale de l'employeur - encadrée, contrôlée... -, il n'y aurait peut-être pas d'arbitraire ni d'atteinte aux droits fondamentaux ; il n'y en a sans doute pas dans les « prix catalogue ».

En revanche, il y aura très certainement une atteinte au principe suivant lequel le salaire doit, de préférence, être fixé par contrat ou par accord collectif. Sans doute, les dispositions du Code civil sont applicables au contrat de travail, mais elles doivent être articulées avec les règles de valeur législative qui gouvernent spécialement le contrat de travail. Dans cette perspective, le contrat de travail ne doit pas servir de support à l'exercice d'un pouvoir « quasi-réglementaire »⁽⁶⁷⁾, qui ruinerait en particulier l'obligation annuelle de négocier les salaires effectifs - autre manifestation du « principe de préférence »...

Du reste l'employeur, s'il veut vraiment standardiser les salaires, dispose d'un moyen très simple qui échappe à la plupart des autres contractants civils et commerciaux : ce moyen, c'est la convention collective.

Il est difficile de dire si c'est ce qu'avait en vue l'avocat général Jéol, lorsqu'il estimait dans ses conclusions de 1995 que le contrat de travail devait échapper au revirement auquel il était d'avis que l'assemblée plénière devait procéder⁽⁶⁸⁾.

Conclusion

30. La dissertation autour de deux principes qui vient d'être présentée peut être un peu désespérante, parce qu'elle ne laisse pas espérer de simplification de la hiérarchie des normes. La seule voie d'évolution crédible se trouve du côté du renforcement de la représentation des salariés. En effet, avec des négociateurs plus forts, une remise à plat du système ne serait pas inconcevable. La loi de 2008 a accompli un premier pas en ce sens, mais ses effets sont encore à venir.

Comme le relève Pierre Rodière dans sa contribution à ce colloque, dans le tome du traité dirigé par G.-H. Camerlynck consacré au salaire, Gérard Lyon-Caen intitulait un long paragraphe « *Fixation unilatérale des salaires réels* »⁽⁶⁹⁾. Le SMIC a depuis égalisé les conditions vers le bas. Pour le reste, il est à craindre que le constat ne soit toujours assez exact.

Mots clés :

SALAIRE * Généralités * Hiérarchie des normes * Principe de faveur

(1) Le II^{ème} colloque Gérard Lyon-Caen organisé par le Centre de recherche en droit social, Institut de recherches juridiques de la Sorbonne (Paris I), s'est tenu sur le thème du salaire. Outre la présente contribution, les actes en ont été publiés dans le n° 1/2011 de la revue :

Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen, par Pierre Rodière, p. 6⁽¹⁾.

De quoi le salaire est-il la contrepartie ?, par Gérard Couturier, p. 10⁽²⁾.

Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti, par Pierre-Yves Verkindt, p. 18⁽³⁾.

L'évitement du salaire, par Jean-Pierre Chauchard, p. 32⁽⁴⁾.

À travail inégal, salaire inégal, par Jean-Emmanuel Ray, p. 42⁽⁵⁾.

Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement, par Gilles Auzero et Jean-Marc Chonnier, p. 52⁽⁶⁾.

Des salaires à la négociation collective, par Jean-Denis Combrexelle, p. 59⁽⁷⁾.

V. not. A. Chevillard, « Les conflits de normes », *SSL* 2008, suppl. 1361 ; M. Morand, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 2009.900 ; Jean Pélissier, « La négociation sur les salaires : problèmes juridiques », *Dr. soc.* 84.678 ; M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004.579 ; B. Teyssié, « La réduction du salaire », *Dr. soc.* 84.695.

(2) « Le salaire », *Droit du travail*, Traité, dir. G.-H. Camerlynck, t. 2, Dalloz, 2^{ème} éd. 1981.

(3) V. pour une application Soc. 2 juill. 87, *B.* n° 444.

(4) On pourrait notamment citer le délit d'obtention abusive de services non rétribués ou insuffisamment rétribués (art. 225-13 C. pén., et pour une application à des « stagiaires », Crim. 3 déc. 2002, *B.* n° 215).

(5) Soc. 24 sept. 2008, *B.* n° 186.

(6) Cf. Jean-emmanuel Ray, ce numéro.

(7) V. M. Miné, « Les conclusions rendues en 2006 par le Comité européen des droits sociaux et concernant la France », *RDT* 2006.318.

(8) La France a ratifié la convention C 26 de l'OIT sur les méthodes de fixation des salaires minima.

(9) Soc. 7 avr. 2010, *B.* n° 86.

(10) Soc. 11 juill. 2000, *B.* n° 277. L'un des enjeux, bien évidemment, est de permettre au salarié de rechercher une rémunération de complément.

(11) Art. 4.3 *Tarifvertragsgesetz* : « *Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten* » (Les stipulations contractuelles différentes ne sont possibles, que pour autant qu'elles soient autorisées par l'accord collectif, ou que l'altération du règlement soit favorable aux salariés).

(12) V. J. Barthélémy, G. Cette, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Dr. soc.* 2006.24. « Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel », *Rev. fr. d'éco.*, vol. 25, n° 2, oct. 2010, p. 251.

(13) *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La Documentation française 2010. V. aussi S. Néron, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT*

2009.426. Il semble toutefois que, par rapport à des écrits précédents, les auteurs y aient nuancé leurs formulations.

(14) Décision n° 2004-494 DC, point 9.

(15) Art. L. 3121-24 C. trav.

(16) Art. L. 3122-2 C. trav. Sans incidence sur la rémunération de base, ces accords, en faisant disparaître certaines heures supplémentaires, influencent évidemment la rémunération globale, par exemple le salaire annuel.

(17) V. P. Rodière, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi "Fillon" sur le dialogue social », *SSL* 2003, n° 1148.

(18) V. Marie-Armelle Souriac, « Accord métallurgie sur le temps de travail : de l'usage sophistiqué des niveaux de négociation collective », *RDT* 2006.254 ; P. Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme », *SSL* 2008, n° 1370.

(19) P. Morvan, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009.679.

(20) V. Ghestin, Billiau, Loiseau, « Le régime des créances et des dettes », *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, n° 845.

(21) Circ. MRT/T04/11401C, *DRT* n° 09. V. l'analyse *SSL* 2004, n° 1184.

(22) CCN des journalistes, art. 22 ; v. Soc. 4 fév. 2009, *B.* n° 34.

(23) CCN des personnels roulants grands routiers ou longue distance, accord du 12 nov. 1998.

(24) *Op. cit.*, n° 104.

(25) Soc. 11 juill. 56, *JCP* 56, II, 9694.

(26) V. le bilan dressé par la DGT en 2008, *SSL* 2008, n° 1358.

(27) V. p. ex. Soc. 14 nov. 2007, *B.* n° 190 (renvoi par l'usage à une CCN non applicable) ; Soc. 30 juin 2010, 08-43733 (renvoi par l'acte unilatéral à la CCN).

(28) Article 5-1, ANI des VRP du 3 oct. 1977, mod. 1982.

(29) V. Soc. 29 sept. 2009, B. n° 207, pour un exemple.

(30) Accord du 21 février 2008 sur la rémunération des marins « à la part ».

(31) P. ex. CCN étendue du personnel sédentaire des entreprises de transport de marchandises de la navigation intérieure, accord n° 2-2000 du 5 septembre 2000 relatif à la réduction du temps de travail, art. 14.3.

(32) CJUE, 3 avr. 2008, C-346/06, *Europe* n° 5, mai 2008, L. Driguez, comm. 151.

(33) Il faut vraisemblablement se garder de tirer des conclusions définitives de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 septembre 2010 (n° 08-41361). en effet, il semble, à ce que soutient le professeur Christophe Radé (sur Lexbase.fr), que l'arrêt d'appel se fondait sur un engagement contractuel de l'employeur portant sur le mode de calcul des heures supplémentaires.

(34) Cf. Barthélémy et Cette, *Rev. fr. d'éco.*, préc., p. 273.

(35) Il s'agit notamment, pour les deux auteurs, de faciliter l'application d'accords de défense de l'emploi, qui réduisent provisoirement durée du travail et salaire. Toutefois, l'argument tiré de l'exemple allemand est à écarter, lesdits accords tirant largement leur efficacité, en droit allemand, de clauses de renvoi figurant dans les contrats de travail. Cf. P. Rémy, « Le renvoi à la convention collective dans le contrat de travail en droit allemand et la directive transfert », (CJCE *Werhof*, 9 mars 2006). « Le droit comparé en renfort - au secours ? - du droit européen », *Dr. soc.* 2007.341.

(36) Art. L. 132-10 (1978) C. trav.

(37) *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1936, n° 137.

(38) Durand et Vitu, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 332.

(39) *Droit du travail*, Thémis, PUF, 4^{ème} éd., 1966, p. 262.

(40) Toutefois, le vocabulaire est parfois flottant, legs peut-être de la période d'économie administrée (v. Soc. 18 mai 77, B. n° 332, il est vrai dans une espèce très particulière).

(41) Voir par exemple Soc. 27 juin 2000, *B.* n° 247 ; Soc. 10 juin 2003, *B.* n° 192.

(42) Soc. 16 nov. 1993, *B.* n° 273.

(43) Cons. const. 13 janv. 2003, déc. 2002-465 DC, point 4 ; 19 nov. 2009, déc. 2009-592 DC.

(44) Art. L. 2221 C. trav., L. 2232-11 C. trav.

(45) Comme l'insertion de clauses appropriées dans les contrats (solution allemande), ou encore la modification coordonnée des contrats (sur le cas Bosch, v. François Gaudu, « Les accords de méthode », *Dr. soc.* 2008.915).

(46) Voir R. A. Gorman, *Basic text on labor law, unionization and collective bargaining*, West Publishing Co, Saint Paul, Minn., 1976, pp. 375 et s. : la loi Wagner « oblige l'employeur à négocier avec le syndicat majoritaire sur tous les sujets qui peuvent être rattachés aux "taux de salaire, rémunérations, horaires de travail et autres conditions de travail et d'emploi". Il est tout aussi important qu'elle oblige l'employeur à ne pas négocier avec d'autres personnes (individus ou groupements) que le syndicat majoritaire ». V. aussi M. R. Carrell, C. Heavrin, *Labor relations and collective bargaining*, Pearson, Prentice Hall, New Jersey, 2004, p. 141.

(47) L'objet de l'*Employee Free Choice Act* actuellement sur agenda aux États-Unis (il a déjà été adopté en 2007 par la Chambre des Représentants, ce qui bien entendu ne règle rien) est précisément, en cas d'échec de la négociation pendant les 90 jours qui suivent la première certification, de faire appel à une médiation et, en cas d'insuccès de celle-ci, au terme d'un délai de 30 jours, de permettre que le contenu de la convention collective soit fixé par un arbitrage qui lie les parties pendant deux ans.

(48) Cf. Gérard Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 79.350.

(49) Cela ne signifie pas qu'il soit fondé de traiter l'accord collectif comme un acte unilatéral. Aussi bien l'acte collectif réalise-t-il le droit des travailleurs à la négociation collective.

(50) Cons. const., 11 juin 1963.

(51) Ce numéro.

(52) Rappr. Soc. 20 déc. 2006, *B.* n° 378.

(53) Soc. 13 fév. 96, *B.* n° 59.

(54) Du moins lorsque celui-ci intervient *praeter legem*.

(55) Soc. 10 mars 2010, 08-44950, *RDT* 2010.382, obs. H. Tissandier.

(56) L'acte unilatéral *secundum legem* : règlement intérieur, PSE...

(57) Soc. 20 oct. 98, *B.* n° 435 ; *Dr. soc.* 99.128, note Langlois.

(58) Soc. 16 janv. 2008, *B.* n° 11, pour l'application de l'article L. 3121-3 C. trav. relatif aux temps d'habillage et de déshabillage.

(59) Soc. 18 juin 1996, *B.* n° 252.

(60) Soc. 4 fév. 2003, *B.* n° 38.

(61) En *common law*, les promesses, pour avoir force obligatoire, doivent avoir une *consideration*, c'est-à-dire une contrepartie négociée en échange de la promesse. Les promesses à titre gratuit n'ont donc pas la valeur d'engagements contractuels. Toutefois, lorsqu'une promesse faite sans *consideration* conduit l'autre partie à changer de position, sur le fondement de la *reliance* - de la confiance faite à l'auteur de la promesse - par exemple à engager des frais, cette promesse devient dans une certaine mesure contraignante pour son auteur. N'est-ce pas le type de raisonnement qui a initialement conduit la Cour de cassation à donner force obligatoire aux usages d'entreprise, dans une période où l'engagement par volonté unilatérale n'était certes pas admis, mais où cependant, vu le manque de main d'œuvre qui prévalait alors, il était très apparent que les « treizièmes mois » avaient pour effet de dissuader les salariés qui escomptaient en bénéficier de démissionner ?

(62) Soc. 5 juin 2008, 07-41186.

(63) AP 1^{er} déc. 95, *B.* n° 8.

(64) *Les clauses de variation du contrat de travail*, dir. P. Rodière, thèse Paris 1 2009.

(65) V. sur le sujet ses observations, « la portée des arrêts du 1^{er} décembre 1995 relatifs à la détermination du prix au regard de leurs justifications », *Liber amicorum* Gilles Goubeaux, LGDJ 2009, p. 183, qui éclairent à plusieurs égards la question ici évoquée.

(66) V. p. ex. Soc. 8 janv. 2002, *B.* n° 3 ; Soc. 5 juin 2008, 07-41186 ; Soc. 24 mars 2010, *B.* n° 71 ; Soc. 30 mai 2000,

B. n° 206. Rappr. Soc. 1^{er} juill. 2008, B. n° 147.

(67) J'emprunte cette notion à la thèse presque achevée de Fabrice Rosa.

(68) « Lorsque, pour certaines catégories de contrats tels que ceux concernant le travail salarié, les assurances, les baux ou l'accession à la propriété immobilière, le prix du bien ou du service est régi par des dispositions spécifiques, les règles de droit commun - celles de l'article 1129 comme celles de l'article 1134, al. 3, du Code civil - n'ont généralement plus lieu de s'appliquer » (ces conclusions sont reproduites sur le site de la Cour de cassation).

(69) N° 114 s.

Copyright 2021 - Dalloz – Tous droits réservés