

Séance AFDT du 27 avril 2007 (Palais de Justice de Paris)

**Présentation de sa thèse, *L'ordre public en droit du travail* (Univ. Paris 1)
par Florence CANUT,
Maître de conférences à l'Université Montpellier 3
Lauréate du prix de thèse AFDT 2005**

Lorsque j'ai déposé mon sujet de thèse, le titre devait en être « L'ordre public social en droit du travail ». Il m'apparaissait alors confusément que l'ordre public social pouvait se confondre avec l'ordre public du droit du travail. Pourtant, au fil des recherches et des réflexions, la nécessité de définir et de clarifier le concept d'ordre public social m'a amenée à distinguer ordre public social et ordre public en droit du travail. Si on accepte de voir dans l'ordre public social une technique qui désigne la perfectibilité des règles étatiques en droit du travail, cette technique ne suffit pas à décrire l'ensemble des mécanismes qui mettent en œuvre le concept d'ordre public dans cette branche du droit. En effet, à côté des règles perfectibles, existent des normes d'ordre public absolu, qui ne supportent aucun aménagement. En outre, depuis 1982 en pratique, l'ordre public en droit du travail a pu revêtir une forme nouvelle, avec l'ordre public dérogeable, expression désignant les règles qui, souvent d'ordre public absolu, parfois d'ordre public social, deviennent supplétives par rapport aux conventions et accords collectifs de travail. L'étude du concept d'ordre public social est ainsi inséparable de celle d'ordre public absolu et d'ordre public dérogeable. Cela revenait à étudier l'ordre public en droit du travail.

C'est donc d'abord à un important travail de définition que m'a conduite l'étude de l'ordre public en droit du travail, cette dernière devant également tenir compte de la subdivision entre règles d'ordre public de protection et règles d'ordre public de direction.

Un sujet portant sur l'ordre public en droit du travail conduit à s'interroger sur sa particularité par rapport à d'autres ordres publics de protection. Il m'est alors apparu que les modalités d'intervention de l'ordre public du droit du travail ne présentent pas une véritable originalité. L'ordre public de protection se caractérise notamment par une certaine méfiance vis-à-vis de la liberté contractuelle. Tirant les conséquences du profond déséquilibre qui prévaut entre les parties contractantes, dans certains contrats, l'ordre public de protection ne permet qu'un aménagement « orienté » des obligations contractuelles. Contrairement aux règles d'ordre public de direction, qui ne souffrent

aucun aménagement, fût-ce pour bénéficier à la partie faible, les règles relevant de l'ordre public de protection sont « perfectibles », en ce sens qu'elles sont susceptibles d'amélioration au profit de la partie protégée. L'ordre public du droit de la consommation, par exemple, connaît également la technique de la perfectibilité des règles étatiques, même si elle n'y est pas affirmée de façon aussi générale qu'en droit du travail.

La méfiance de l'ordre public de protection vis-à-vis de la liberté contractuelle se manifeste par ailleurs par l'encadrement de la renonciation de la partie faible à des dispositions légales. La renonciation à une disposition d'ordre public de protection est généralement admise, à condition que le droit auquel la partie protégée renonce lui soit déjà acquis. Si cette théorie semble être consacrée en droit de la consommation, le droit du travail en est arrivé, quant à lui, à être plus exigeant. Dans la plupart des hypothèses, la renonciation du salarié ne sera permise qu'après la rupture du lien contractuel. Ceci est valable que les droits en question soient issus de la loi ou du statut collectif.

Les règles relevant de l'ordre public de protection doivent être sanctionnées de façon à ce que l'objectif de protection poursuivi ne soit pas détourné. La possibilité d'invoquer la nullité doit être réservée à la partie protégée. Il est ainsi à peu près unanimement admis aujourd'hui que, si les dispositions qui violent l'ordre public de direction sont nulles d'une nullité absolue, celles qui sont contraires à l'ordre public de protection sont sanctionnées par une nullité relative. Cette distinction est consacrée en jurisprudence, aussi bien en droit du travail qu'en droit de la consommation.

Lorsque le règle violée relève de l'ordre public de protection, l'objectif poursuivi par la disposition en cause devrait conduire le juge à relever d'office la nullité chaque fois que l'intérêt de la partie protégée l'exige. En droit de la consommation, la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation ne semble pourtant pas en ce sens. Cette jurisprudence, critiquable, pourrait entrer en contradiction avec la position de la Cour de justice des Communautés européennes.

En droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas clairement affirmé que le pouvoir des juges de soulever d'office une nullité d'ordre public de protection devait varier selon que ce pouvoir aboutit à protéger le salarié ou, au contraire, se retourne contre lui. Il est certain, en revanche, que la chambre sociale dénie ce pouvoir au juge du fond lorsque tel n'est pas l'intérêt du salarié. Par ailleurs, certaines décisions ont reconnu au juge le pouvoir d'appliquer d'office une disposition d'ordre public de protection alors que le salarié, peut-être par ignorance, ne l'avait pas sollicitée.

La spécificité de l'ordre public du droit du travail par rapport aux autres ordres publics de protection, en particulier celui du droit de la consommation, n'est pas flagrante. Il a pourtant été si souvent question de l'ordre public au sens du droit du travail... Ne fallait-il pas alors chercher cette spécificité du côté de l'ordre public social ?

Pour répondre à cette question, il m'est apparu nécessaire non seulement de définir précisément le concept d'ordre public social mais également de mesurer son rôle exact au sein du droit du travail.

L'expression d'ordre public social doit être réservée à la désignation des règles étatiques qui, en droit du travail, sont susceptibles d'amélioration au bénéfice des salariés. Ces règles, relevant de l'ordre public de protection, n'en demeurent pas moins impératives. La faculté d'améliorer une dispositions légale ou réglementaire ne transforme pas pour autant cette dernière en norme supplétive. Une clause conventionnelle ou contractuelle plus favorable que la règle étatique ne porte nullement atteinte à l'impérativité de cette dernière, dans la mesure où le minimum prévu par la loi ou le règlement est bien respecté. Les lois d'ordre public social appartiennent donc bien à la catégorie des lois d'ordre public. Simplement, fixant un plancher protecteur, elles ne découragent pas toute velléité contractuelle.

L'ordre public social, entendu au sens de la perfectibilité des lois et règlements, trouve incontestablement sa source dans la première phrase de l'article L. 132-4 du Code du travail : « *La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* ». Même si des règles d'ordre public de protection perfectibles existent ailleurs qu'en droit du travail, la possibilité d'aller au-delà du plancher légal n'y a pas été consacrée avec la même force, à travers l'édiction d'une règle générale comparable à celle de l'article L. 132-4 du Code du travail. La consécration d'une telle règle a été rendue possible par le rôle prépondérant que jouent, en droit du travail, les conventions et accords collectifs. Dans aucune autre branche du droit, le développement des législations de protection du contractant faible n'a conduit à l'élaboration du droit par les intéressés.

La véritable originalité de l'ordre public du droit du travail réside dans le mécanisme de combinaison des normes, désigné sous l'expression « principe de faveur ». L'étude de l'ordre public en droit du travail m'a semblé indissociable de celle du principe de faveur. Ce dernier découle de l'ordre public social : c'est parce que la plupart des règles étatiques en droit du travail sont perfectibles, qu'un concours

de normes peut se présenter. En outre, jusqu'à aujourd'hui tout au moins, ce principe était d'ordre public, tant pour les partenaires sociaux que pour les parties au contrat de travail.

La nécessité de clarifier les concepts d'ordre public social et de principe de faveur m'a amenée à distinguer ces deux notions. La notion d'ordre public social joue au niveau de la création des normes : en vertu de ce principe, la loi autorise l'adoption de dispositions plus favorables aux salariés. Toute disposition moins favorable, contenue dans une convention ou un accord collectif, dans un engagement unilatéral de l'employeur, voire dans le contrat individuel de travail, est nulle ou encourt l'annulation. L'ordre public social est donc un mécanisme qui conditionne la validité des normes à leur conformité aux lois et règlements. Cette conformité sera acquise chaque fois que la stipulation en cause ne sera pas moins favorable au salarié que la règle étatique correspondante.

Le principe de faveur, quant à lui, joue au niveau de l'application des normes : lorsque deux normes ou, plus pratiquement, deux dispositions sont en conflit la plus favorable sera, seule, appliquée au salarié. Il est difficile de soutenir que la clause du contrat de travail, moins favorable que la disposition correspondante d'une convention collective, par exemple, est nulle. Doctrine et jurisprudence se prononcent pour la substitution de la clause plus favorable de l'acte conventionnel et la mise à l'écart, provisoire, de la clause concurrente contenue dans le contrat de travail. Le même raisonnement est transposable aux relations entre dispositions issues d'un engagement unilatéral de l'employeur et du contrat de travail. Il en est de même, encore, des rapports entre conventions et accords collectifs de niveaux géographiques différents. En l'absence d'un principe de hiérarchie structurelle entre conventions collectives, il est difficile de soutenir que le respect du principe de faveur par la convention « inférieure » est une condition de sa validité. Le principe de faveur joue donc au niveau de l'applicabilité des normes, sans préjuger de leur validité.

L'expression « ordre public social » paraît donc devoir être réservée aux règles étatiques et désigner, au niveau de la création des normes, la faculté d'adopter des dispositions plus favorables aux salariés que celles résultant des lois et règlements en vigueur. Le principe de faveur, quant à lui, intervient au niveau de l'application des normes et a vocation à résoudre tous les conflits de normes. Ce principe semble donc bien donner à l'ordre public du droit du travail sa coloration particulière. Ceci m'a paru d'autant plus vrai qu'il a été consacré par les plus hautes juridictions françaises : principe fondamental du droit du travail pour le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation et principe général du droit pour le Conseil d'État. Mais les choses sont-elles aussi claires depuis l'adoption de la loi du 4 mai 2004 relative à la réforme du dialogue

social ? Cette loi, qui conduit à écarter la règle de l'application de la disposition la plus favorable dans les rapports entre conventions collectives de niveaux différents, lui fait-elle perdre le rang de principe fondamental du droit du travail ou celui de principe général du droit ? Il ne le semble pas. En effet, le principe de faveur, tel qu'il a été consacré par le Conseil d'État et la Cour de cassation, transcende le cadre des seules relations entre conventions de champ d'application général et conventions de champ d'application spécial, ou entre conventions de branche et conventions d'entreprise. Tous les conflits de normes doivent être réglés par référence à ce principe. Par conséquent, pour tout ce qui ne concerne pas les conflits entre conventions collectives de niveaux différents, le principe de faveur reste la règle de résolution du concours. En outre, lorsque le législateur prévoit, dans les articles L. 132-13 et L. 132-23 nouveaux, le principe de la supplétivité de l'accord de niveau « supérieur », il exprime ce principe en énonçant que les accords de niveaux « inférieurs » peuvent *déroger* au premier. Même si la faculté de dérogation est érigée en principe, l'emploi même du terme « déroger » démontre qu'il s'agit-là d'une exception au principe normalement applicable en cas de concours de normes, c'est-à-dire au principe de faveur. Autrement dit, ce n'est qu'à titre d'exception que ce principe ne régit plus les rapports entre normes conventionnelles de niveaux différents. Celui-ci garde donc son rang de principe fondamental ou de principe général du droit.

Toujours dans un souci de clarification des concepts, il s'est avéré nécessaire de faire le point sur les diverses interprétations auxquelles avaient pu donner lieu l'ordre public social et le principe de faveur et de distinguer le vrai du faux. À cet égard, il m'est apparu que l'ordre public social est une technique qui, à législation constante, permet d'améliorer la situation des salariés mais qui n'empêche pas l'adoption de lois de régression sociale ou, à tout le moins, d'assouplissement. Des lois peuvent, techniquement, prendre la forme de normes d'ordre public social, en édictant des dispositions minimales susceptibles d'être dépassées au profit des salariés, sans pour autant constituer un progrès au niveau social. L'ordre public social ne confère pas au droit du travail un caractère progressiste au sens socio-historique du terme. Si caractère progressiste du droit du travail il y a, c'est uniquement au sens technique du terme : à législation constante, la fonction dite négative de l'ordre public social permet de ne pas descendre en deçà du minimum légal ou réglementaire.

Dans le même sens, l'expression « principe de faveur » ne signifie nullement que le droit du travail est uniquement préoccupé d'assurer la protection des salariés. Il s'agit d'un droit profondément ambivalent et « principe de faveur » ne se traduit pas, que ce soit dans la loi ou en jurisprudence, par « principe d'interprétation favorable aux salariés ».

Une fois les concepts d'ordre public social et de principe de faveur clarifiés, il a fallu prendre la mesure des transformations qu'ils ont pu subir récemment en droit positif. La première de ces transformations réside dans la faculté d'adopter des accords dérogatoires aux lois et règlements. Là aussi, il a été nécessaire de se pencher sur le concept même d'accord dérogatoire.

Avant cette recherche, il me semblait que les accords dérogatoires se caractérisaient par la faculté de dégrader la situation des salariés par rapport aux prévisions légales et réglementaires. Il m'est apparu ensuite que le mécanisme de la dérogation conduit à écarter une règle normalement applicable, sans que l'on puisse toujours dire si la règle qui lui est substituée est moins favorable ou simplement différente. La réforme du dialogue social a fait disparaître l'enjeu relatif au droit d'opposition, jusqu'alors réservé notamment aux accords dérogatoires d'entreprise. Désormais, tous les accords collectifs, dérogatoires ou non, doivent répondre à des conditions de légitimité renforcée, tenant soit à une majorité d'engagement, soit à une majorité d'opposition. N'aurait-il pas été judicieux de maintenir l'exigence de conditions spécifiques s'agissant des accords dérogatoires ? Cela aurait eu au moins le mérite de ne pas les banaliser et de les distinguer des accords « classiques ». En ce sens, il aurait été concevable d'exiger que ces accords soient signés par des syndicats majoritaires, ceux-ci ayant fait en outre la preuve de leur représentativité. La voie de la signature minoritaire avec faculté d'opposition majoritaire aurait dû leur être refusée pour ne concerner, éventuellement, que les accords non dérogatoires. Cette exigence de signature majoritaire aurait dû aussi bien s'appliquer aux accords dérogatoires de branche qu'aux accords dérogatoires d'entreprise.

Les accords dérogatoires se distinguent des accords de facture classique essentiellement en ce qu'ils réalisent une mise à l'écart de la norme à laquelle ils dérogent. Lorsque, mettant en œuvre la faculté d'amélioration des règles étatiques, les partenaires sociaux adoptent des dispositions plus favorables aux salariés, ils n'opèrent aucune dérogation. L'expression d'« accords dérogatoires » doit servir à désigner uniquement les accords qui, mettant à l'écart une disposition impérative, ne visent pas à accroître les avantages offerts aux salariés.

La qualification d'accords dérogatoires est déterminante pour la protection des droits des salariés car ce type d'accords est soumis à un contrôle législatif étroit. La difficulté à se prononcer sur le caractère dérogatoire ou non de certains accords collectifs a pu permettre l'éclosion de théories tendant à leur dénier ce qualificatif. Il s'agirait en réalité d'accords mettant en œuvre des règles parallèles aux règles étatiques, sans y déroger pour autant. L'existence de facultés optionnelles entre

différentes formules prévues par la loi, qui conduirait à réduire le champ des accords dérogatoires, semble relever de la prospective juridique. En effet, parmi les thèmes ordinairement cités à ce propos, aucun n'apparaît véritablement comme illustrant la présence de règles parallèles. La consécration de facultés optionnelles, pressenties essentiellement en matière de durée du travail, ne pourrait se faire qu'en réduisant la présence des règles d'ordre public. Donner le choix entre plusieurs figures également applicables rend bien chacune d'entre elles simplement supplétives. Or, cette solution présenterait des dangers pour les salariés, dans un domaine entièrement soumis à des règles d'ordre public et principalement d'ordre public absolu.

Le domaine de l'ordre public dérogeable ne concerne que les accords dérogatoires au sens strict du terme, c'est-à-dire les accords qui écartent une règle *étatique* en principe applicable. Les facultés de déroger, conventionnellement, à une convention collective de niveau « supérieur », consacrées de manière générale par la loi du 4 mai 2004 ne sont pas ici concernées. En effet si, dans ces hypothèses, le principe de faveur est bien remis en cause, le principe de l'ordre public social n'est pas touché. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de *l'ordre public* dérogeable.

La faculté d'adopter des accords dérogatoires conduit, non seulement, à porter atteinte au mécanisme de l'ordre public social mais également au principe de faveur, tout au moins s'agissant des rapports entre normes étatiques et accords collectifs. Mais l'accord dérogatoire peut entrer en conflit avec d'autres normes, le fait qu'il mette à l'écart la norme à laquelle il déroge ne le mettant nullement à l'abri de l'application concomitante d'autres règles. Je me suis alors posé la question de savoir si le principe de faveur était toujours apte à intervenir dans ce type de conflits ou si, au contraire, il fallait admettre que la dérogation emporte, quel que soit le cas de concours, sa mise à l'écart.

Les termes du débat ont été renouvelés par la réforme du dialogue social, tout au moins en ce qui concerne les conflits entre accords collectifs. La loi du 4 mai 2004 ne permet toutefois d'écarter le principe de faveur que dans les rapports entre accords collectifs de niveaux différents. La question de savoir si ce principe a vocation à jouer dans les rapports entre normes conventionnelles de même niveau impliquant un accord dérogatoire se pose donc toujours dans les mêmes termes. En outre, la question des rapports entre normes conventionnelles de niveaux différents impliquant un accord dérogatoire mérite toujours d'être examinée, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, même après l'adoption de la loi du 4 mai 2004, la question de savoir si le principe de faveur reste applicable dans les conflits entre accords collectifs de niveaux différents pourra continuer à se poser, l'article 45 de la loi prévoyant sa non-rétroactivité. Les

accords collectifs conclus avant l'entrée en application de la réforme sont donc concernés par la question. Ensuite, l'étude du devenir du principe de faveur dans les rapports entre normes conventionnelles, dont l'une au moins est dérogatoire, permet de mesurer l'ampleur des bouleversements opérés par la réforme. Enfin, on ne peut pas écarter la possibilité d'un mouvement législatif en sens inverse.

Malgré les difficultés inhérentes à l'appréciation des dispositions en concours, le principe de faveur, étant donné sa généralité et sa valeur en droit positif, n'a pas de raison d'être écarté en tant que règle de résolution des concours de normes conventionnelles de même niveau impliquant un accord dérogatoire. Il est également approprié pour résoudre les conflits entre un accord dérogatoire et un accord collectif « classique » de niveau différent. Les accords dérogatoires d'entreprise, par exemple, sont autorisés à déroger à la loi ; rien ne permettait jusqu'à aujourd'hui de soutenir qu'ils étaient également autorisés à déroger à l'accord de branche de droit commun. La loi du 4 mai 2004 bouleverse ces données, mais l'adoption de cette règle expresse tend en tout cas à démontrer que, jusqu'ici, le mode normal de résolution des concours de normes conventionnelles impliquant un accord dérogatoire se trouvait dans le principe de faveur.

La même logique doit prévaloir lorsque l'accord dérogatoire n'est plus en concours avec une autre norme conventionnelle mais avec le contrat individuel de travail. Tant que la comparaison entre la norme conventionnelle et le contrat individuel s'opère *in concreto*, le salarié doit pouvoir s'opposer à un accord dérogatoire moins favorable que son contrat. Le fait qu'un accord collectif ne puisse pas modifier le contrat de travail vient également renforcer cette solution.

Les concours entre accords dérogatoires de même niveau doivent également se régler par application du principe de faveur. Ce principe, en tant que norme de structure de l'ordre juridique, c'est-à-dire en tant que norme destinée à régler la création du droit, ne peut être écarté que si le législateur le prévoit expressément, ce qu'il n'a pas fait. Le principe de faveur a également vocation à régler les conflits opposant les accords dérogatoires de niveaux différents conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 et, en particulier, les conflits entre les accords de dérogatoires de branche et d'entreprise. Une disposition législative expresse était là aussi nécessaire pour que l'accord d'entreprise dérogatoire puisse déroger à l'accord de branche dérogatoire. Des décisions des juges du fond avaient entériné ce raisonnement, en condamnant la mise à l'écart du principe de faveur résultant du caractère supplétif de certains accords de branche par rapport aux accords d'entreprise. Cette position est clairement condamnée par la réforme du dialogue social. Désormais,

pour les accords conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, l'accord d'entreprise, dérogatoire ou non, pourra déroger à l'accord de branche, dérogatoire ou non, sauf interdiction expresse de ce dernier.

Dans l'étude des transformations subies par le principe de faveur, il m'a semblé nécessaire de me pencher ensuite sur l'évolution du rôle des conventions collectives vers un échange de contreprestations. Le phénomène le plus marquant, s'agissant des accords conclus au cours de la dernière période, est sans doute le développement de l'emploi comme monnaie d'échange. Si l'on s'accorde bien à caractériser le synallagmatisme par référence à la théorie de la cause, la figure de l'accord donnant-donnant s'incarne de la manière la plus éclatante dans les accords comportant des engagements en matière d'emploi. Ce type d'engagement apparaît comme décisif dans la signature syndicale ; il constitue la cause de la concession syndicale.

Je me suis alors naturellement posé la question de la sanction des accords donnant-donnant. Le caractère synallagmatique marqué de ces accords ouvre des perspectives encore inusitées. La sanction des engagements en matière d'emploi doit tenir compte du fait que, bien souvent, ces engagements sont la contrepartie de concessions obtenues des syndicats, concessions qui produisent leurs effets directement à l'égard des salariés. Ces derniers peuvent soit être désormais soumis à une organisation du travail dérogatoire, source de nouvelles contraintes, soit perdre des avantages de nature salariale. La question des accords synallagmatiques entretient un rapport étroit avec celle de l'ordre public lorsque l'accord en question est en même temps un accord dérogatoire. Le non-respect de ses engagements par l'employeur devrait être sanctionné par un retour à la norme d'ordre public écartée. Dans le même sens, et sans que l'accord d'entreprise déroge aux lois et règlements, il est possible qu'il déroge aujourd'hui à l'accord de branche. La mise à l'écart d'une disposition conventionnelle de branche peut alors apparaître comme la contrepartie à un engagement en matière d'emploi, pris dans l'accord d'entreprise. Que l'accord donnant-donnant apparaisse comme un accord dérogatoire au sens strict du terme, ou qu'il déroge simplement à l'accord de branche, le lien d'indivisibilité entre la règle écartée et l'engagement en matière d'emploi doit permettre le retour de la norme écartée, d'ordre public ou impérative, lorsque l'engagement patronal est inconsistant ou non respecté par l'employeur. C'est alors vers les mécanismes issus du droit commun des contrats qu'il convient de se tourner. Il s'agit d'une part, d'admettre la nullité de l'accord pour absence de cause lorsque les engagements patronaux, vagues et indéterminés, ne procurent que des avantages illusoires aux salariés. Et il s'agit, d'autre part, en cas de violation de ses engagements par l'employeur, de solliciter les mécanismes relatifs à

l'inexécution des contrats synallagmatiques, comme la résolution pour inexécution ou l'exception d'inexécution.

Une fois appréhendé le phénomène du développement des accords synallagmatiques, je me suis demandé quel était l'impact de cette évolution sur les rapports entre les sources du droit du travail. Pour rendre efficaces ces accords « donnant-donnant », la jurisprudence a été conduite à faire évoluer le mode de comparaison des avantages, élaboré à une époque où le phénomène des accords donnant-donnant était marginal. La prise en compte des avantages ayant le même objet ou la même cause est-elle adaptée aux accords qui présentent les aspects d'un contrat synallagmatique ? Rien n'est moins sûr. En effet, le découpage traditionnel des normes en concours risque de heurter l'indivisibilité qui existe entre des clauses qui se servent mutuellement de cause. C'est la raison pour laquelle certains arrêts ont adopté une méthode de comparaison plus globale, permettant la prise en compte de la réciprocité des obligations dans les accords donnant-donnant et, en particulier, la cause de l'engagement patronal en matière d'emploi. Toutefois, force est de reconnaître que plus la méthode est globale, moins elle est favorable aux salariés, qui se verront refuser le cumul d'avantages qui, pourtant, n'ont pas le même objet ou la même cause. Il est certain en tout cas que la comparaison globale des accords en concours modifie la portée originaire du principe de faveur. Cet inconvénient pour les salariés doit certainement être compensé par une vigilance accrue s'agissant du contrôle du respect des engagements patronaux. Ceci est d'autant plus impérieux que les engagements en matière d'emploi, et les accords donnant-donnant sur lesquels ils débouchent, sont également susceptibles de modifier la portée du principe de faveur dans les rapports entre normes conventionnelles et contrat individuel de travail.

Malgré la logique qu'il y a à admettre que le salarié est seul juge de son propre intérêt lorsque son contrat est en jeu, il semble que la jurisprudence revienne à une nécessaire vérification du caractère plus favorable du contrat pour que celui-ci réalise la mise à l'écart d'une disposition conventionnelle. Or, il est à craindre que cette vérification ne conduise les juges, s'agissant des accords donnant-donnant, à adopter un mode de comparaison global des avantages, au nom de l'intérêt collectif et du tout pour l'emploi.

L'étude des transformations de l'ordre public en droit du travail m'a ensuite amenée à m'interroger sur les rapports entre loi et négociation collective. Les évolutions récentes qui ont affecté la notion d'ordre public en droit du travail n'ont pas manqué de déboucher sur une remise en cause de la loi elle-même. Dénoncée comme omniprésente, il s'agirait de réduire son influence au profit des conventions et accords

collectifs. Un modèle souvent prôné est celui du partage des compétences entre législateur et partenaires sociaux. La loi du 4 mai 2004 ne reprend cependant pas ces propositions. La loi « *de modernisation du dialogue social* » du 31 janvier 2007 ne le fait pas non plus. Elle prévoit simplement d'associer les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel à « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* ». Cette orientation doit être approuvée, la loi ne devant pas partager sa compétence avec les partenaires sociaux, mais prévoir l'articulation de leurs relations en termes de complément et non d'opposition. Garante de l'intérêt général, la loi doit conserver son rôle de préservation de l'égalité, ce qu'elle tend à faire en édictant des dispositions, qu'elles soient d'ordre public social ou d'ordre public absolu. Réserver des thèmes à la négociation collective, empêcherait la loi de remplir sa fonction de filet de protection, souvent minimal.

L'essor de l'ordre public dérogeable, en même temps que la consécration de l'autonomie de la convention collective d'entreprise, risquent de donner demain sa véritable spécificité à l'ordre public du droit du travail. Or, paradoxalement par rapport à son histoire, l'ordre public de protection du droit du travail risque d'être moins protecteur de la partie faible que les autres ordres public de protection qui, à l'instar du droit de la consommation, n'admettent pas de descendre en dessous des minima posés par la loi. L'ordre public du droit du travail risque donc de briller davantage par son aspect flexible que par son aspect protecteur.