

**LA FAVEUR,
rouage du droit ou indice de non-droit**

Compte rendu de la réunion de recherche
du mardi 20 février 2007 au CERSA

La faveur : aspects de droit social

Etaient présents : les professeurs Jacques Chevallier, directeur du CERSA, Gilles Guglielmi (Paris-II), Marie-Christine Kessler, dir. adjointe du CERSA, Géraldine Chavrier de l'université de Lille-II, Sophie Nadal, maître de conférences à l'université de Cergy-Pontoise, Madame Olivia Bui-Xan, maître de conférences à l'université d'Evry, Messieurs Jean-Claude Pacitto, maître de conférences à Paris-XII, Clément Chauvet, Grégory Houillon, doctorants à Paris-II

Etaient excusés : Les Pr Michel Borgetto (Paris-II), Geneviève Koubi (directeur du CER:FDP), Madame Claudine Haroche, Directeur de recherches au CNRS, Mesdames Céline Bigot, docteur de Paris-X, J.-F. Boudet, maître de conférences à Paris-V, Renaud Bourget.

I. La séance s'ouvre par une communication de Madame Isabelle Meyrat, maître de conférences à l'université de Cergy-Pontoise.

Faveur et droit du travail (résumé de l'auteur)

Le droit du travail constitue sans doute l'une des branches du droit français où les controverses jurisprudentielles et doctrinales tenant à la positivité et à la signification d'une règle, voire d'un principe dit de faveur, ont été et demeurent les plus intenses.

Dans cette discipline, le principe de faveur y est généralement accepté comme une donnée d'expérience ou d'évidence.

Pourtant, l'expression « principe de faveur » est absente du langage légiféré. Elle a été adoptée par la doctrine au début des années 90, puis consacrée dans quelques décisions rendues par les juridictions du fond ainsi que dans la circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social. Mais la récente consécration de la formule dans les discours juridiques ne veut pas dire que la substance normative qui s'y loge n'était pas déjà présente sous d'autres registres de nomination. Ainsi, dans le prolongement de son fameux avis du 22 mars 1973¹, le Conseil d'Etat a découvert « un principe général du droit du travail » interdisant au pouvoir réglementaire de prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables que les dispositions qu'il a lui-même adoptées².

Pour sa part, la Cour de cassation a consacré un « principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »³.

Si l'on repère aujourd'hui incontestablement des traces de positivité d'un critère de faveur, voire d'un « principe » de faveur en droit du travail (I), la part d'ombre qui l'entoure n'est sans doute pas étrangère au contexte dans lequel la doctrine et la jurisprudence l'ont découvert, puis formulé. Paradoxalement donc, son essor dans les discours juridiques est inhérent à sa contestation et à sa remise en cause (II).

¹ CE. 22 mars 1973, Dr. soc. 1973, p. 514.

² CE. 8 juillet 1994.

³ Cass. soc. 17 juillet 1996, Dr. soc. 1996, p. 1049.

1 - Des traces d'un critère de faveur à la formulation d'un principe de faveur

En droit du travail, l'idée de faveur n'est pas une idée neuve. En 1947, Paul Durand soulignait une tendance de la jurisprudence à « l'interprétation en faveur des salariés ». Nombre de dispositions de l'actuel Code du travail portent la marque d'un critère de faveur. Emblématiques de cette référence à la faveur, les articles L. 132-4 et L. 135-2 du Code du travail⁴. Des traces d'un critère de faveur figurent également dans des dispositions gouvernant l'administration de la preuve (articles L. 122-14-3 ; L. 122-45).

Cependant, les termes de la problématique *juridique* de la faveur en droit du travail sont beaucoup restrictifs et tendent à se confondre avec le principe dit de faveur.

En effet, les dispositions du Code du travail qui visent à faciliter l'administration de la preuve au salarié relèvent d'une rationalité se rapportant davantage aux exigences et aux garanties afférentes aux droits de la défense qu'à la notion de disposition plus favorable.

Force est donc de constater que la compréhension du principe de faveur dans les discours juridiques est circonscrite aux rapports des normes du travail entre elles. Précisément, le « principe de faveur » se décline selon deux modalités.

Il concerne d'abord la *création* de règles infra-légales pouvant déroger à la loi dans un sens plus favorable aux salariés. Telle est la signification du principe général dégagé par le Conseil d'Etat. En ce sens, le principe de faveur est étroitement adossé à la notion d'*ordre public social*.

Il intervient ensuite comme technique de solution de certains conflits de normes. Ainsi le « principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflit de normes c'est la plus favorable qui s'applique », découvert par la Cour de cassation, intéresse, non pas la création, mais l'*application* de normes concurrentes .

Certes, le « principe général » formulé par le Conseil d'Etat et le « principe fondamental » dégagé par la Cour de cassation puisent leur source dans le phénomène de pluralisme juridique qui caractérise le droit du travail. Ils ne signifient pas pour autant une seule et même règle.

2 - Vers un rétrécissement du champ d'application du principe de faveur

Dépourvu de valeur constitutionnelle, le principe de faveur, compris dans ses différentes acceptions, n'en structure pas moins le système juridique des relations de travail. Sa contestation est au cœur des controverses sur l'efficacité économique des formes juridiques des relations professionnelles. En effet, le droit du travail est régulièrement dénoncé comme sources de rigidités entravant la liberté d'entreprendre, l'efficacité économique des entreprises et freinant l'embauche. Par touches successives, les pouvoirs publics ont accredité la croyance en l'inadaptation d'un certain modèle de droit du travail aux transformations de l'économie.

Ainsi, le principe de faveur dans sa dimension « condition de validité » peut être valablement écarté grâce à un mécanisme de *supplétivité* des normes étatiques au profit des normes conventionnelles. Lorsque la loi l'autorise expressément, un accord collectif de branche ou d'entreprise peut désormais déroger à une disposition d'ordre public dans un sens qui

⁴ L. 132-4 : « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ».

L. 135-2 : « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention collective, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclu avec lui sauf dispositions plus favorables ».

n'est pas nécessairement favorable aux salariés. Le caractère plus favorable de la norme conventionnelle ne conditionne donc plus la validité de la dérogation.

Tout se passe comme si la faveur s'effaçait au profit de notions concurrentes telles que l'équivalence ou la similitude.

Equivalence, similarité, tels sont les standards qui pourraient désormais supplanter, évincer le principe de faveur. S'il s'agit de notions familières aux publicistes, leur transposition à l'ordonnement des relations du travail ne va pas sans soulever un certain nombre de difficultés. Selon quels critères apprécier l'équivalence ?

En définitive, la réflexion doctrinale sur le principe de faveur ainsi que sa consécration, sous des registres de nomination sensiblement différents, par la jurisprudence (constitutionnelle, administrative et judiciaire) sont inhérentes à sa remise en cause. Tout se passe comme si les qualités, les attributs, les aspects d'un modèle de référence se dévoilaient précisément au moment où il entre en crise.

II. Le débat s'engage autour de cette très complète communication.

Jacques Chevallier s'interroge sur l'existence d'un système de protection plus favorable pour les travailleurs dans les différents Etats membres. Par ailleurs, la loi de novembre 2001 sur les discriminations renverse la charge de la preuve de telle façon que le droit du travail apparaît entièrement favorable aux travailleurs.

Isabelle Meyrat explique que la logique européenne est de subsidiarité et non de suppléativité. En droit international du travail il existe des conflits de normes qui sont aussi résolus. L'inégalité entérinée est une inégalité juridique qui irrigue le droit du travail et concerne les relations entre normes. Il y a indéniablement une relecture par une doctrine progressiste dans un sens plus protecteur du salarié, même si on note une tendance à l'effacement de la règle de faveur. Mais le droit du travail n'est pas intégralement favorable au salarié. Il pérennise le mode de production capitaliste en octroyant des compensations aux salariés. Par exemple, les conventions collectives ont aussi une fonction économique de saine concurrence dans les branches.

J.-C. Pacitto fait remarquer que le droit du travail a été élaboré dans un contexte particulier. Il a aussi des effets pervers dans d'autres droits et ces effets sont encore du droit.

J. Chevallier estime qu'en cette matière, la création de normes est négociée dans les branches et que la logique égalitaire pose un problème par rapport à la faveur.

G. Guglielmi ajoute que dans la résolution des conflits, le droit joue un rôle automatique et consubstantiel de compensation.

Sophie Nadal rappelle que la négociation collective a été inventée parce que le salarié n'est pas en mesure ni en position de négocier. Elle permet d'acquiescer par des représentants ce qui ne s'obtient pas individuellement et fonctionne avec la volonté de l'employeur qui accepte de s'auto-contraire soit directement, soit par adhésion à une organisation patronale.

J. Chevallier note que dans un accord, il y a une contrepartie qui est l'achat d'une certaine paix sociale.

Contractuel plus qu'unilatéral

C. Chauvet fait remarquer que la forme entourant ce principe de faveur est contractuelle. Or, dans toutes les séances précédentes, cela n'était pas vraiment le cas des phénomènes observés: actes unilatéraux et pouvoir discrétionnaire.

I. Meyrat répond d'abord que si un usage surpasse les engagements de l'employeur, la prévalence est donnée à l'usage. Il existe donc un principe de faveur aussi dans des rapports entre règles infra-conventionnelles.

Ensuite, si une convention collective de branche institue une obligation (période d'essai, clause de non concurrence) et que le contrat de travail est silencieux, il n'y a pas de principe de faveur. La convention collective a un effet impératif si le salarié en a été informé. Enfin, dans l'application des conventions collectives d'entreprise postérieures à un usage, il n'y a pas de principe de faveur: d'autres mécanismes existent pour faire prévaloir la convention collective même si elle est moins favorable.

Principe de faveur, économie et contrepartie

Grégory Houillon se demande si dans cette construction théorique du principe de faveur, la faveur n'est pas plus instrumentale que conceptuelle. Le principe de faveur est conçu pour aboutir à une solution, il a surtout une dimension fonctionnelle. Mais l'âme du droit du travail prend corps dans ce droit. Que ses buts soient libéraux ou non, le droit du travail s'adapte à l'économie ou, en tout cas, a partie liée avec l'économie.

Sophie Nadal insisterait plutôt sur l'aspect supplétif du principe de faveur. Dans la convention collective de branche, les partenaires peuvent bloquer le principe de faveur, ils le maîtrisent.

J.-C. Pacitto évoque à ce sujet un certain marchandage.

I. Meyrat admet que la question se pose, face à la reconfiguration actuelle des conventions collectives, de savoir comment apprécier ce qui est plus favorable. La Cour de cassation est embarrassée. Le principe de faveur fonctionne sur le mode quantitatif. Les juges continuent à raisonner en termes de faveur, mais faut-il maintenir l'emploi ou accepter la réduction des rémunérations ? Par ailleurs, il y a aussi une notion de faveur individuelle directement octroyée par l'employeur au salarié. Depuis 1996 où la Cour de cassation a posé le principe: à travail égal salaire égal, la faveur individuelle doit reposer sur une justification objective. Elle rompt l'égalité donc nécessite une justification. Au bout de dix ans de jurisprudence on constate que la Cour est très conciliante: les justifications objectives sont en effet très larges.

Faveur et rapport de forces

J. Chevallier se demande si la loi de 2004 qui engage un mouvement de décentralisation des relations collectives de travail entraîne des régimes de faveur de plus en plus forts ou s'il n'y a pas eu un coup d'arrêt.

I. Meyrat estime qu'on se situe dans la continuité de l'ordonnance de 1982: des dérogations admises au niveau de la branche, puis des accords d'entreprise, peuvent déroger à la loi. L'accent mis sur les accords collectifs n'étend pas le principe de faveur.

Sophie Nadal pense que la loi de 2004 a donné à la négociation d'entreprise la faculté de s'appliquer sans principe de faveur et que, si on ajoute la supplétivité de l'accord de branche qui peut déroger à la loi, on aboutit à une auto-réglementation dans l'indifférence de la loi.

I. Meyrat rappelle le contexte de défiance vis-à-vis de l'intervention publique. L'éviction du principe de faveur résulte aussi de la « position commune » de 2001 qui adopte une nouvelle articulation entre la loi et la convention collective. J. Chevallier trouve que la position des syndicats a évolué depuis la loi de 2004. Pour Sophie Nadal, la CFDT a adopté une position stratégique et le MEDEF une posture de refondation sociale. I. Meyrat constate que le principe de faveur peut être vu paradoxalement comme menant à l'ordre public. Pour J.-C. Pacitto, il y a comme une idée de protection, de tutelle.

Grégory Houillon note que la volonté de rééquilibrer un rapport de forces n'implique pas une faveur en soi. I. Meyrat admet que la faveur ne rétablit pas l'égalité mais compense une condition juridique inégalitaire, elle rejoint en cela les discriminations positives.

N. Habillat pense que la faveur suppose une rupture d'égalité. Le droit de la consommation par exemple n'est pas dans une logique de préférence.

Jacques Chevallier pense que les mesures tendant au rétablissement de l'égalité devraient être écartées de la définition de la faveur car elles ont une telle légitimation qu'à la limite tout deviendrait faveur ; ces mesures ne contiennent pas d'élément d'individualisation. Il tient à rappeler une distinction déjà formulée dans les séances précédentes entre régime juridique de la faveur ou de faveur et pratiques ou mesures de faveur. C. Chauvet et G. Houillon discutent la qualification des travailleurs en catégorie juridique et de leur plus ou moins grande individualisation. S. Nadal rappelle que la faveur se rencontre aussi à l'embauche dans les entreprises, à un stade où il est impossible aux syndicats d'intervenir. J. Chevallier s'interroge sur le fait que la représentativité syndicale soit aussi un régime de faveur, non pas dans le fonctionnement de l'entreprise, mais dans les prérogatives de négociation. Le droit élimine la subjectivité (sauf dans la discrétionnalité) mais ne peut instituer qu'un régime de faveur.