

**THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE CLERMONT-FERRAND**

Discipline : Droit privé

**Ecole doctorale des Sciences Economiques, Juridiques, Politiques et de Gestion
Laboratoire de recherche : Centre Michel de l'Hospital**

**LE JUGE JUDICIAIRE
ET LA CONVENTIONNALISATION
DU DROIT DU TRAVAIL**

**Présentée par Paul BOUQUARD
Le 6 décembre 2023**

**Sous la direction de Monsieur le professeur Paul-Henri ANTONMATTEI
et de Monsieur Gwennhaël FRANÇOIS**

Devant le jury composé de

**Monsieur Paul-Henri ANTONMATTEI
Professeur à l'Université de Montpellier**

Directeur de thèse

**Monsieur Gwennhaël FRANÇOIS
Maître de conférence (HDR) à l'Université de Clermont-Ferrand**

Co-directeur de thèse

**Madame Florence BERGERON
Présidente du jury et Professeur à l'Université de Montpellier**

Rapporteur

**Monsieur Alexis BUGADA
Professeur à l'Université d'Aix Marseille**

Rapporteur

**Monsieur Christophe MARIANO
Maître de conférence à l'Université de Clermont-Ferrand**

Examinateur



A Léon

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont bien évidemment à Monsieur le Professeur Paul-Henri ANTONMATTEI pour sa patience à mon égard, sa disponibilité et son aide précieuse en vue de la réalisation de ce travail monastique.

Comment ne pas remercier Monsieur Gwennhaël FRANÇOIS, qui n'a cessé de me faire confiance depuis plus de quatre ans, et sans qui tout cela n'aurait pas été possible.

A mes ami(e)s issues de la même formation juridique, et à ceux grâce à qui je ne payerai jamais mes frais de santé.

A mes parents, pour me supporter depuis tant d'années. Malgré mon ingratITUDE quotidienne, je sais ce que je vous dois.

Enfin, à Charlène, ma cougs, my honey, mon bel oiseau, ma fougasse... mais aussi et surtout, ma muse. Ces sobres remerciements ne suffisent pas à décrire la place que tu prends dans ma vie. Alors, en quelques mots : merci de m'accompagner, merci de ton soutien indéfectible, merci de m'aimer.

SOMMAIRE

*Les numéros indiqués renvoient aux pages
Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage*

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	7
PREMIÈRE PARTIE - LA VALORISATION JURISPRUDENTIELLE DE LA CONVENTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL.....	45
TITRE 1 - La valorisation jurisprudentielle de la phase de négociation.....	49
Chapitre 1 - La valorisation jurisprudentielle par la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire.....	53
Chapitre 2 - La valorisation jurisprudentielle par la consolidation du principe de loyauté.....	118
TITRE 2 - La valorisation jurisprudentielle par l'adaptation du principe d'égalité de traitement à la norme conventionnelle.....	159
Chapitre 1 - Le fondement et les effets de la présomption de justification.....	163
Chapitre 2 - Le domaine de la présomption de justification.....	184
SECONDE PARTIE - LA VALORISATION DE L'ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE NÉE DE LA CONVENTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL.....	213
TITRE 1 - La valorisation juridictionnelle par la sanction de l'illicéité de l'accord collectif.....	219
Chapitre 1 - La volonté légale de réduire la saisine du juge judiciaire.....	222
Chapitre 2 - La volonté légale d'augmenter le contrôle judiciaire.....	238
TITRE 2 - La valorisation juridictionnelle dans l'application de l'accord collectif....	273
Chapitre 1 - Le juge et l'articulation des accords collectifs.....	276
Chapitre 2 - Le juge et l'interprétation des accords collectifs.....	346
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	389

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Add.</i>	Ajouter
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
APD	Archives de philosophie du droit
art.	article
ass.	assemblée
ass. plén.	assemblée plénière
Bibl.	Bibliothèque
BJT	Bulletin Joly Travail
BO	Bulletin officiel
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
C.	Code
CCC	Contrats, concurrence, consommation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code du commerce
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah.	Cahiers
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cah. DRH	Les cahiers du DRH
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
chron.	chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection

Comp.	Comparer
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
CSA	Comité Stratégique Avocats
D.	Recueil Dalloz
D. actu.	Dalloz actualité
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
dir.	Sous la direction de
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	édition
égal.	également
ex.	exemple
fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
in	dans
<i>infra.</i>	Au dessous (plus bas)
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), éd. entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), éd. générale
JCP S	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), éd. sociale
JO	Journal officiel
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Just. & cass.	Justice et cassation (Revue Dalloz)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Petites affiches (Les)
LSQ	Liaisons sociales quotidiennes
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations

<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
rapp.	rapport
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rev. fid.	Revue fiduciaire
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD trav.	Revue trimestrielle de droit du travail
s.	suivant
Somm.	Sommaires commentés
spéc.	spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
suppl.	supplément
<i>supra.</i>	Au dessus (plus haut)
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Travail et protection sociale
trad.	traduction
V.	Voir

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « *Faut-il brûler le Code du travail ?* », tels sont les propos provocateurs choisis pour illustrer un colloque universitaire tenu à Montpellier le 25 avril 1986, et témoignant de l'ancienneté du débat autour de la complexité et de la multiplicité des dispositions légales¹. Pour tout un chacun, peu important qu'on se positionne en faveur d'un droit du travail conçu uniquement pour protéger les salariés, ou en faveur d'une libéralisation de celui-ci, le Code du travail était déjà à l'époque source d'opacité. Afin de remédier à cette dernière, les différentes réformes législatives, quelle que soit l'orientation politique du pouvoir en place, ont toutes eu pour réponse la promotion de la norme conventionnelle, appelée aujourd'hui *conventionnalisation*. Par conséquent, la négociation collective et les conventions et accords en découlant, ont atteint à ce jour une normativité jusqu'alors inégalée. Nombreux sont les auteurs à l'avoir fort justement remarqué, en notant par exemple que si « *la liberté contractuelle demeure strictement contrôlée pour prévenir ses excès, la liberté conventionnelle est, plus que jamais, valorisée, promue, favorisée* »².

Si des professeurs, tels que Alain Supiot, Antoine Lyon-Caen ou encore Antoine Jeammaud, l'ont révélée il y a déjà quelques années³, cette évolution n'a cessé de s'accélérer. A ce jour, la conventionnalisation du droit du travail est à elle seule l'objet de colloques⁴ et d'écrits scientifiques attestant de la pluralité de domaines dans lesquels la conventionnalisation joue un rôle majeur⁵. Notre démonstration tentera d'abord de délivrer une définition générale de ce mouvement. S'il est vrai que la conventionnalisation se manifeste de différentes manières selon qu'elle touche la durée du travail ou la représentation du personnel, elle provient d'une même cause, en suivant invariablement le même procédé,

¹ V. not. B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?*, Montpellier 25 avril 1986, Dr. soc., 1986, p. 559.

² G. Loiseau et A. Martinon, « La créativité conventionnelle », BJT décembre 2018, p. 233. V. égal. G. Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail - Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Liber amicorum en hommage à P. Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205 et s.

³ V. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2e éd., Paris, 2007, PUF ; A. Lyon-Caen, « Droit du travail et procédu rationalisation », in Lenoble J., De Munck J., Molitor M., et alii., *L'avenir de la concertation sociale en Europe, rapport remis à la DG V de la Commission de l'Union européenne*, 1995 ; A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. soc. 1998, p. 211 ; A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, *Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique*, 1986, Actes Sud.

⁴ V. le colloque du même nom qui s'est déroulé à Clermont-Ferrand le 4 octobre 2019.

⁵ V. par exemple G. François, « La conventionnalisation de la représentation du personnel », BJT décembre 2019, p. 70 ; M. Morand, « La conventionnalisation du droit de la durée du travail », BJT décembre 2019, p. 63.

en vue d'aboutir inlassablement à la même finalité. Partant, une définition simple et extrêmement parlante de la conventionnalisation propre au droit du travail, peut alors se dégager : « *substitution – plus ou moins prononcée – aux règles légales de règles négociées ou conventionnelles* »⁶. Cette substitution se fait par la volonté du législateur, qui transfère de plus en plus ses compétences normatives à la négociation collective. C'est donc en ce sens qu'il faut comprendre le terme de *normativité* - et particulièrement de normativité conventionnelle -, notion centrale dans notre étude.

De par sa complexité sémantique, la définition de la normativité nécessite un prérequis : l'éclaircissement de sa racine, à savoir le terme de *norme*. Bien que passionnant, ce n'est pas ici le lieu de rentrer dans des développements relevant de la philosophie juridique. Nous nous contenterons de rappeler ce qui est convenu chez les philosophes et les théoriciens du droit. A ce titre, la norme ne peut avoir une existence empirique ; elle ne relève pas des faits, de l'« être » (le *sein*), mais des valeurs, du « devoir-être » (le *sollen*). La norme est en ce sens la signification d'un énoncé exclusivement prescriptif, et non pas descriptif⁷. Sa caractéristique prescriptive étant le point de départ, sa définition doit, selon Hans Kelsen, être complétée par au moins deux aspects : elle doit être contenue dans un acte prenant la forme d'une norme et qualifié comme tel par une autre norme⁸ ; elle doit faire partie d'un ordre juridique (et de fait normatif) ayant la capacité de sanctionner⁹. La forme du contenu prescriptif a donc une réelle importance dans la qualification de la norme. Mais la forme officielle de la norme (le contenant), qui n'est autre que la *source de droit* (telle une loi, un décret, une convention, ou encore une solution jurisprudentielle¹⁰) ne doit pas se confondre avec la norme elle-même (le contenu) qui, en révélant la signification de l'énoncé inscrit dans le texte formel, édicte une règle de conduite¹¹. En droit du travail, la norme prend de plus en plus la forme de

⁶ J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », BJT décembre 2019, p. 55.

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2e édition par C. Eisenmann, 1962, Bruylants-LGDJ, *La pensée juridique*, 1999, p. 13, p. 23 et s. V. égal. du même auteur : *Théorie générale des normes*, 1979, traduit de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, pp. 1-2.

⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 16 et s.

⁹ Ibid. V. égal. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. Leben, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115. Cette capacité de sanction doit être couplée avec la notion de légitimité, et du sentiment d'obligation qui en découle, pour véritablement relever d'une règle juridique normative, *infra*. n° 11.

¹⁰ Sur la normativité jurisprudentielle, *infra*. n° 39.

¹¹ Bien que cette distinction entre norme et source soit aujourd'hui remise en cause. Par souci de simplification sémantique, nous utiliserons dans les développements ultérieurs la terminologie de *normativité conventionnelle* pour parler aussi bien du contenu de la règle de droit que de son contenant qu'est la convention ou l'accord collectif.

conventions et accords collectifs, qui sont les sources aujourd’hui privilégiées de création normative du fait de la délégation législative. Il faut voir en cette délégation un renforcement de la normativité de la négociation collective. En effet, si l’accord collectif, en tant que source de droit, a de plus en plus la faculté de prescrire des règles de conduite, du « devoir-être », alors sa normativité est par définition renforcée¹². Ce renforcement de la normativité des accords collectifs n’est autre que ce que nous appelons *conventionnalisation*. Au vu du développement sur la notion de *norme* et par conséquent de *normativité*, la proposition de définition de la conventionnalisation portée par le professeur Julien Icard doit être enrichie, en l’envisageant comme le renforcement de la normativité (faculté de créer de la norme) de la négociation collective par la substitution aux règles légales de règles conventionnelles.

Cette tentative de définition ne révèle néanmoins qu’un aspect de la conventionnalisation. S’il est vrai que la promotion de la norme conventionnelle a principalement renouvelé les rapports entre cette dernière et la norme légale, l’influence de cette promotion normative a également touché le contrat individuel de travail, comme le constate Monsieur le professeur Paul-Henri Antonmattei : « *Il est, en effet, bien loin le temps où la seule disposition de l’actuel article L. 2254-1 suffisait à expliquer les rapports entre accord collectif et contrat de travail. Trente après les lois Auroux, le contexte a changé sans que l’on ait vraiment anticipé la nouvelle teneur de ce conflit normatif* »¹³. Après la contractualisation du droit du travail¹⁴, faisant la part belle aux stipulations contractuelles et au principe de faveur, est venu le temps de la conventionnalisation. Désormais, l’articulation entre le contrat de travail et l’accord collectif gagnant en normativité se veut plus complexe, et le juge aura alors un rôle prépondérant dans la résolution des conflits naissant entre contrat individuel et accord collectif de travail. Dès lors, pour définir la conventionnalisation le plus précisément possible, nous complèterons la définition précédemment posée. Conventionnalisation : promotion normative de la négociation collective par la substitution de règles conventionnelles aux règles légales et contractuelles.

¹² Le renforcement de la normativité conventionnelle passe donc par un élargissement du domaine propre à la négociation collective, par le biais d’une délégation légale. L’accord collectif, ou la convention collective, depuis leur naissance en droit positif français, ont toujours eu vocation à être normatif, à créer de la norme. Le renforcement de la normativité conventionnelle ne concerne, à ce titre, que la multiplicité des domaines dans lesquels les accords s’appliquent suite à la délégation de la norme légale.

¹³ P.-H. Antonmattei, « Les nouvelles frontières de la négociation collective », Dr. soc. 2013, p. 241.

¹⁴ V. A. Donnette, *La contractualisation du droit du travail*, Thèse, Montpellier, 2010, spéc. p. 297.

2. Ce terme de *conventionnalisation* a donc été choisi dans l'optique de réellement marquer la différence entre le contrat individuel et l'accord collectif, et de souligner que la norme conventionnelle peut se substituer aux stipulations de la norme contractuelle¹⁵. En effet, pour mieux comprendre le choix du terme de *conventionnalisation* au détriment de celui de *contractualisation*, il nous revient ici de rappeler la distinction entre une convention et un contrat. Traditionnellement, il était convenu que les conventions avaient un domaine plus large que les contrats : tout contrat était une convention, mais toute convention n'était pas un contrat¹⁶. En effet, la convention se confondait avec les actes juridiques conventionnels, définies comme des accords de volonté destinés à créer des obligations, à les modifier, les transmettre ou les éteindre. Le contrat, lui, en tant que type particulier de convention, n'avait vocation qu'à créer des obligations. Ces deux notions étant originellement distinguées selon des critères de classification convaincants, nous préfèrerons le terme de conventionnalisation du droit du travail¹⁷, les conventions et accords collectifs ne pouvant pleinement s'analyser comme des contrats¹⁸.

3. Après ces propos liminaires qui ont permis de justifier le choix du terme de *conventionnalisation* et d'en définir le sens, il paraît indispensable d'analyser ses effets sur notre droit positif¹⁹. Il nous revient à ce titre de dresser un panorama historique et chronologique des « *étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail* »²⁰.

¹⁵ En témoigne l'accord de performance collectif mentionné à l'article L. 2254-2 du Code du travail, *infra*. n° 371 et s.

¹⁶ V. en ce sens J. Carbonnier, *Les obligations*, coll. Thémis droit privé, 1ère éd., « Quadrige » 2004, n° 926 : « *par-delà les contrats, il existe une notion plus large de l'acte juridique, et les engagements qui se forment sans convention peuvent être ramenés à l'unité à travers une notion du fait juridique* ». V. égal. J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16ème éd., 2014, n° 55 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12ème éd., 2010, n° 13.

¹⁷ Et ce même si l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations annihile cette distinction entre contrat et convention, en définissant le contrat à l'article 1101 du Code civil comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». En outre, l'article 1100-1 du même code énonce que les actes juridiques « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* », témoignant une nouvelle fois de la volonté d'abandonner la distinction selon nous essentielle et toujours existante entre convention et contrat.

¹⁸ V. en ce sens « *Nature duale de la convention collective* », Lamy négociation collective, avril 2018.

¹⁹ Cette étude n'a vocation qu'à traiter des effets de la conventionnalisation en France. Pour une vision plus internationale, v. P. Lokiec, « *La conventionnalisation du droit du travail, aspects de droit comparé* », BJT, décembre 2019.

²⁰ F. Petit, « *Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail* », BJT décembre 2019, p. 42.

Bien que la liberté syndicale ait été consacrée par loi dite Waldeck-Rousseau le 21 mars 1884²¹, et qu'on date la première convention collective française au 29 novembre 1891²², la première loi sur les conventions collective intervient plus tardivement, le 25 mars 1919. Loin d'avoir la même ampleur qu'aujourd'hui, la norme conventionnelle ne s'appliquait à l'époque qu'aux syndicats signataires et à leurs membres, sans effet à l'égard des tiers. La convention collective était appréhendée seulement par son prisme contractuel, comme en témoigne la définition donnée par le texte de loi : « *la convention collective de travail est un contrat relatif aux relations de travail, conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employés, et d'autres part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur* ». Dès lors, conformément à ces dispositions légales appliquant la convention à tous les contrats individuels signés par les salariés ou les employeurs qui y sont soumis, la jurisprudence a décidé que deux parties liées par un « *contrat collectif* » - pour reprendre les propos de l'époque - ne pouvaient ni y déroger, ni l'écartier au profit de leur contrat individuel de travail²³. Mais si cette loi fut la première à reconnaître l'existence des conventions collectives et à en donner une définition, elle ne pouvait pas donner pleinement satisfaction. Elle mettait en place une trop grande disparité entre salariés (chaque syndicat pouvant négocier son propre accord au profit de ses membres) et un employeur désireux de ne plus voir appliquer ladite convention pouvait se retirer du groupement patronal signataire.

Vient ensuite la loi du 24 juin 1936, dont le principal apport fut la possibilité d'étendre la convention collective. Grâce à ce texte, « *il est devenu possible pour l'autorité administrative de procéder par arrêté ministériel à l'extension de la convention collective, lorsqu'elle a été conclue par des syndicats de salariés et des groupements d'employeurs représentatifs* »²⁴. En étant vue bien souvent comme la « loi de la profession », cette loi est incontestablement « *la première étape d'un renforcement des effets normatifs des conventions collectives* »²⁵. Aussi,

²¹ Vingt ans auparavant, le délit de coalition avait été aboli par loi dite Ollivier du 25 mai 1864, qui permit également de faire entrer les accords collectifs dans le domaine des tribunaux civils.

²² Convention collective d'Arras signée entre les syndicats de mineurs et les compagnies houillères du Pas-de-Calais à la suite d'un mouvement de grève.

²³ V. Cass. 15 février 1921, S. 22-1-368.

²⁴ F. Petit, « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *op. cit.*, p. 42.

²⁵ *Ibid.*

ce texte marque l'origine du principe de faveur, puisqu'une convention collective peut désormais traiter de sujets non prévus à titre obligatoire si ses stipulations sont plus favorables pour les salariés que les dispositions légales et réglementaires en vigueur.

La convention collective entre définitivement dans la modernité avec la loi du 11 février 1950²⁶. La conventionnalisation du droit du travail prend un nouveau tournant avec ce texte qui prévoit la libre négociation des conventions ou accords collectifs entre organisations syndicales d'employeurs et organisations syndicales représentatives de salariés. La nature duale de la convention collective s'affirme clairement, en accroissant sa normativité au prisme de sa conception réglementaire : « *l'effet impératif de la convention s'est trouvé renforcé par son application erga omnes, aucune distinction ne pouvant être établie entre les salariés adhérents du groupement signataire et ceux qui n'en faisaient pas partie* ». La Cour de cassation a donc logiquement reconnu qu'il était désormais impossible pour un employeur de rejeter l'application d'une convention collective au motif que celle-ci lui serait inopposable car il ne l'aurait pas signé et qu'il n'appartenait à aucune organisation professionnelle signataire²⁷. En outre, on peut apercevoir dans cette loi les prémisses de la décentralisation de la négociation collective, qui reconnaît pour la première fois la possibilité de conclure des accords d'établissement.

Mais ce sera avec la loi du 13 juillet 1971 qu'un réel « droit à la négociation collective » sera reconnu, et non plus un « droit des conventions collectives ». Le domaine de la négociation est définitivement élargi, en instituant les accords d'entreprise et d'établissement sous un régime identique à celui de la convention de branche, en étendant l'objet des conventions collectives aux « garanties sociales », et en facilitant la procédure d'extension.

4. Néanmoins, la véritable révolution a lieu à partir de 1982²⁸. La loi du 13 novembre²⁹ introduit une obligation de négocier tant au niveau de la branche que de l'entreprise dans certains domaines et selon une périodicité définie par la loi. Elle institutionnalise de plus la possibilité de conclure, dans des conditions qu'elle définit elle-même, des conventions et accords collectifs de travail dérogeant à des dispositions législatives et réglementaires.

²⁶ Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.

²⁷ Cass. soc. 17 juillet 1956, Dr. soc. 1956, p. 546.

²⁸ V. F. Duquesne, *Le nouveau droit du travail*, Gualino, 2008.

²⁹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

Madame le professeur Florence Bergeron définit la dérogation comme le fait pour une stipulation conventionnelle d'écartier une règle étatique impérative³⁰. Dès lors, la règle de conduite applicable en principe aux salariés, car étant d'ordre public, pourra valablement être écartée par un accord collectif, uniquement si la loi confère cette possibilité à la négociation collective. Un premier critère se dégage donc, celui de l'écart de la loi impérative, de la disposition légale d'ordre public. Mais la stipulation de l'accord écartant la disposition légale impérative doit-elle être forcément moins favorable pour les salariés que la règle de conduite édictée par la loi d'ordre public ? Il convient d'affirmer, et c'est là le second aspect de la définition, qu'une stipulation qui serait plus favorable pour les salariés que la loi impérative n'est nullement une dérogation. Selon le principe de faveur, un accord collectif peut améliorer le sort des salariés sur invitation du législateur : faire application du principe de faveur, qui est d'ailleurs une règle légale d'ordre public, c'est dès lors respecter la disposition légale impérative, et non y déroger.

Avec la loi du 4 mai 2004³¹, il devient possible, en plus de déroger à la loi, de déroger à une règle établie par un accord collectif de niveau supérieur : l'accord d'entreprise pouvait alors écartier une stipulation conventionnelle de branche, selon certaines conditions, peu important son caractère plus favorable³². Par la suite, la « *loi du 8 août 2016*³³ et

³⁰ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, Thèse remaniée du même titre LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 14, préface François Gaudu ; v. égal. N. Mayer, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 461, 2006. Sur le concept de dérogation, v. F. Ducloz, « Le régime des accords dérogatoires », Dr. soc. 2017, p. 727. V. égal. F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse, Strasbourg, 1999 ; v. du même auteur, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », Dr. soc. 2001, p. 255.

³¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

³² V. F. Petit, « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *op. cit.*, p. 43 : « *Au départ peu nombreux, ces accords répondant à un régime particulier ont permis de déroger à la loi ou à une convention collective de niveau supérieur dans un sens qui n'apparaissait plus nécessairement favorable – plus exactement, qui échappait à l'appréciation du « plus favorable ». Initialement, c'est surtout le thème de l'aménagement du temps de travail qui a fourni des exemples d'accords dérogatoires. Avec la loi du 4 mai 2004, la question de l'identification des accords dérogatoires a perdu de son acuité, puisque tous les accords – autant ceux visant l'amélioration des normes que ceux y dérogeant – ont répondu au même régime. En même temps, l'idée d'amélioration et d'uniformisation des conditions de travail s'est trouvée en net recul, la dérogation ayant élargi son champ d'application dans les rapports entre conventions et accords collectifs* ». Une multiplication des accords dérogatoires auquel s'ajoute celle des accords « donnant-donnant », dans une optique de combinaison entre progrès social et progrès économique, de conciliation entre les intérêts des salariés et des entreprises. Sur le concept d'accord « donnant-donnant », v. B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », Dr. soc. 1990, p. 575 et spé. p. 576 ; F. Favennec, « L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », Dr. soc. 1996, p. 20 ; J.-E. Ray, « De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », Dr. soc. 1998, p. 312 ; A. Lyon-Caen, « Le maintien de l'emploi », Dr. soc. 1996, p. 655 ; M.-A. Souriac, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », Dr. soc. 1997, p. 1061 ; M. Guédon, « L'accord collectif pour éviter l'intervention et le contrôle du juge », Dr. ouv. avril 2008 ; E. Dockès, « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », Dr. soc. 2008, p. 280.

³³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

l'ordonnance du 22 septembre 2017³⁴ n'ont fait que s'inscrire dans la logique de la loi du 4 mai 2004, en offrant aux entreprises la possibilité de s'échapper plus souvent du cadre de l'accord professionnel. En parallèle, la dérogation a également affecté la détermination des négociateurs, en permettant à des élus ou à des salariés mandatés de négocier des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. L'ordonnance du 22 septembre 2017 est même allée plus loin en introduisant le procédé du référendum dans les très petites entreprises ou en créant la possibilité dans les entreprises dotées d'un comité social et économique de le transformer en conseil d'entreprise à des fins de négociation collective ». La dérogation fut donc le mécanisme entérinant définitivement la conventionnalisation de notre droit du travail.

La loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 n'ont fait que renforcer l'évolution engagée par la loi du 4 mai 2004, en faisant de l'accord d'entreprise la norme privilégiée dans notre droit du travail. Le législateur a délimité très clairement (seulement) treize thèmes où l'accord de branche primera sur l'accord d'entreprise, et quatre thèmes où ce dernier primera sauf si la convention de branche en dispose autrement par une « clause de verrouillage ». Pour tout le reste, l'accord d'entreprise est bien position de force, ces dernières ordonnances ayant fini de parachever une évolution engagée depuis maintenant fort longtemps³⁵.

5. Qu'est-ce qui a poussé le législateur à amorcer et à promouvoir, au fil des réformes, ce mouvement de conventionnalisation ? Sans aucun doute la volonté de donner plus de prérogatives aux partenaires sociaux, dans le but, comme le souligne le professeur Gilles Auzero, de répondre à un besoin de « *de décentralisation de la négociation collective en direction de l'entreprise, tout en la libérant des carcans imposés par la loi et les conventions et accords collectifs de branche* »³⁶. Le professeur Julien Icard s'aligne également sur cette

³⁴ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

³⁵ V. à titre d'exemple, c. trav. art. L. 2313-7 relatif aux représentants de proximité, qui témoigne de la valorisation de la conventionnalisation par le législateur : « *Les représentants de proximité, s'ils sont prévus par le législateur, ne sont mis en place dans l'entreprise qu'au moyen d'un accord collectif ; ils ne sont pas obligatoires mais facultatifs ; ils ne sont pas en principe élus mais désignés ; ils n'ont pas légalement de compétences d'attribution mais des prérogatives librement déterminées par l'accord ; leur régime n'est pas défini par le Code du travail mais par l'accord qui les institue. Cet objet juridique insolite s'éclaire tout de même à la lumière de son instance de rattachement, le comité social et économique. On retrouve la même faveur pour la norme conventionnelle, poussée ici à l'extrême puisqu'il n'est rien prévu d'autre* », S. Guedes Da Costa et G. Loiseau, « Les représentants de proximité », BJT septembre 2018, p. 60.

³⁶ G. Auzero, « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », BJT décembre 2019, p. 76.

idéologie faisant la part belle à la dimension économique : « *Défendue par les thuriféraires d'une certaine analyse économique du droit, la conventionnalisation impliquerait un retrait de l'État dans le contrôle de la vie économique et sociale et une forme plus poussée d'autorégulation jugée plus efficace économiquement. Ce mouvement affecte particulièrement le droit du travail en raison des « présupposés moraux substantiels » qui le sous-tendrait. Ainsi, « le recul d'une rationalité substantielle » d'origine étatique impliquerait le développement corollaire des normes conventionnelles jugées « plus en phase avec les exigences économiques »* »³⁷. De tels propos, s'ils tentent d'expliquer la volonté législative de recourir de plus en plus à la négociation collective, traduisent aussi une certaine méfiance vis-à-vis de la normativité des conventions et accords collectifs de travail.

6. En effet, l'évolution que prend le droit du travail a subi de vives critiques de la part de la doctrine, et parmi elles, celle de l'affaiblissement du juge. Si cet affaiblissement, en tant que conséquence néfaste de la conventionnalisation, sera à nuancer, il est indéniable qu'il existe des rapports d'influence entre la conventionnalisation et le juge en général (**Section 2**). Cette critique, que nous tenterons de combattre, s'est développée et prospère encore aujourd'hui suite aux éléments de consolidation et de justification de la conventionnalisation (**Section 1**).

Section 1 :

Les éléments de consolidation et de justification de la conventionnalisation

7. Le réordonnancement normatif au sein du Code du travail a eu pour effet de consolider le phénomène de conventionnalisation (Paragraphe 1). La hausse de légitimité des négociateurs de l'accord d'abord, et de l'accord lui-même ensuite, a permis de justifier la hausse de normativité de la négociation collective (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les éléments de consolidation de la conventionnalisation

8. Afin de consolider l'évolution de la normativité des accords collectifs, le législateur a généralisé une nouvelle architecture au sein du Code du travail. Ce réordonnancement repose sur un triptyque « dispositions d'ordre public / champ de la négociation collective /

³⁷ J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », *op. cit.*, p. 55.

dispositions supplétives », et augmente de fait le champ d’application de la négociation collective. En effet, la généralisation de ce triptyque a permis d’élargir le pré-carré des conventions et accords collectifs, de promouvoir leur normativité. Le législateur a alors dû déterminer, de façon claire et précise, ce qui relevait des dispositions légales impératives : avant cela, c’était au juge de se prononcer sur l’impérativité d’une loi.

9. Pour autant, cette prise de responsabilité de la part du législateur a eu également pour effet de bouleverser l’ordre public en droit du travail. Cette discipline se différencie de bien d’autres en ce sens que la distinction classique entre ordre public absolu et ordre public dérogeable est inopérante : « *Dans cette branche du droit, les dispositions, pourtant impératives, qui relèvent de la technique de l’ordre public social permettent aux parties au contrat de travail, comme aux parties à l’accord collectif, de s’exprimer, pourvu que ce soit dans un sens favorable aux salariés* »³⁸. Mais le réordonnancement des normes dans le Code du travail a fait émerger une nouvelle forme d’ordre public propre au droit du travail. A côté des règles d’ordre public absolu³⁹, dérogeable⁴⁰, ou social⁴¹, existe depuis la loi du 8 août 2016 un ordre public dit *conventionnel*. Selon des auteurs, il « *est le référentiel de règles sur la base desquelles les partenaires sociaux sont libres d’élaborer leurs propres normes pour aller au-delà, en complétant ou en précisant ces règles. Il ne s’agit pas d’un noyau dur indérogeable car l’esprit n’est pas forcément de limiter la liberté conventionnelle. On y voit plutôt un socle normatif inamovible au sens où il ne peut être modifié par les dispositions conventionnelles ou supplétives* »⁴². L’ordre public conventionnel est conçu comme un ensemble de dispositions fixant un cadre de référence, que les stipulations conventionnelles ou les règles supplétives vont compléter. Les dispositions d’ordre public conventionnel peuvent être prescriptives⁴³, ou peuvent se contenter de renvoyer à la norme conventionnelle

³⁸ F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, op. cit., n° 45.

³⁹ C'est-à-dire auquel on peut apporter aucune modification, peu importe le caractère plus favorable pour les salariés.

⁴⁰ C'est-à-dire auquel il est possible de contrevenir dans un sens défavorable aux salariés.

⁴¹ C'est-à-dire auquel il est possible de contrevenir seulement dans un sens plus favorable aux salariés.

⁴² G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier et G. Pignarre, « L’ordre public social a-t-il un avenir ? », Dr. soc. 2016, p. 886.

⁴³ Pour un exemple de disposition prescriptive d’ordre public conventionnel, v. c. trav. art. L. 3121-28 : « *Toute heure accomplie au delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent* ».

ou aux dispositions légales supplétive⁴⁴. La multiplication de ces dernières a alors pour conséquence de relayer au second plan l'ordre public social et le principe de faveur : « *Il en résulte que des règles qui relevaient jusqu'à présent de l'ordre public social n'ont plus leur place dans l'ordre public conventionnel et peuvent être préemptées par des dispositions conventionnelles indépendamment de l'application du principe de faveur. L'émergence de l'ordre public conventionnel conduit en conséquence à un démembrement de l'ordre public social* »⁴⁵.

10. Cependant, le législateur a eu une lecture originale, pour ne pas dire déviante, de la nature même du mécanisme de la supplétivité. Cette dernière doit être en réalité pensée comme un modèle à suivre, et non pas comme une « doublure » à laquelle on ne ferait appel qu'en dernier recours⁴⁶. Le droit du travail, et notamment la nouvelle architecture mise en avant par le Code du travail depuis la loi du 8 août 2016, n'a nullement pris en compte cette définition et cette fonction première de la norme supplétive. Le but du législateur est seulement de privilégier la négociation collective, et pour ce faire il a cru bon de généraliser le recours à la supplétivité. En réalité, ce recours à la supplétivité n'agrandit pas le champ de la négociation collective en restreignant celui de l'ordre public. Ce dernier a été renouvelé par la naissance de l'ordre public conventionnel, et le législateur a permis une certaine clarification, en déterminant quelles règles appartiennent désormais au domaine de l'ordre public. Même si l'ordre public a été renouvelé et réformé par les réformes du 8 août 2016 et du 22 septembre 2017, celles-ci ont également eu le mérite de clarifier le champ des dispositions légales impératives.

Paragraphe 2 : Les éléments de justification de la conventionnalisation

11. Deux éléments de justification peuvent être distingués, relevant tous deux de la légitimité. Etymologiquement, le terme de « légitimité » vient de *legitimus* en latin, c'est-à-dire « conforme aux lois ». Mais nous verrons que *légitimité* ne doit pas être confondue avec

⁴⁴ Pour un exemple de disposition d'ordre public conventionnel renvoyant à un accord ou à une disposition légale supplétive, v. c. trav. art. L. 3123-7 : « *Le salarié à temps partiel bénéficie d'une durée minimale de travail hebdomadaire déterminée selon les modalités fixées aux articles L. 3123-19 et L. 3123-27* ».

⁴⁵ G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier et G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *op. cit.*, p. 886.

⁴⁶ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préface G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 421, 2004, n° 492 : « *l'inscription de la règle supplétive dans un univers axiologique (...) ne constitue pas un pis-aller applicable faute de mieux, mais le modèle que l'ordre juridique juge préférable entre tous* ».

légalité : pour être légitime, il ne faut pas seulement être conforme à la loi, d'autres critères doivent intervenir⁴⁷. Max Weber dégage à ce titre trois caractéristiques de la légitimité⁴⁸ : la légitimité rationnelle qui repose sur la croyance en la légalité ; la légitimité traditionnelle reposant sur la croyance en ceux qui ont vocation à exercer le pouvoir depuis longtemps ; la légitimité charismatique reposant sur l'acceptation de l'action d'une personne supposée exemplaire. En ce qui concerne la légitimité de la négociation collective dans son ensemble, celle-ci a basculé depuis qu'elle repose sur un vote, inscrit dans la loi, ce qui lui donne une légitimité rationnelle. La loi n'a fait que sanctuariser une légitimité reposant sur la volonté du plus grand nombre. C'est en raison de cette légitimité accrue de la norme conventionnelle que sa normativité a pu également être renforcée. Les liens entre légitimité et normativité sont effectivement étroits : pour être normatif, un énoncé doit susciter un sentiment d'obligation⁴⁹. La seule capacité à sanctionner un comportement interdit ne suffit pas à caractériser la normativité d'un ordre juridique. La légitimité de la normativité juridique permet donc une régulation sociale qui ne passe pas uniquement par la contrainte, par la sanction. Dès lors, la légitimité renforcée de la négociation collective dans son ensemble, par la réforme de la légitimité des négociateurs (A), et ensuite par celle de la légitimité de l'accord collectif (B), permet de renforcer sa normativité.

A/ La hausse de légitimité des négociateurs

12. Si le législateur a cherché à renforcer la normativité de la norme conventionnelle, la hausse de la légitimité des partenaires sociaux est venue plus tardivement. En effet, le gain de normativité a précédé le gain de légitimité, à la fois des partenaires sociaux et de l'accord collectif en tant que tel. C'est en raison de la conventionnalisation souhaitée par le législateur que ce dernier a dû renforcer la légitimité des négociateurs. De plus, la loi Larcher du 31 janvier 2007⁵⁰ a permis de « conventionnaliser » la production législative, comme le rappelle Paul-Henri Antonmattei : « *La procédure de concertation de l'article L. 1 du Code du travail*

⁴⁷ V. not. J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978.

⁴⁸ M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Éditions 10/18, 2002.

⁴⁹ Sur la distinction entre *être obligé* et *avoir l'obligation*, v. H. L.A. Hart, *Le concept de droit*, traduction française M. Van De Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 36-41. L'auteur estime que seule la seconde acceptation permet de déceler la présence d'un ordre juridique.

⁵⁰ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. V. A. Supiot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », Dr. soc. 2010, p. 525.

assure ainsi une conventionnalisation de la norme législative dès lors que le produit de la négociation est respecté et ce n'est pas la marginalisation récente de la pratique de ce dispositif qui doit faire oublier l'apport essentiel d'ANI comme ceux du 11 janvier 2008 et 11 janvier 2013. Il est prématuré de condamner ce partage de la construction législative et souhaitons que la nouvelle réforme annoncée de la santé au travail offre l'occasion de renouer ce lien indispensable entre les représentants du peuple et ceux de la démocratie sociale »⁵¹. La place donnée à la concertation avec les partenaires sociaux dans le processus d'élaboration de la loi témoigne encore une fois de cette conventionnalisation. La normativité renforcée de l'accord collectif (à laquelle s'ajoute le rôle primordial des partenaires sociaux dans la création législative) justifie une hausse de légitimité de ces mêmes partenaires sociaux⁵².

13. Ce regain de légitimité des organisations syndicales s'avérait donc indispensable. A l'époque où la présomption de représentativité suffisait aux syndicats pour négocier un accord collectif, une injustice existait *in extenso* entre ceux dont la représentativité était véritablement prouvée, et ceux dont la représentativité était simplement présumée : les syndicats qui ne représentaient qu'une très faible minorité de salariés pouvaient être légitimes pour négocier et signer des accords collectifs au nom des l'ensemble de la collectivité salariale, de branche ou d'entreprise⁵³. En effet, par ce système de représentativité simplement présumée, la véritable représentation de l'ensemble de la collectivité des salariés ne pouvait être assurée. Il existe par conséquent un indissociable lien entre représentation⁵⁴ et représentativité : sans une représentativité réelle, prouvée, la représentation ne peut être

⁵¹ P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *op. cit.*, p. 39 et s. ; v. égal. G. Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail - Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », *op. cit.*, p. 205 et s.

⁵² L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005 ; G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », Dr. soc. 1988, p. 483 ; F. Favennec-Héry, « La représentativité syndicale », Dr. soc. 2009, p. 630, spé. p. 640.

⁵³ « En dépit d'une faible influence dans le champ d'application de la convention, un syndicat affilié à une confédération nationale peut négocier et conclure seul une convention collective », C. Luquet de Saint Germain, « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », Dr. ouv. janvier 2007.

⁵⁴ Sur le concept de représentation des salariés, v. G. Borenfreund, « Le représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. soc. 1991, p. 685 : « *La représentation des salariés apparaît alors comme le moyen d'organiser la démocratie, et d'assurer la promotion collective du monde du travail, en rompant avec la logique individualiste du contrat. Les pouvoirs publics concèdent ce faisant que la représentation parlementaire est insuffisante sinon inadéquate pour capter et traduire la volonté des salariés face aux employeurs* » ; M. Del Sol, *L'interlocuteur de l'employeur*, Thèse, Université de Rennes I, 1992, p. 282, n° 402 ; G. Lyon-Caen, « Droit syndical et mouvement syndical », Dr. soc. 1984, p. 8 ; v. aussi A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Université des Sciences Sociales de Toulouse, pp. 2 et 3.

convenablement assurée au niveau de l'entreprise⁵⁵. Avant la loi du 20 août 2008, la « *coïncidence minimale* »⁵⁶ devant exister entre l'aspiration des salariés et la volonté des représentants n'existe pas toujours, car la représentativité n'était pas prouvée, donc pas réelle, ce qui rendait de fait la représentation erronée. Un système de représentation présumée totalement « *inapproprié* »⁵⁷, et plus encore depuis la hausse incessante de normativité des conventions et accords collectifs.

14. La réforme du 20 août 2008 a donc permis de passer à une représentativité prouvée, reposant sur sept critères reconnus légalement à l'article L. 2121-1 du Code du travail⁵⁸. Ce renforcement de la légitimité des négociateurs fait écho à la conventionnalisation du droit du travail. En effet, la hausse de légitimité des partenaires sociaux vient justifier la hausse de normativité des conventions et accords collectifs⁵⁹.

15. La hausse de la légitimité des organisations patronales⁶⁰ a également eu une importance non négligeable, concernant les conventions collectives et accords de branche et les accords interprofessionnels⁶¹. Contrairement à la légitimité des organisations salariales, la hausse de

⁵⁵ I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle*, Thèse, 2010.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ P. Langlois, « La technique juridique et la réforme des conventions collectives », Dr. soc. 1982, p. 285 ; Dans le même sens, v. aussi G. Gaume, « Le temps de la démocratie dans l'entreprise », Dr. soc. 1982, p. 270 et s ; J.-M. Verdier, « Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », in *Etudes dédiées au Professeur A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 578.

⁵⁸ C. trav. art. L. 2121-1 : « *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations* »

⁵⁹ Sur la représentativité des syndicats catégoriels, v. A. Martinon, « Représentativité des syndicats catégoriels », JCP S 2012, 1235. V. du même auteur, « Négociation catégorielle », JCP S 2011, 1207.

⁶⁰ Nous traiterons ici seulement de la légitimité juridique. Sur la distinction entre légitimité juridique et légitimité fonctionnelle, v. M. Morand, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », Dr. soc. 2018, p. 148. V. égal. B. Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, « La représentativité des organisations patronales d'employeurs », JCP S 8 mars 2011, p. 11 et s. : « *Établir des règles précises de détermination de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, s'impose pour des raisons tant politique que technique* » ; J.-D. Combrexelle, Rapport sur la réforme de la représentativité patronale, octobre 2013.

⁶¹ V. C. Radé, « De l'accord national interprofessionnel », Dr. soc. 2010, p. 285.

celle des organisations patronales ne découle pas de l'éclosion des accords dérogatoires⁶². Ce renforcement provient plutôt du caractère obligatoire d'un accord porteur de garanties sociales au profit des salariés (donc dans le cas d'une procédure d'extension), touchant également les non adhérents aux organisations patronales signataires de l'accord en question.

16. C'est bien la conventionnalisation, par un effet différent du mécanisme de la dérogation, qui a nécessité le renforcement de la légitimité des négociateurs de branche. A l'instar de la légitimité des organisations salariales, celle des organisations patronales devait également être renforcée pour accompagner l'évolution de la conventionnalisation. La légitimité des négociateurs de l'accord devenait alors une condition indispensable à la conventionnalisation.

17. De plus, cette hausse de légitimité était essentielle, notamment à partir du moment où la nature des conventions et accords collectifs commande de les appliquer *erga omnes*, et non pas aux seuls signataires de l'accord en question⁶³. Lorsque de tels accords collectifs ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés membres des entreprises comprises dans le champ professionnel et territorial de l'accord, et plus seulement aux seules entreprises adhérentes des organisations patronales signataires, cet effet *erga omnes* est décuplé (par le mécanisme de l'extension)⁶⁴. Un effet qui va alors inciter davantage à renforcer ce besoin de légitimité des organisations patronales⁶⁵. Cette hausse de légitimité des conventions et

⁶² Même si « *ce besoin de démocratie sociale ne pouvait pas concerner que l'une des parties à la négociation, et les organisations patronales ne pouvaient rester dans la situation existante, d'une sorte « d'auto-proclamation » de représentativité. L'évolution était obligatoire à la fois en considération de principes juridiques attribués au droit de la négociation d'une part, et d'autre part en raison du rôle dévolu à la négociation de branche* », v. M. Morand, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », *op. cit.*, p. 148.

⁶³ Sur la nature duale de la convention collective et son effet *erga omnes*, v. « Nature duale de la convention collective », *op.cit.* : « *Cette nature duale de la convention collective n'est pas celle qui irrigue universellement cette institution dans le monde. On peut en effet concevoir quatre types d'identités concrètes suivant que sa nature : est strictement contractuelle ; est strictement réglementaire ; est duale (contrat et règlement) ; repose sur le régime, issu du droit romain, de convenio. Selon que, dans le droit positif d'un Etat, la nature juridique de la convention collective est identifiée par l'un ou l'autre de ces quatre types, la solution concrète à de nombreux problèmes est différente. Il en est ainsi par exemple des rapports entre le contrat de travail et l'accord collectif, la spécificité de telle nature invitant à l'incorporation ou pas du premier dans le second, à l'application du texte conventionnel aux seuls salariés syndiqués ou erga omnes, au transfert ou pas de la sanction pénale prévue pour un règlement au profit de la norme qui y déroge licitement* ».

⁶⁴ V. J. Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », Dr. soc. 2008, p. 566.

⁶⁵ M. Morand, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », *op. cit.*, p. 153 : « *En revanche, cette exigence de légitimité est nécessairement renforcée quand il s'agit d'imposer l'accord collectif dans le champ d'application professionnel et territorial qu'il détermine à toutes les entreprises qui en font partie, et non plus aux seuls adhérents de l'organisation patronale signataire* ».

accords professionnels et interprofessionnels⁶⁶ va, comme pour les accords d'entreprise et l'exigence de légitimité des organisations syndicales, passer par le biais de la représentativité. Celle-ci est encore une fois absolument essentielle pour justifier l'extension de tels accords collectifs de travail⁶⁷. On peut donc affirmer sans crainte que la problématique touchant au renforcement de la légitimité des organisations patronales est antérieure à celle relevant de la légitimité des organisations salariales⁶⁸. Cette problématique ne concerne en outre que les accords pour lesquels une extension ministérielle est possible⁶⁹, puisque la représentativité des organisations patronales n'est exigée que pour la négociation et la conclusion de conventions collectives et d'accords de branche susceptibles d'extension⁷⁰. Il pourrait alors paraître surprenant que la hausse de légitimité des organisations patronales ne date que de la loi du 5 mars 2014⁷¹, complétée par la loi du 17 août 2015⁷² et la loi du 8 août 2016, puisque cette question était déjà posée depuis de nombreuses décennies. En réalité, le législateur a calqué le régime de la représentativité des organisations patronales sur celui établi quelques années auparavant sur la légitimité des organisations salariales⁷³. Il en va de même pour les accords nationaux interprofessionnels⁷⁴.

⁶⁶ V. P. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », Dr. soc. 2005, p. 640.

⁶⁷ « *C'est la fonction première de la représentativité : asseoir et imposer la norme conventionnelle à l'égard de tiers n'ayant pas participé à l'acte juridique* », F. Héas, « État des lieux de la représentativité patronale », Dr soc. 2014, p. 18.

⁶⁸ Cette question se posant bien avant l'émergence des accords dérogatoires, accords qui ont amené à la réforme du 20 août 2008 ; sur ce point, v. M. Despax, « Négociation, conventions et accords collectifs », Dalloz 1989, p. 19 : « *la convention collective est une véritable machine à broyer les disparités et il arrive que les règles du jeu concurrentiel fixées désormais par l'accord collectif conclu, soient trop lourdes pour des entreprises qui n'arrivent péniblement à subsister qu'en limitant au maximum leurs charges sociales* ».

⁶⁹ Pour qu'une convention collective ou un accord de branche puisse être étendu, il faut que la partie patronale signataire soit représentative dans le champ d'application de l'accord, ce que le juge administratif devra vérifier lors de la procédure d'extension. Ce mécanisme permet à toutes les entreprises du champ professionnel et territorial de l'accord, même non adhérentes des organisations patronales signataires, de se voir appliquer ledit accord.

⁷⁰ CA Paris, 1re ch. A, 19 décembre 1994, CSNRBD c/ FICG et al., RJS 3/95, n°346.

⁷¹ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

⁷² Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁷³ Sur l'appréciation de la représentativité patronale, v. c. trav. art. L. 2151-1 et L. 2151-2. Ce dernier fait état des cinq critères pour acquérir cette représentativité, et qui renvoient plutôt à la légalité de l'organisation syndicale, à savoir le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, l'ancienneté de deux ans minimum et l'influence, puis précise comment se calcule l'audience électorale dans la branche, en fonction d'un seuil non pas de 10% comme pour la représentativité d'entreprise, mais de 8%, calculé en fonction du nombre d'entreprises adhérentes, selon le principe « une entreprise, une voix », ou au regard du nombre de salariés des entreprises adhérentes depuis la loi du 8 août 2016.

⁷⁴ V. c. trav. art. L. 2152-4, qui mentionne les différents critères à respecter. La différence ne procède alors que du champ d'application de l'accord, et donc du cadre à l'intérieur duquel les organisations patronales doivent être représentatives. Comme pour les conventions collectives et les accords de branche, leur légitimité a de fait été renforcée.

18. La conventionnalisation a largement contribué à renforcer la légitimité des négociateurs, et ce quel que soit leur niveau de négociation. D'ailleurs, cette augmentation de la légitimité des organisations syndicales et patronales a ouvert la porte à un renforcement de la légitimité des accords collectifs en eux-mêmes. Néanmoins, ce gain de légitimité de l'accord lui-même n'a pas été exigé à tous les niveaux de négociation.

B/ La hausse de légitimité des accords collectifs

19. Avant même que le législateur n'envisage de réformer la représentativité des partenaires sociaux, celui-ci se positionnait déjà en faveur d'une conclusion majoritaire des accords collectifs. La loi du 4 mai 2004 venait pour la première fois expérimenter ce mode de conclusion. Il semblait à l'époque pour le moins curieux de chercher à renforcer la légitimité des accords collectifs à travers le prisme de leur mode de conclusion, sans toucher à la légitimité des organisations syndicales⁷⁵. En effet, même si le professeur Jean-Emmanuel Ray relatait que « *l'idée même d'accord majoritaire constitue l'arrêt de mort de cette présomption obsolète* »⁷⁶, n'aurait-il pas été plus judicieux de d'abord réformer la légitimité des négociateurs avant de venir modifier le mode de conclusion des accords collectifs ? Les choses n'ont pas été faites dans l'ordre, le législateur ayant mis du temps à venir à bout de cet ancien système de représentativité présumée. Il est donc regrettable qu'il ait fallu attendre une première réforme engendrant la conclusion majoritaire de certains accords pour se rendre compte que la légitimité des négociateurs devait être elle aussi fortement accrue, alors que l'existence d'accords dérogatoires⁷⁷ constituait déjà une preuve on ne peut plus tangible.

20. L'accord collectif doit répondre à l'exigence de conclusion majoritaire : il se doit d'être signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des voix au premier tour des dernières élections professionnelles. Cette modification du mode de conclusion donne une plus grande légitimité aux conventions et accords collectifs. Un accroissement de leur légitimité qui a dans un premier temps touché uniquement les accords

⁷⁵ V. en ce sens : J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », Dr. soc. 2004, p. 592.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Et de fait d'un mouvement de conventionnalisation du droit du travail.

sur l'emploi, avec la loi du 14 juin 2013⁷⁸ sur la sécurisation de l'emploi, avant de progressivement se généraliser, grâce à la loi du 8 août 2016 et aux ordonnances du 22 septembre 2017.

21. Mais cette logique majoritaire ne concerne pas tous les niveaux de négociation. Pourtant, la légitimité des accords professionnels et interprofessionnels a elle aussi été renforcé suite à la conventionnalisation du droit du travail⁷⁹. Pour assurer encore davantage ce renforcement de légitimité de la norme conventionnelle dans son ensemble, il aurait été souhaitable d'élargir le recours à la logique majoritaire. En exigeant la conclusion majoritaire seulement pour les accords d'entreprise, le législateur fait primer ce dernier, au détriment de la convention collective de branche.

22. Deux types de majorité sont à distinguer : la majorité électorale où le vote devient un fondement de la représentativité, et la majorité référendaire où cette majorité se transforme en complément. La majorité électorale s'apprécie différemment suivant le niveau de négociation. Elle sera en effet plus « sévère » s'agissant du niveau de la négociation d'entreprise, puisque leur validité « *auxquelles on ajoutera les conventions et accords de groupe et les accords interentreprises, est subordonnée à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* »⁸⁰. Au sein de ce niveau de négociation elle sera également appréciée différemment suivant l'effectif de l'entreprise, et suivant qu'il existe un délégué syndical ou pas⁸¹. La règle majoritaire a forcément eu un impact sur la conclusion des accords collectifs. Sans parler encore de légitimité, nul ne peut nier que de faire passer la barre de plus de 30% à plus de 50% a rendu la signature plus difficile⁸². Toutefois, cette

⁷⁸ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁷⁹ *supra*. n° 6 et s.

⁸⁰ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154.

⁸¹ V. C. trav. art. L. 2232-21 et s.

⁸² « *Il s'avère, au total, que la légitimité de l'accord peut relever, le cas échéant, de l'ordre du symbolique. Pour autant, on ne saurait contester que la règle majoritaire puisse constituer un frein à la négociation collective ou, plus exactement, à son aboutissement. À tout le moins en va-t-il ainsi lorsque est exigée la signature d'acteurs représentant au moins 50 % des suffrages exprimés, qu'ils soient syndicaux ou élus* », Gilles Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *op. cit.*, p. 159.

augmentation de la difficulté pour conclure un accord ne va pas forcément de pair avec la hausse de légitimité de l'accord. En effet, ce n'est pas parce que la conclusion de l'accord sera plus difficile à atteindre que sa légitimité sera par conséquent renforcée. Il faut en réalité s'attarder sur une série de critères, permettant d'affirmer que la hausse de légitimité n'est pas certaine, ou en tout cas somme toute très relative. L'hétérogénéité de cette règle majoritaire électorale, et donc *de facto* la relativité de la hausse de légitimité des accords collectifs, provient surtout du fait que les seuils des 30% ou des 50% sont toujours appréciés par rapport aux suffrages exprimés, et non par rapport aux électeurs inscrits. Cette hétérogénéité est également la résultante du fait que ces seuils sont appréciés à l'aune des seuls suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives. Deux aspects qui viennent donc instaurer un compromis pratique entre légitimité renforcée et promotion de la négociation collective. Si la légitimité renforcée des accords collectifs, due à l'émergence de la règle majoritaire, est à relativiser, à l'image des deux conditions à l'instant avancées, c'est sans aucun doute en raison du fait que le législateur n'a pas voulu freiner l'expansion de ces accords en tant que source normative. Or, le fait d'inviter toutes les organisations syndicales à la table des négociations, et de prendre en compte le nombre total de votant pour apprécier le chiffre des 50% auraient vraisemblablement apporté de trop grandes restrictions à la laboutissement des négociations, et donc à la conclusion d'accords collectifs. Ces derniers auraient certes été plus légitimes (sans que cela soit à relativiser) mais également encore plus durs à conclure, ce qui aurait alors trop fortement contredit l'objectif premier du législateur, à savoir le renforcement de la normativité de la source négociée. S'il n'y a donc pas de lien étroit entre conclusion délicate et légitimité renforcée des accords valablement conclus sous

l'égide de la règle majoritaire, comme le défend le professeur Gilles Auzero⁸³, c'est que le législateur devait toujours garder à l'esprit l'équilibre fragile entre renforcement de normativité et hausse de légitimité, sans que cette dernière ne bloque la première, mais au contraire la renforce. L'accord collectif va alors gagner en normativité car il devra recueillir plus de suffrages, mais c'est le décompte de ces suffrages qui posent la question de la véritable légitimité du seuil des 50%. Dès lors, si l'augmentation de la légitimité de l'accord d'entreprise, d'établissement ou de groupe n'est pas nulle, elle ne pouvait être trop importante au risque de véritablement paralyser l'aboutissement de la négociation collective⁸⁴.

23. En revanche, le renforcement de la légitimité des accords doit être davantage nuancé lorsqu'on a une vision de l'ensemble des niveaux de négociation. Si la légitimité des négociateurs de la branche a été renforcée, celle des conventions et accords en eux-mêmes n'a pas évolué. Les différents législateurs, au fil des années et des alternances politiques, ne sont pas allés assez loin dans l'idée de renforcement de légitimité de la norme conventionnelle, en refusant de généraliser la logique majoritaire. De surcroît, même à propos des accords d'entreprise répondant à cette exigence de conclusion majoritaire, le législateur a envisagé des « palliatifs ». Il s'agit d'un référendum permettant de ratifier un accord collectif qui n'a pas obtenu la majorité ; référendum qu'il est alors judicieux d'appeler « référendum-

⁸³ « *Il y a lieu de considérer que la légitimité de l'accord doit être relativisée à deux égards au moins. En premier lieu, les seuils de 30 % ou de 50 % sont toujours appréciés par rapport aux suffrages exprimés et non par rapport aux électeurs inscrits. Compte tenu du taux d'abstention aux élections professionnelles dans l'entreprise et, plus encore, aux élections de représentativité dans les entreprises de moins de 11 salariés, cela facilite grandement le franchissement des seuils. Mais ce n'est pas tout puisque, lorsque est en cause la négociation avec les organisations syndicales, les seuils précités sont, en second lieu, appréciés à l'aune des seuls suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales reconnues représentatives. On comprend ainsi que les voix qui se sont portées sur des syndicats qui, au final, n'ont pas franchi le seuil leur permettant d'acquérir la représentativité ne sont pas prises en compte. La mise à l'écart de ces suffrages s'avère problématique dès lors que l'on voit dans le vote des salariés une habilitation des syndicats à la négociation, c'est-à-dire, en forçant un peu le trait, une délégation donnée par les salariés pour exercer pour leur compte et en leur nom leur droit à la négociation collective. C'est, en effet, par là même admettre que les aspirations de ces salariés ne seront, en aucune façon, prises en compte. À cet égard, et en partant donc de l'idée que le droit à la négociation est un droit individuel qui s'exerce collectivement, il aurait été sans doute nécessaire d'admettre à la table des négociations tout syndicat ayant obtenu au moins une voix lors des élections. On mesure sans peine les difficultés pratiques qu'une telle solution aurait pu présenter, en multipliant les parties appelées à siéger à la table des négociations. En revanche, et de notre point de vue, elle n'aurait pas laissé prise à la critique en termes de légitimité de l'acteur syndical, étant observé que celle-ci aurait été alors déplacée au stade de la signature de l'acte juridique. C'est ici l'occasion de souligner qu'il est quelque peu artificiel de prétendre distinguer légitimité de l'acteur et légitimité de la norme en matière de négociation collective. Exiger qu'un accord collectif soit majoritaire revient en réalité en exiger que ses signataires le soient. En d'autres termes, la légitimité de l'accord collectif renvoie nécessairement à la légitimité de ceux qui le signent », ibid. Pour une vision différente, v. P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », Dr. soc. 16 mars 2019, p. 198.*

⁸⁴ Surtout que de surcroît, le législateur a généralisé la pratique du référendum pour être sûr que les accords collectifs, à défaut d'être largement plus légitimes, soient largement plus normatifs.

ratification »⁸⁵. Le législateur l'a consacré s'agissant des accords collectifs n'ayant pas obtenu les 50% des voix des organisations syndicales représentatives au premier tour des élections professionnelles, mais plus de 30% de celles-ci. Dans ce cas de figure, le syndicat signataire qui a recueilli plus de 30% des suffrages peut demander ce référendum des salariés à l'employeur dans un délai de 1 mois à compter de la signature de l'accord. L'employeur a également la possibilité d'organiser ce référendum au terme du délai d'un mois si aucune organisation syndicale représentative n'en a fait la demande. Dans les deux cas de figure, s'ouvre alors un délai de 8 jours (à compter de la demande du syndicat ou au terme du délai d'un mois si l'initiative vient de l'employeur) pour que les syndicats représentatifs non signataires signent l'accord pour qu'il obtienne plus de 50% des suffrages valablement exprimés. À l'issue de ce délai de 8 jours, si l'accord en question n'est pas devenu majoritaire, le référendum (-ratification) doit être organisé dans les deux mois⁸⁶. La logique majoritaire, pourtant pensée pour renforcer la légitimité de la négociation collective, a donc subi de nombreux freins, dans l'optique de promouvoir une autre logique, celle du référendum. Une logique référendaire qui permet cependant d'envisager la hausse de légitimité sous un autre angle, en consultant directement les salariés, mais en écartant de plus en plus les négociateurs de droit commun que sont les syndicats représentatifs⁸⁷.

24. Malgré quelques obstacles au renforcement de la légitimité des conventions et accords collectifs, ce renforcement, dans l'ensemble, a bel et bien eu lieu. Cette hausse de légitimité de la négociation collective a dès lors bouleversé la vision que le juge se fait de l'accord collectif. Si le sujet du juge et de l'accord collectif n'a pas échappé aux démarches scientifiques⁸⁸, il demeure intéressant de s'attarder sur les rapports entretenus entre les juges - pas seulement le juge de l'ordre judiciaire - et la conventionnalisation.

⁸⁵ Par opposition au « référendum-approbation » servant à approuver un projet d'accord, v. G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *op. cit.*, p. 154 et s.

⁸⁶ C. trav. art. L. 2232-12.

⁸⁷ Sur la négociation substitutive, v. C. Mariano, *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018. V. égal. F. Bergeron, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. soc. 2017, p. 1033.

⁸⁸ V. not. E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif de travail*, préface F. Géa, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2022 ; v. égal. *Le Grand débat de la Revue Droit social, Dossier documentaire : Juges et accords collectifs de travail*, 17 janvier 2020, Dalloz formation.

Section 2 :

Les rapports entre la conventionnalisation et les différents juges

25. Indéniablement, il existe aussi des rapports abondants entre la conventionnalisation et les autres juges (Paragraphe 1), pouvant chacun faire l'objet d'une étude spécifique. L'objet de celle-ci étant les rapports entretenus entre la conventionnalisation et le juge judiciaire, ces propos introductifs serviront à appréhender l'influence de la première sur le second, en définissant deux termes récurrents de notre démonstration (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les rapports entre la conventionnalisation et les juges, à l'exception du juge judiciaire

26. Avant d'envisager les rapports entre la conventionnalisation et les différents juges de l'ordre national, que sont le juge constitutionnel (B) et le juge administratif (C), analysons les rapports entre la négociation collective et le juge européen (A).

A/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge européen

27. Depuis le Traité de Rome de 1957 instaurant la Communauté Economique Européenne (CEE), la place du dialogue social a évolué au sein de l'Union. Cette culture du dialogue social se retrouve particulièrement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Dès 1976, par l'arrêt *Defrenne II*, le juge européen énonce que les partenaires sociaux peuvent être amenées à mettre en oeuvre le droit de la négociation collective de l'Union européenne⁸⁹. Chronologiquement, la vision jurisprudentielle de la CJUE a ensuite consisté à laisser une grande autonomie aux partenaires sociaux pour déterminer l'objet de l'accord⁹⁰. Selon un auteur, « *la détermination de l'objet et de la finalité de l'accord collectif est consubstantielle à l'exercice du droit de négocier puisqu'il s'agit de trouver, de façon concertée, des voies d'amélioration des conditions d'emploi et de travail. L'objectif poursuivi par les partenaires sociaux relève de l'essence même du droit de la*

⁸⁹ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II / Sabena*, aff. 43/75.

⁹⁰ CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96 (point 59) : « *les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis [au droit de la concurrence] dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail* ».

*négociation collective. Ils disposent d'une autonomie de plein exercice pour déterminer d'un commun accord des objectifs d'amélioration sociale »*⁹¹. Néanmoins, très vite, la jurisprudence des juges de Luxembourg a mis en avant le respect dont doit faire preuve cette liberté fondamentale de la négociation collective vis-à-vis des autres libertés fondamentales nommées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Même si l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne préserve les modèles nationaux de dialogue social en mettant en lumière la compétence de chaque Etat membre, il n'en demeure pas moins que « *l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit [...] être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE* »⁹². Dès lors, si les rapports entre la conventionnalisation à l'oeuvre dans notre droit positif et la jurisprudence de la CJUE mériteraient une thèse à part entière, nous nous contenterons de constater dans les développements ultérieurs que le rôle du juge européen consiste à modérer et à encadrer la valorisation conventionnelle souhaitée par le juge national de l'ordre judiciaire⁹³.

B/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge constitutionnel

28. Dans la sphère nationale, le juge judiciaire n'est pas le seul à être concerné par la conventionnalisation du droit du travail.

En premier lieu, si les magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ont un rôle prépondérant en ce qui concerne l'accord collectif, c'est avant tout grâce au juge constitutionnel. Ce dernier n'a en aucun cas été un frein à ce renouveau du rôle du juge suite à l'évolution de la conventionnalisation, loin s'en faut. En effet, « *le juge ne saurait rester en marge d'une telle évolution. Le Conseil constitutionnel l'a bien compris, lui qui s'est bien souvent attelé à lever les obstacles au développement de la négociation collective sous toutes ses formes* »⁹⁴. Quelques exemples suffiront à exprimer cet accompagnement de la

⁹¹ M. Del Sol, « Droit européen et protection sociale négociée : mesure de l'autonomie des partenaires sociaux », in P. Turquet (dir.), *La crise de la protection sociale en Europe*, Presses Universitaire de Rennes, 2015, pp. 95-105.

⁹² CJCE, gde ch., 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271-08, point 44. Pour un autre exemple de cette encadrement de l'autonomie de la négociation collective, v. CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05.

⁹³ *infra*. n° 231 et s.

⁹⁴ F. Géa, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire », *Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly, Voyage au bout de la logique juridique*, Presses universitaires de Limoges, pp. 171-189, 2020.

conventionnalisation par le juge constitutionnel, et par là le renouveau des autres juges de l'accord. Tout d'abord, une décision en date du 15 décembre 2012 énonce que le principe de participation peut porter atteinte au sacro-saint principe de liberté contractuelle⁹⁵. Ensuite, le juge constitutionnel n'a pas constaté l'inconstitutionnalité des dispositions relatives au projet d'accord façonné par l'employeur et soumis à l'agrément des 2/3 des salariés⁹⁶. Surtout, le 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a reconnu la singularité de la liberté conventionnelle, au même titre que le principe de liberté contractuelle⁹⁷. En réalité, le Conseil fait une transposition de la liberté contractuelle, mais cette fois appliquée aux conventions et accords collectifs. La liberté contractuelle de la négociation collective⁹⁸ trouve alors son fondement dans la combinaison de trois textes : les alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution de 1946, énonçant respectivement le principe de liberté syndicale et le principe des participations des travailleurs, et l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, mentionnant directement le principe de liberté contractuelle. Pour la première fois, les Sages reconnaissent la spécificité de la liberté contractuelle de la négociation collective, en la détachant de la liberté contractuelle de la branche individuelle. Toutes ces décisions démontrent tout à la fois la prise en compte par le juge constitutionnel de la hausse de normativité de la négociation collective, sa valorisation par la reconnaissance d'un principe de liberté contractuelle d'ordre collectif, et l'imbrication pouvant s'opérer entre la conventionnalisation et le rôle majeur du juge concernant l'accord collectif.

29. Suite à cette consécration constitutionnelle de la conventionnalisation, il est opportun de se demander quel juge est compétent pour traiter des litiges relatifs aux conventions et

⁹⁵ Cons. constit. 15 mars 2012, n° 2012-649, cons. 14.

⁹⁶ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, §§ 3 à 12, D. 2018, p. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2019, p. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; Dr. soc. 2018, p. 677, tribune C. Radé ; *ibid.* p. 682, étude B. Bauduin ; *ibid.* p. 688, étude A. Fabre ; *ibid.* p. 694, étude Y. Pagnerre ; *ibid.* p. 702, étude J. Mouly ; *ibid.* p. 708, étude P.-Y. Verkindt ; *ibid.* p. 713, étude G. Loiseau ; *ibid.* p. 718, étude D. Baugard et J. Morin ; *ibid.* p. 726, étude C. Radé ; *ibid.* p. 732, étude P.-Y. Gahdoun ; *ibid.* p. 739, étude L. He ; RDT 2018, p. 666, étude V. Champeil-Desplats.

⁹⁷ Cons. const. 29 novembre 2019, n° 2019-816 QPC, D. 2019, p. 2306. En l'espèce, le Conseil constitutionnel estime qu'une atteinte à la liberté contractuelle de la négociation est possible si les organisations syndicales et patronales qui souhaitent négocier un accord de remplacement du fait de la fusion de branches professionnelles sont obligées de le faire dans le champ géographique et professionnel déterminé par le Ministre du Travail. De plus, une telle atteinte est également caractérisée lorsque la fusion des branches met fin à l'application de la convention collective de la branche rattachée à l'autre, si aucun accord de remplacement n'est conclu dans le délai de 5 ans à compter de la date d'effet de la fusion. Le juge constitutionnel précise néanmoins qu'une telle atteinte n'est excessive que si les dispositions de la convention collective de la branche rattachée traitaient de sujets spécifiques à cette branche, v. G. Loiseau, « Réflexions à propos de la constitutionnalité de la liberté contractuelle en matière de négociation collective », RDC juin 2020, p. 99.

⁹⁸ Ce terme sera préféré à celui de liberté conventionnelle, que le Conseil constitutionnel se refuse d'appliquer.

accords collectifs. La réponse est bien évidemment, dans une immense majorité de cas, le juge judiciaire. La nature duale de la norme conventionnelle, empruntant tantôt au contrat, tantôt à la loi, témoigne d'ailleurs de la vocation naturelle des magistrats de la Cour de cassation à être les juges de l'accord collectif⁹⁹. A ce titre, ils ont eu recours à la liberté contractuelle de la négociation collective pour consacrer la validité d'un avenant de « révision-extinction » d'une convention collective. Par un arrêt du 4 octobre 2023, la chambre sociale de la Haute juridiction en reconnaît la possible abrogation des dispositions d'une convention collective territoriale par un avenant à une convention collective nationale, à condition qu'aucun vide conventionnel ne subsiste¹⁰⁰. En l'espèce, les hauts magistrats ont appliqué la liberté contractuelle en matière de négociation collective dégagée quatre ans auparavant par le Conseil constitutionnel, en consacrant la possibilité d'éteindre un accord collectif par le biais de sa révision, sans passer par le mécanisme de la dénonciation plus contraignant pour celui qui veut l'invoquer. Force est de constater que par la consécration de la révision-extinction, le juge judiciaire, au visa de la liberté contractuelle de la négociation collective, rapproche encore un peu plus l'accord collectif de sa gangue contractuelle, tout en valorisant la conventionnalisation. En effet, la Cour de cassation énonce que l'avenant de révision met fin à l'accord collectif « *dès lors que cette extinction prend effet à compter de l'entrée en vigueur d'un autre accord collectif dont le champ d'application couvre dans son intégralité le champ professionnel et géographique de l'accord abrogé* »¹⁰¹. Le recours à la liberté contractuelle de la négociation collective, justifiant de faciliter l'extinction d'un accord, ne va pas en l'encontre du renforcement de la conventionnalisation. Le refus d'en arriver à une situation de vide conventionnel témoigne de la volonté des magistrats de la chambre sociale de valoriser le mouvement de conventionnalisation. Le juge judiciaire s'approprie la liberté contractuelle de la négociation collective, consacrée par le juge constitutionnel, afin de rapprocher encore davantage l'accord collectif de sa nature contractuelle, tout en accompagnant la conventionnalisation du droit du travail.

⁹⁹ Ce sont d'ailleurs les magistrats de la Cour de cassation qui ont les premiers engagé le renouveau du rôle du juge suite à la conventionnalisation, v. F. Géa, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire », *op. cit.*, p. 173 : « *Dans quelles conditions la problématique du retrait du juge par rapport à l'accord collectif de travail a-t-elle émergé ? Réponse : par un biais, et au travers d'une approche en apparence technique, située sur le terrain de l'application du principe d'égalité de traitement aux conventions et accords collectifs de travail. Les étapes sont connues. A l'origine se trouve l'arrêt Pain du 1er juillet 2009, par lequel la Cour de cassation décida d'appliquer et de mettre en œuvre dans toute sa rigueur le principe d'égalité de traitement aux avantages catégoriels prévus par une convention ou un accord collectif* ».

¹⁰⁰ Cass. soc. 4 octobre 2023, n° 22-23.551, D. 2023, p. 1752 ; RJS 12/2023, n° 660.

¹⁰¹ *Ibid.*

C/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge administratif

30. S'il ne fait aucun doute que le juge judiciaire est bien le plus impacté par ce gain de normativité et de légitimité de l'accord collectif, le juge de l'ordre administratif a également un rôle à propos du contentieux entourant les accords collectifs, en raison notamment du « *grand retour de l'Administration avec la résiliation conventionnelle homologuée de 2008, le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) en 2013 et l'élargissement des sanctions administratives depuis l'ordonnance du 7 avril 2016* »¹⁰². *De facto*, le juge administratif s'est aussi fait l'artisan de la construction du dialogue social, justement en promouvant ce dernier au fil de ses jurisprudences. Le thème des grands licenciements collectifs traduit au mieux ce nouveau rôle des magistrats du Conseil d'Etat, et ce notamment depuis la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 qui concentre ce contentieux entre les mains du juge administratif. Il existe désormais une procédure d'information-consultation des institutions représentatives du personnel, faisant du Conseil d'Etat le garant de cette procédure, et de fait le promoteur du dialogue social. Dans l'arrêt *Heinz* du 22 juillet 2015, le juge précise que l'avis du comité d'entreprise, dans l'hypothèse où un document unilatéral est établi pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, doit être rendu « *en toute connaissance de cause* »¹⁰³ : il faut donc que les représentants du personnel aient été « *mis en mesure d'émettre régulièrement un avis* ». De plus, l'arrêt *Darty* du 7 décembre 2015 énonce que l'administration doit se livrer à une « *appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise* »¹⁰⁴ : ce qui importe, c'est que les représentants du personnel aient pu rendre leur avis de façon régulière. Le Conseil d'Etat, dans sa jurisprudence, se focalise essentiellement sur la tenue régulière d'un dialogue, tout en durcissant les exigences de ce dialogue.

¹⁰² J.-E. Ray, « Le juge et les accords sur l'emploi », Dr. soc. 2017, p. 107.

¹⁰³ CE 22 juillet 2015, n° 385816, *Sté H. J. Heinz France*, RDT 2015, p. 514, concl. G. Dumortier, « Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'Etat ».

¹⁰⁴ CE 7 décembre 2015, n° 383856, *Darty*. G. Dumortier, « L'étendue du contrôle de l'administration sur un PSE négocié », SSL 2015, n° 1704 ; J. Icard, « Intensité du contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel », Cah. soc. février 2016, n° 117w9, p. 83 ; P. Morvan, « Le Conseil d'Etat et les plans de sauvegarde de l'emploi : une oeuvre de modération », JCP S n° 5, 9 février 2016, 1047.

Dès lors, la loi du 14 juin 2013 a permis un renforcement des prérogatives du juge administratif. Ce dernier s'est saisi de ces dispositions légales¹⁰⁵ pour promouvoir le dialogue social. Mais cette promotion du dialogue social valorise plus largement le mouvement de conventionnalisation. En durcissant les exigences relatives à la procédure d'information-consultation des institutions représentatives du personnel, le Conseil d'Etat cherche à inciter l'employeur à adopter un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) par accord collectif et non par décision unilatérale, valorisant de fait la conventionnalisation. C'est ce que révèle le professeur Frédéric Géa lorsqu'il énonce « *que l'idée de dialogue social, sauf à déperir, doit être prise au sérieux. Ce que reflète parfaitement la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au plan de sauvegarde de l'emploi, pour orienter le contrôle de l'autorité administrative et du juge administratif au sujet de la procédure de concertation menée avec le comité social et économique*¹⁰⁶, en l'absence de plan négocié, mais aussi pour fonder une forme de retrait tant du Direccte que du juge administratif lui-même lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi a donné lieu à un accord collectif au sens de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail »¹⁰⁷. L'auteur opte alors pour une position médiane, à mi-chemin entre retrait du (ou plutôt des) juge(s) de l'accord collectif et rôle prépondérant pour en contrôler sa légalité. Un contrôle de légalité dont le juge administratif est aussi responsable, comme en témoigne le « *contrôle relatif aux arrêtés d'extension des conventions et accords collectifs* »¹⁰⁸.

On constate alors que le juge administratif a pris la mesure des différentes évolutions législatives renforçant le mouvement de conventionnalisation, en adaptant ses prérogatives en conséquence. Son adaptation se fait d'ailleurs en harmonie avec le juge judiciaire. Il existe en effet une concordance des jurisprudences entre la chambre sociale de la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, comme l'a admis le Président de la 4ème chambre du contentieux du Conseil d'Etat, Denis Piveteau : « *On doit se rendre à l'évidence d'une forte convergence des jurisprudences administrative et judiciaire en matière de droit du travail au cours de ces dernières années. Les raisons en sont structurelles et peuvent se décrire selon quatre modes*

¹⁰⁵ Notamment l'article L. 1233-57-3 du Code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, prévoyant que l'administration, en procédant à l'homologation du document élaboré par l'employeur, contrôle « *la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise* ».

¹⁰⁶ CE 25 septembre 2019, RDT 2019, p. 785, obs. F. Géa ; CE 22 mai 2019, RDT 2019, p. 574, obs. F. Géa ; CE 7 février 2018 (trois arrêts), RDT 2018, p. 213, obs. F. Géa. *Adde* : F. Géa, « Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'Etat », RDT 2015, p. 528.

¹⁰⁷ F. Géa, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire », *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁸ *Ibid.*

*d'intervention du juge administratif : « suiveur » d'une jurisprudence judiciaire qu'il applique, « vicaire » d'une jurisprudence qu'il adapte, gestionnaire « conjoint » de certaines frontières communes et, enfin, « pilote » d'une jurisprudence autonome, dans les champs croissants d'intervention de l'administration du travail. Mais, dans tous les cas, l'échange et l'interaction avec la jurisprudence judiciaire sont d'une grande densité »*¹⁰⁹. Ce rapprochement entre les jurisprudences administratives et judiciaires, particulièrement à l'oeuvre s'agissant du dialogue social et de la négociation collective, se matérialise encore une fois à propos de la consultation des représentants du personnel dans la mise en place du PSE. Pour apprécier cette convergence jurisprudentielle, il est nécessaire de se placer antérieurement à la loi du 14 juin 2013, lorsque le juge judiciaire était compétent en la matière. La chambre sociale de la Cour de cassation avait eu l'occasion d'affirmer que s' « *il est exact qu'en principe la preuve du motif économique invoqué n'incombe pas spécialement à l'employeur, lorsque celui-ci entend licencier pour motif économique plus de dix salariés sur une période de trente jours, il est tenu de fournir au comité d'entreprise et à l'expert comptable désigné par le comité, tous les documents justifiant son projet* »¹¹⁰. Avant cela, le juge judiciaire avait considéré que le PSE devait « *comporter des mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et éviter ainsi des licenciements ou en limiter le nombre* »¹¹¹. Enfin, l'arrêt dit *Lasnon* du 28 mars 2000¹¹² donne une véritable importance à l'avis rendu par les représentants du personnel : en l'espèce, les magistrats de la chambre sociale ont estimé que les juges du fond auraient dû tenir compte des préconisations du comité d'entreprise au sujet du reclassement des salariés. Le juge administratif a donc suivi la logique insufflée par les magistrats de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, consistant à favoriser la culture du dialogue social, et à inciter à recourir, dès que possible, à la négociation collective.

¹⁰⁹ D. Piveteau, « La dualité de juridictions à l'épreuve du droit du travail », Dr. soc. 2017, p. 415.

¹¹⁰ Cass. soc. 28 février 2001, n° 98-44.370, RJS 5/01, n° 585.

¹¹¹ Cass. soc. 17 mai 1995, n° 94-10.535, D. 1995, p. 436, obs. G. Couturier.

¹¹² Cass. soc. 28 mars 2000, n° 98-21.870. P.-H. Antonmattei, « Plan social : il y a urgence à réformer ! », Dr. soc. 2000, p. 597 ; B. Boubli, « La réduction du temps de travail, élément du plan de reclassement », JSL 2000, n° 58.

Paragraphe 2 : L'influence de la conventionnalisation sur le juge judiciaire

31. Eu égard à cette concordance des jurisprudences, et plus encore à l'influence qu'exerce le juge judiciaire sur le juge administratif, il nous semblait logique et pertinent de s'attarder sur les rapports - plus nombreux et englobant plus de domaines - entre le premier cité et la conventionnalisation. Il faudra alors rechercher si les prérogatives judiciaires ont été réduites suite à la conventionnalisation du droit du travail¹¹³. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer deux activités judiciaires différentes : l'activité juridictionnelle du juge de l'ordre judiciaire, et l'activité jurisprudentielle. L'analyse de l'impact de la conventionnalisation sur l'activité juridictionnelle (A) précèdera celle de son influence sur l'activité jurisprudentielle (B).

A/ L'influence de la conventionnalisation sur l'activité juridictionnelle

32. Selon un auteur, qui s'est attaché à distinguer les deux activités judiciaires que sont l'activité jurisprudentielle et l'activité juridictionnelle, cette dernière correspond à « *la production, dans des conditions procédurales déterminées, d'actes décisionnels à caractère individuel* »¹¹⁴. L'activité juridictionnelle se résume alors à la création d'actes, la création de décisions applicables à un cas particulier : le juge, dans son activité décisionnelle, use alors de ses différentes prérogatives, de ses différents pouvoirs, pour rendre sa solution. L'activité juridictionnelle - ou décisionnelle - peut donc s'analyser comme l'ensemble des prérogatives

¹¹³ Frédéric Géa a lui une position consistant à mettre en avant à la fois le retrait du juge et le rôle central de ce dernier sur la négociation collective : « *l'idée de dialogue social est tout à la fois susceptible de justifier une mise en retrait du juge vis-à-vis des conventions et accords collectifs ou son envers, à savoir un rôle actif du juge en matière de négociation collective. Par là s'expliquent les chemins sinués qu'a empruntés la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation au cours de ces dernières années. Cette jurisprudence produit, à notre sens, un effet de loupe sur une réalité qui vaut pour l'ensemble des juges de l'accord collectif, qu'il s'agisse du juge judiciaire, du juge administratif, du juge pénal ou bien du juge constitutionnel. C'est dire que, sur ce sujet, le droit n'a pas fini de s'écrire* », F. Géa, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire », *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁴ E. Serverin, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », Droit et société n° 25, 1993, p. 339.

judiciaires traduisant les différents rôles du juge¹¹⁵ et amenant à la création d'un acte décisionnel¹¹⁶. De part cette définition, on constate inévitablement la création normative dont sont tributaires les juges, et parmi eux le juge judiciaire. En tranchant un litige - ce qui traduit la compétence contentieuse -, le juge va créer de la norme - ce qui traduit son activité normative, qui existe même dans un pays légitcentrique comme la France. Cette création normative se fera en contrôlant le contenu de la négociation ou de l'accord collectif, ou encore en interprétant ses stipulations : un rôle de contrôleur et un rôle d'interprète. Sa création normative aura le mérite de dégager une certaine vision du juge sur l'accord collectif, ou sur la négociation collective dans son ensemble, vision qui se confond donc avec l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire¹¹⁷.

33. L'activité juridictionnelle englobe notamment le pouvoir de contrôle du juge judiciaire. Pour opérer leur contrôle de légalité, les juges sont amenés à se poser la question suivante : les stipulations de la convention ou de l'accord collectif respectent-elles bien le contenu normatif des dispositions légales ? En contrôlant le contenu de l'accord collectif, le juge judiciaire ne vient pas pour autant opérer un contrôle de pertinence, empli de subjectivité. Les exemples relatifs aux différences de traitement conventionnelles en témoignent. Sans anticiper sur les développements relatifs à la valorisation par la jurisprudence de la normativité des accords collectifs par le renouveau du principe d'égalité de traitement¹¹⁸, il est d'ores et déjà pertinent d'affirmer que les arrêts du 27 janvier 2015¹¹⁹ « *retirent*

¹¹⁵ Il sied de préciser ce que signifie le terme de *rôle* du juge judiciaire sur la négociation collective. Les rapports que le juge entretient avec les conventions et accords collectifs, ou encore le *rôle* qu'il détient sur ces derniers, témoignent de nombreuses *prérogatives*, de nombreux *pouvoirs* que le juge de la Cour de cassation détient sur tout ce qui attraite à la négociation collective dans son ensemble. Parmi ces *prérogatives* - ou ces *pouvoirs*, expressions employées ici en tant que synonymes -, on citera logiquement le pouvoir de contrôle. Contrôle sur l'articulation des accords collectifs entre eux ou avec les autres normes régissant le droit du travail, ou pouvoir de contrôle sur le contenu de l'accord collectif. L'autre rôle essentiel dont est tributaire le juge judiciaire est le pouvoir d'interprétation des conventions et accords collectifs. Deux *rôles*, deux *prérogatives*, deux *pouvoirs* qui seront successivement envisagés au cours des développements postérieurs.

¹¹⁶ A propos de la nature de la décision judiciaire, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 318 ; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973, n° 21 ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, 3ème éd., Dalloz 1969, n° 81.

¹¹⁷ Sur la définition de l'activité jurisprudentielle, *infra*. n° 37 et s.

¹¹⁸ Si l'ensemble des solutions rendues à propos de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles appartient à l'activité jurisprudentielle du juge, son pouvoir de contrôle ayant contribué à façonner cette nouvelle vision jurisprudentielle relève bien lui de son activité juridictionnelle.

¹¹⁹ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773 (3 arrêts), D. actu. 6 février 2015, obs. M. Peyronnet ; D. 2015, p. 270, obs. C. C. cass. ; *ibid.* p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *ibid.* p. 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2015, p. 237, étude A. Fabre ; *ibid.* p. 351, étude P.-H. Antonmattei ; RDT 2015, p. 339, obs. E. Peskine ; *ibid.* p. 472, obs. G. Pignarre.

*partiellement au juge le contrôle de conformité des accords collectifs au principe d'égalité : la recherche des raisons objectives et pertinentes s'efface devant la présomption d'égalité tirée d'une négociation équilibrée »*¹²⁰. Dès lors, le contrôle de légalité du contenu de l'accord collectif tend à rechercher la conformité des stipulations conventionnelles aux dispositions légales, sans préjuger de la pertinence desdites stipulations. Pour les professeurs Arnaud Martinon et Elsa Peskine, « *il n'est ni possible ni souhaitable de priver le juge de tout contrôle pour vérifier la conformité de l'accord à la loi ; mais il ne lui appartient pas de s'insinuer dans l'accord au point de rompre l'équilibre contractuel* »¹²¹. La conventionnalisation du droit du travail est donc venue modifier le contrôle du juge judiciaire¹²². Si l'objet de ce contrôle a été modifié, la nature du contrôle a changé. L'objet du contrôle a évolué notamment depuis que le législateur est venu renforcer la légitimité de la négociation collective. Une des prérogatives du juge judiciaire est de contrôler la légitimité de l'accord, en vérifiant que la légitimité des syndicats signataires était assurée. En réalité, comme l'ont fort justement révélé Elsa Peskine et Arnaud Martinon, il s'agit d'un contrôle de légalité, les critères assurant la légitimité de la norme conventionnelle étant aujourd'hui inscrits dans le marbre de la loi : « *La légitimité, ou plutôt une certaine forme de légitimité sociale, est devenue un élément de la légalité de cet acte juridique* »¹²³. La frontière entre légitimité et légalité d'un acte juridique, bien que deux notions différentes¹²⁴, est parfois poreuse, et le pouvoir du juge visant à contrôler la légitimité de l'accord collectif se confond avec son contrôle de légalité.

34. Est-ce à dire pour autant que ce nouveau contrôle judiciaire, dégagé suite aux jurisprudences du 27 janvier 2015, traduit un effacement du juge ? Existe-t-il, aujourd'hui, une restriction du contrôle du juge judiciaire et donc de son activité juridictionnelle ? Une partie de la doctrine se positionne en faveur de ce retrait du contrôle du juge sur l'accord collectif gagnant en normativité et en légitimité. Nous tenterons de faire émerger une vision différente,

¹²⁰ A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », Dr. soc. 2017, p. 115.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² « *Le contexte est connu : engagée depuis plusieurs années, la refondation du droit du travail accorde une place croissante à l'accord collectif qu'il exprime avec vigueur la nouvelle architecture du code du travail mise en place pour les dispositions relatives à la durée du travail aux repos et aux congés. La force de cette évolution rejaillit sur le rapport entre le juge et l'accord collectif* ». P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », Dr. soc. 2017, p. 425.

¹²³ A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *op. cit.*, p. 119.

¹²⁴ *supra*. n° 11.

prenant le contre-pied de l'idée consistant à voir en la conventionnalisation un retrait du contrôle du juge judiciaire. Il s'agira, pour reprendre les propos de Laurence Pécaut-Rivolier, de constater « *une marche convergente entre d'une part les évolutions législatives qui confèrent une plus forte légitimité aux accords collectifs, en renforçant la représentativité de ceux qui les négocient et les signent, et la considération accordée par le juge à ces accords, avec la reconnaissance de leur nature juridique spécifique, distincte de celle des actes individuels* »¹²⁵.

35. Il n'est pas question cependant de nier la volonté législative de prévenir la phase contentieuse devant le juge : la loi cherche à restreindre la saisine du juge judiciaire. En ce sens, on remarque une volonté de restreindre l'activité contentieuse des juges - restriction qui n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. Néanmoins, en ce qui concerne spécifiquement les rapports entre juge judiciaire et négociation collective, nous ne pouvons pas constater un retrait généralisé du juge dans ce domaine. S'il est évident qu'il existe une corrélation entre la conventionnalisation et le rôle du juge judiciaire, cette corrélation ne doit pas amener à penser qu'il y aurait systématiquement un retrait du contrôle judiciaire dès qu'intervient une hausse de normativité de l'accord collectif. Pour aller plus loin, il n'existe, d'après nous, pas la moindre restriction des prérogatives judiciaires. En réalité, le fait de parler de « restriction » du contrôle dans sa globalité dénote une certaine erreur de raisonnement. Utiliser ce terme imposerait de se poser la question de restriction par rapport à quel outil de comparaison ? On restreint toujours quelque chose par rapport à un élément initial, pour dire si l'élément en question a effectivement été restreint. Il faut donc un élément de comparaison. Or, il ne peut y en avoir puisqu'avant cette conventionnalisation, il n'existe pas, par définition, de contrôle sur un accord collectif véritablement normatif, ou à tout le moins aussi normatif qu'aujourd'hui. Il est donc impossible de comparer l'intensité du contrôle, puisque l'objet même de la comparaison, à savoir l'accord collectif, a largement évolué pour devenir la norme privilégiée en droit du travail. Certes le contrôle du juge judiciaire sur l'accord collectif existait bel et bien, mais pas sur le même accord collectif, pas sur un accord aussi

¹²⁵ L. Pécaut-Rivolier, « L'accord collectif et le juge », Dr. soc. 2017, p. 96. V. du même auteur, « Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui », Dr. soc. 2018, p. 79.

normatif. Il serait donc, à notre sens, erroné de parler d'un contrôle *restreint*¹²⁶, étant donné qu'il est impossible de dire par rapport à quoi ce contrôle du juge serait restreint, la nature du contrôle ayant entre-temps été renouvelée.

36. Ce n'est alors pas l'intensité du contrôle de juge qu'il sied de comparer, mais bien plutôt la nature même de ce contrôle qui a évolué en raison du phénomène de conventionnalisation. Par conséquent, la véritable problématique ne consiste pas à se demander si le contrôle du juge judiciaire est moins fort maintenant que la négociation collective a gagné en normativité, mais plutôt à se questionner sur le nouveau rôle du juge de l'ordre judiciaire une fois la normativité de l'accord collectif renforcée.

37. Le contrôle exercé par le juge n'est pas sa seule prérogative juridictionnelle. Dès lors, l'impact de la conventionnalisation sur les différents rôles du juge ne peut s'analyser de façon linéaire. L'exemple du pouvoir d'interprétation témoigne de l'absence d'influence directe de la normativité renforcée de l'accord collectif sur le juge. Parler d'un impact certain de la conventionnalisation sur le rôle du juge, envisagé de façon générale, révèle alors une erreur de raisonnement. Si nous verrons que l'influence de la conventionnalisation sur l'activité juridictionnelle et jurisprudentielle doit être distinguée, il faudra également établir des différences au sein même de la première de ces activités. La hausse de normativité des conventions et accords collectifs n'a pas bouleversé directement l'ensemble des prérogatives judiciaires, ce qui nous permettra d'établir des distinctions entre les différents pouvoirs judiciaires sur la négociation collective.

38. En outre, ces prérogatives, que nous avons ici restreint au contrôle de légalité et à l'interprétation des accords, s'analysent comme des instruments au service de l'établissement d'une vision, d'une reproduction de solutions jurisprudentielles dans un domaine déterminé. L'activité juridictionnelle, par le contrôle et l'interprétation judiciaire sur la norme

¹²⁶ Même si certains auteurs emploient ce terme, non pas pour dire que le contrôle du juge judiciaire quant au contenu de l'accord collectif est aujourd'hui plus restreint que le contrôle opéré auparavant, mais plus restreint par rapport au contrôle du contenu normatif de la décision unilatérale. V. en ce sens : A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *op. cit.*, p. 120 : « *Ce qui apparaît alors, c'est que cette contraction du contrôle judiciaire sur le contenu de l'accord collectif opère dans des configurations où la décision aurait pu être prise par voie unilatérale. La différence de contrôle induite par le législateur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi en constitue une autre illustration. Le contrôle de l'administration et, par ricochet, celui du juge administratif est différent, selon que ce plan est négocié ou unilatéral. C'est donc par opposition à la décision unilatérale que l'accord collectif appelle un contrôle du juge plus restreint. Pourtant, ce cantonnement du contrôle judiciaire, même ainsi relativisé, suscite un certain trouble.* ».

conventionnelle, va donc aboutir à la détermination d'une activité jurisprudentielle influencée également par la hausse de normativité de la négociation collective.

B/ L'influence de la conventionnalisation sur l'activité jurisprudentielle

39. Contrairement à l'activité juridictionnelle du juge, l'activité jurisprudentielle de ce dernier ne se résume pas aux prérogatives servant à rendre une décision à caractère individuel. L'activité jurisprudentielle peut se définir comme « *la reproductibilité des opérations effectuées par certaines catégories de décisions* »¹²⁷. Le professeur Antoine Lyon-Caen la définit comme « *la production normative imputée (en général) aux plus hautes juridictions* »¹²⁸. A l'évidence, ces deux définitions se complètent. Quand Antoine Lyon-Caen parle de « *production normative* », il faut y voir une référence à la reproductibilité des solutions visant à établir une vision jurisprudentielle, et de fait à créer de la norme. En effet, la jurisprudence, en tant que source de droit, a un contenu normatif¹²⁹. C'est ce contenu normatif, né de la reproductibilité des solutions prétoriennes dans l'optique de créer une vision, que nous appellerons « activité jurisprudentielle ». De fait, la normativité de l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire (ou, plus simplement, la normativité jurisprudentielle) peut aussi bien renforcer la normativité conventionnelle, et *de facto* valoriser le phénomène de conventionnalisation, ou au contraire la freiner en entrant en concurrence (normative) avec elle. En tout état de cause, cette vision normative de l'accord collectif sera établie grâce aux prérogatives du juge judiciaire, et notamment à son pouvoir de contrôle renouvelé.

40. Le renouveau de la vision du juge judiciaire sur l'accord collectif, qui fait écho à la conventionnalisation du droit du travail, est remarqué par Frédéric Géa, lorsqu'il constate dans les solutions jurisprudentielles « *une faveur pour la norme négociée. Faveur qui se traduit dans des solutions, des analyses, des constructions, lesquelles reflètent (de façon sans doute parcellaire mais non moins significative) la manière dont le juge (à travers le prisme de la jurisprudence, dans notre propos) appréhende l'accord collectif. La différenciation que*

¹²⁷ E. Serverin, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *op. cit.*, p. 341.

¹²⁸ A. Lyon-Caen, « E. Filippetto, *Le juge et l'accord collectif*, préface F. Géa, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2022, tome 81, 394 pages + bibliographie et tables », RDT 2022, p. 272.

¹²⁹ Sur la force normative de la jurisprudence, v. M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Études offertes au professeur Scelle*, t. II, 1950, LGDJ, p. 613 ; J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Études offertes au professeur Ripert*, t. I, 1950, LGDJ, p. 28.

met en œuvre la Haute juridiction procède, à coup sûr, d'une promotion de la norme négociée »¹³⁰. La normativité renforcée de la négociation collective, couplée à la hausse de légitimité des négociateurs et des accords eux-mêmes, a donc incité le juge à appuyer cette promotion de la norme négociée, au travers de solutions qui traduisent le respect de cette normativité conventionnelle. L'exemple des jurisprudences relatives au principe d'égalité de traitement traduit alors l'interdépendance existante entre les activités juridictionnelle et jurisprudentielle du juge judiciaire. Les arrêts du 27 janvier 2015¹³¹, qui ont été suivis par d'autres solutions élargissant le domaine de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles¹³², témoignent à la fois du contrôle juridictionnel exercé au cas par cas, et d'une reproduction des décisions judiciaires. Or, cette reproduction fait naître une vision qui traduit l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire en ce qui concerne l'accord collectif.

41. Cette vision est rendue possible par les prérogatives du juge, et notamment, dans notre exemple, par son pouvoir de contrôle reflétant son activité juridictionnelle. Celle-ci se met donc au service d'une vision jurisprudentielle. Le juge de l'ordre judiciaire, de par une série d'arrêts rendus dans le même domaine, détermine sa vision de l'accord collectif, et plus globalement de la négociation collective. De par ses prérogatives « décisionnelles », il met en œuvre une certaine représentation de l'accord collectif¹³³ de travail en reproduisant ses solutions.

42. Les liens entre le gain de normativité de l'accord collectif et les différentes activités du juge sur ledit accord seront au cœur de notre démonstration, qui consistera essentiellement à répondre à la problématique suivante : existe-t-il une concurrence entre d'un côté la promotion de la négociation et de l'autre les activités jurisprudentielles et juridictionnelles ? Cette interrogation peut se scinder en deux, dans le but de gagner en précision : existe-t-il une concurrence normative entre la conventionnalisation et l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire ? Enfin, existe-t-il une concurrence entre la conventionnalisation et les prérogatives juridictionnelles du juge judiciaire ? Certes, le propre de la norme négociée est, par

¹³⁰ F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », SSL 2016, n° 1717, p. 5 et s.

¹³¹ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

¹³² *infra*. n° 219 et s.

¹³³ Sur la représentation judiciaire de l'accord collectif, v. E. Filippetto, *Le juge et l'accord collectif*, op. cit., p. 109 et s.

définition, de faire confiance aux représentants des salariés qui sont les plus à même de défendre leurs intérêts. Cependant, cette confiance ne doit pas se confondre avec une mise en concurrence. Parler de concurrence, c'est voir en la conventionnalisation une restriction réciproque de la normativité jurisprudentielle et des prérogatives du juge judiciaire. A l'inverse, toujours pour définir cette idée de concurrence, lorsque les prérogatives judiciaires sont décuplées, ou que les solutions jurisprudentielles du juge judiciaire traitent de la négociation collective, la conventionnalisation serait en danger. Peut-on valablement affirmer que l'essor de la négociation collective a pour corollaire l'effacement normatif du juge, ou que les prérogatives renforcées de ce dernier coïncideraient avec un coup d'arrêt de la conventionnalisation ? Existe-t-il un mouvement de vases communicants entre la normativité conventionnelle et les différentes activités du juge judiciaire ? Autant de questions auxquelles les développements ultérieurs apporteront une réponse partielle, en privilégiant l'argument selon lequel la moindre concurrence doit être fortement combattue.

43. Tout au long de cette introduction, nous n'avons cessé de mettre en avant le fait que les magistrats de la Cour de cassation ont été directement affectés par l'évolution qu'a connue le droit du travail depuis plus d'un siècle. Cette influence de la conventionnalisation sur le juge judiciaire lui a permis de renouveler sa double activité, jurisprudentielle et juridictionnelle. Ce renouveau du rôle du juge va aussi, réciproquement, accompagner la hausse de normativité de la négociation collective. Mais le terme d'*accompagnement* peut être précisé. En effet, s'il sera démontré que le juge judiciaire accompagne la conventionnalisation, il fait plus que simplement l'accompagner : il l'accentue. Par conséquent, le fait d'accentuer un phénomène ou une évolution, contribue à sa *valorisation*.

44. Le dictionnaire *Le Robert* définit l'action de valoriser comme « *faire prendre de la valeur à qqch., augmenter la valeur que l'on attribue à qqch.* »¹³⁴. Les synonymes du terme de valorisation sont encore plus parlants : « *plus-value, mise en valeur, amélioration, bonification, enrichissement...* »¹³⁵. Nous estimerons alors que les différentes activités du juge judiciaire ont eu pour effet non seulement d'accompagner la conventionnalisation, mais surtout de la valoriser, l'améliorer, la bonifier, l'enrichir. Nous avons donc choisi à dessein le

¹³⁴ *Le Robert* (2022). v. *Valoriser*.

¹³⁵ *Le Robert* (2022). v. *Valorisation*.

terme de *valorisation* pour illustrer la complexité des rapports entre le juge de l'ordre judiciaire et la conventionnalisation du droit du travail.

45. La complexité de leurs relations se caractérise notamment par leur réciprocité. Les activités du juge judiciaire et l'augmentation de la normativité conventionnelle s'alimentent mutuellement. Originellement, c'est bien la conventionnalisation qui a influé sur les activités jurisprudentielles et juridictionnelles du juge. Une fois ces activités renouvelées, ce renouvellement a servi à valoriser davantage la conventionnalisation. C'est le cas notamment de l'activité jurisprudentielle des magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui par leurs solutions ont tout fait pour accélérer le phénomène de conventionnalisation, et donc la valoriser (**Première partie**). Le lien de valorisation entre l'activité juridictionnelle et la conventionnalisation est plus difficile à appréhender. Alors que les solutions jurisprudentielles valorisent explicitement la négociation collective, ce serait plutôt le contraire s'agissant des prérogatives judiciaires : la conventionnalisation est venue directement revaloriser l'activité juridictionnelle (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE :

LA VALORISATION JURISPRUDENTIELLE

DE LA CONVENTIONNALISATION

DU DROIT DU TRAVAIL

46. La valorisation jurisprudentielle de la conventionnalisation peut prendre plusieurs aspects. Tout d'abord, elle peut être impulsée par les dispositions législatives : le législateur édicte des règles, et notamment, dans un contexte de conventionnalisation, des règles relatives au champ de la négociation collective. Ces règles, générales, doivent alors faire l'objet d'interprétation de la part du juge judiciaire. Mais le législateur n'est pas le seul à promouvoir directement la normativité de la négociation collective. Le juge judiciaire peut lui aussi impulser directement cette valorisation de la conventionnalisation. On retrouve ces deux valorisations, différentes dans leur impulsion, dans la première phase de la conventionnalisation : la phase de négociation à proprement parler (**Titre 1**).

47. La valorisation de la conventionnalisation ne s'arrête pas lorsque la phase de négociation se termine. Le juge judiciaire a également un rôle prépondérant, au travers de ses solutions jurisprudentielles, en ce qui concerne le renforcement de normativité de l'acte découlant de la négociation. En effet, la jurisprudence des magistrats de la chambre sociale a été de plus en plus attentive à la validité des accords collectifs, au fur et à mesure que leur normativité se renforçait. Plus la normativité de l'accord était promue par le législateur, plus le juge judiciaire modifiait sa jurisprudence afin de mieux contrôler la validité des conventions et accords collectifs de travail. Par conséquent, en adaptant le principe d'égalité de traitement au contexte de la conventionnalisation, l'activité jurisprudentielle du juge s'est une nouvelle fois mise au service de la valorisation de la normativité conventionnelle, et plus précisément de la normativité dans l'application de l'accord collectif (**Titre 2**).

TITRE 1 :
La valorisation jurisprudentielle
de la phase de négociation

48. Le *préalable de négociation obligatoire*, selon une terminologie que nous devons à Grégoire Loiseau¹³⁶, et le principe de loyauté de la négociation, comme leurs noms l'indiquent, concernent directement la phase de négociation entre les organisations syndicales représentatives et l'employeur. Le premier est une notion nouvelle, qui a émergé avec l'architecture triadique présente dans le Code du travail. C'est en raison de la généralisation des dispositions légales supplétives que cette problématique a vu le jour. En effet, le législateur a mis en oeuvre des règles supplétives dans l'optique où aucun accord collectif ne serait conclu. Il a donc fallu que le juge judiciaire vienne interpréter ces cas d'articulation entre le champ de la négociation collective et les dispositions légales supplétives¹³⁷. En réalité, toute la problématique entourant la mise en oeuvre du préalable de négociation obligatoire consistera à se demander si la disposition supplétive prévue par la loi, à savoir la décision unilatérale de l'employeur, sera applicable quel que soit le motif de l'échec de la conclusion d'un accord collectif.

49. La valorisation de la négociation se fait également par le biais d'un contrôle de ses modalités, et notamment par un contrôle de sa loyauté. A ce stade, une question se pose : en quoi le contrôle de la loyauté de la négociation par le juge judiciaire relève-t-il du mouvement de promotion de la négociation collective, et de fait de la norme conventionnelle ? Ce contrôle du contenu de la phase de négociation ne procède-t-il pas plutôt de la volonté de réguler la négociation collective ? Il aurait été possible de le penser. Il a cependant été fait le choix de voir en ce contrôle de la négociation, matérialisé par le durcissement jurisprudentiel de l'exigence de loyauté, une volonté judiciaire de promouvoir la norme conventionnelle. A l'instar de la représentativité prouvée des négociateurs, l'exigence de loyauté permet à la négociation collective, et aux accords qui en découlent, de leur assurer une légitimité certaine. En faisant respecter le principe de loyauté, le juge s'assure que l'accord collectif ne puisse pas être remis en cause. Si le législateur a voulu valoriser la norme conventionnelle en modifiant la légitimité des négociateurs, pour que sa

¹³⁶ L'expression est née de la contribution de G. Loiseau au numéro spécial de la revue Jurisprudence sociale Lamy paru en juin 2020 : « Le préalable de négociation », note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, RJS 6/19 n° 363, JSL 19 juin 2020 n° 500, numéro spécial, p. 8.

¹³⁷ Une interprétation jurisprudentielle qui se fait, ne l'oublions pas, dans un contexte de conventionnalisation : « *Le préalable de négociation obligatoire résulte alors de l'interprétation que font les juges de la loi, dans un contexte de promotion de la norme conventionnelle* », G. François, « Le préalable de négociation obligatoire », Dr. soc. 2021, p. 356.

normativité ne puisse plus être discutée, le parallèle avec le contrôle du juge judiciaire sur la loyauté de la négociation peut être fait.

50. La valorisation jurisprudentielle de la négociation se fait par la création du préalable de négociation obligatoire (**Chapitre 1**), ainsi que par la consolidation de l'exigence de la loyauté (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 :

La valorisation jurisprudentielle

par la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire

51. Si les hauts magistrats ont interprété un certain nombre de dispositions légales de façon à dégager un préalable de négociation obligatoire, c'est avant tout en raison de la conventionnalisation. A la suite de cette évolution qu'a connu et que continue de connaître le droit du travail, le juge judiciaire a cru bon d'interpréter tout un pan de dispositions supplétives applicables « *à défaut* » ou « *en l'absence d'accord collectif* ». Cette interprétation de la norme légale a eu pour effet d'accentuer encore davantage le phénomène de conventionnalisation : en un mot, de le valoriser.

52. De plus, cette valorisation jurisprudentielle de la conventionnalisation par la reconnaissance du préalable de négociation n'a pas émergé sur un thème pris au hasard. En effet, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont explicitement cherché à *conventionnaliser* la mise en place du comité social et économique¹³⁸. Les articles L. 2313-2¹³⁹ et suivants du Code du travail témoignent de cette conventionnalisation de la mise en place du CSE, et plus généralement de tous les thèmes relatifs aux institutions représentatives du personnel. Les accords institutionnels ont considérablement gagné en normativité, puisque désormais les partenaires sociaux ont la possibilité de négocier sur un nombre très important de domaines propres aux représentants du personnel. Mais très vite, cette promotion de la conventionnalisation grâce aux accords institutionnels s'est révélée être source de difficultés. N'aurait-il pas fallu que le législateur construise un régime spécifique pour ce type d'accord ? Des auteurs, dès 2015, ont répondu positivement, constatant qu'il existait déjà de nombreuses interrogations relatives aux accords institutionnels¹⁴⁰. C'est le cas notamment pour l'accord de mise en place du CSE qui serait révisé ou qui prendrait fin pendant la durée du cycle électoral. Dans une telle hypothèse, *quid* du périmètre des établissements distincts prévu par l'accord révisé, dénoncé, ou dont le terme est arrivé ? En application du régime des accords collectifs de droit commun, le découpage initial n'a plus lieu d'être et il faut alors s'en

¹³⁸ V. G. François, « La conventionnalisation de la représentation du personnel », *op. cit.*, p. 70.

¹³⁹ C. trav. art. L. 2313-2 : « *Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts* ».

¹⁴⁰ G. Loiseau et A. Martinon, « L'âge d'or de l'accord institutionnel ? », *Cah. soc.* juillet 2015, p. 359.

remettre aux stipulations de l'accord révisé ou à la décision de l'employeur basée sur le critère de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement. Cependant, le recours au droit commun n'est pas ici satisfaisant : son application conférerait « *une faculté de vie et de mort sur les instances* »¹⁴¹. Or, même si la normativité des accords collectifs, et particulièrement des accords institutionnels, est valorisée, cette valorisation ne peut se faire au détriment du droit des institutions représentatives du personnel. Dans ce contexte, la doctrine se positionne unanimement en faveur « *du maintien des établissements distincts pendant toute la durée du cycle électoral* »¹⁴². Par conséquent, le juge judiciaire serait bien inspiré de créer un régime juridique spécifique pour l'accord institutionnel de mise en place du CSE, où sa révision ou son extinction n'auraient aucun effet, tout au long du cycle électoral, sur le découpage en établissements distincts prévu par l'accord originel. Si le professeur Jean-François Cesaro et Arnaud Teissier justifient cette solution sur la structure du Code du travail¹⁴³, l'intervention du juge judiciaire serait selon nous précieuse pour définitivement entériner l'autonomie de l'accord collectif institutionnel de mise en place du CSE¹⁴⁴, mais aussi pour préciser le flou dû à l'immense liberté laissée par le législateur aux partenaires sociaux¹⁴⁵.

53. Le champ réservé aux accords institutionnels, largement développé à la suite des ordonnances du 22 septembre 2017, fut donc un terrain d'expérimentation idéal pour le juge

¹⁴¹ A. Jousselin, « L'accord institutionnel, interrogations et propositions », BJT janvier 2022, p. 48.

¹⁴² A. Jousselin, « L'accord institutionnel, interrogations et propositions », *op.cit.*, p. 48. V. not. Y. Pagnerre et E. Jeansen, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », RDT 2018, p. 358 ; J.-F. Cesaro et A. Teissier, « L'implantation du comité social et économique », JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26 ; S. Guedes Da Costa et G. Loiseau, « Les représentants de proximité », *op . cit.*, p. 60 ; J. Credoz-Rosier, « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie) », SSL n° 1796, p. 5.

¹⁴³ J.-F. Cesaro et A. Teissier, « L'implantation du comité social et économique », *op. cit.* : « *Ne faut-il pas considérer que l'acte de découpage doit être soumis à un régime spécifique, adapté à son objet : l'élection ? En effet, même lorsqu'il est négocié avec les syndicats, il ne suit pas le droit commun, car la voie du référendum n'est pas ouverte. (...) Enfin, l'acte de découpage est régi par une section du Code du travail relative à la "mise en place" du comité social et économique et on peut assez naturellement estimer que le découpage est lié à l'élection qu'il structure* ».

¹⁴⁴ Sans que cela ne témoigne de la moindre concurrence entre la négociation collective et les prérogatives du juge judiciaire, contrairement à l'avis de Aurélien Jousselin, qui oppose la « *prévalence de l'accord d'entreprise* » à la « *prévalence du contrôle juridictionnel* ». L'exemple de la création d'un régime spécifique pour l'accord de mise en place du CSE montrerait tout à la fois la valorisation de la conventionnalisation, et la prérogative déterminante des magistrats de la Cour de cassation dans la reconnaissance d'un régime spécifique à ce type d'accord.

¹⁴⁵ L'intervention du juge judiciaire est salutaire notamment en ce qui concerne le délai d'examen dont disposent les élus pour étudier les informations remises par l'employeur, la détermination du contenu desdites informations, ou encore la base de données économiques et sociales

judiciaire souhaitant valoriser la conventionnalisation. Le renforcement de la normativité des accords institutionnels par le législateur a permis au juge de promouvoir la normativité globale des accords collectifs. Dans un arrêt de la chambre sociale du 17 avril 2019¹⁴⁶. Par la suite, toujours à propos de la mise en place du CSE, mais spécifiquement sur la mise en oeuvre des élections professionnelles, les juges de la Cour de cassation ont reconnu l'existence de ce préalable de négociation à propos du recours au vote électronique¹⁴⁷.

54. Dans ces deux cas de figure, la jurisprudence a clairement défini ce qu'il fallait entendre par préalable de négociation obligatoire : en cas d'échec de négociations loyales et sérieuses, la décision unilatérale de l'employeur aura vocation à s'appliquer. Par conséquent, pour reconnaître le préalable de négociation obligatoire, il faut successivement envisager son fondement, qui n'est autre que la primauté de la norme conventionnelle (**Section 1**), ainsi que son champ d'application, qui permettra de déterminer la norme subsidiaire applicable (**Section 2**). Selon le sens de la défaillance de la négociation collective, l'élément subsidiaire applicable sera différent, et permettra de systématiser ce qui relève - ou non - , selon l'expression de Grégoire Loiseau, du préalable de négociation obligatoire.

Section 1 :

Le fondement du préalable de négociation obligatoire

55. Le préalable de négociation obligatoire découle indiscutablement d'un rapport de subsidiarité. Il faudra alors analyser ce rapport de subsidiarité (Paragraphe 1) afin de constater que la jurisprudence exige la tenue d'une négociation de droit commun, loyale et sérieuse (Paragraphe 2).

¹⁴⁶ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, publié ; JCP S 2019, 1172, note J.-Y. Kerbourg'h ; JCP E 2019, 1347, note D. Chenu ; JCP G 2019, 1028, note F. Duquesne et J. Heintz ; Dr. soc. 2019, p. 574, note M. Gadrat ; BJT 6/2019, p. 24, note F. Bergeron ; SSL 13 mai 2019, n° 1861, p. 11, note J. Crédoz-Rosier ; Dr. ouv. 2019, p. 302, note L. Millet ; Procédures 8/2019, p. 19, obs. A. Bugada ; D. actu. 14 mai 2019, obs. H. Ciray ; D. 2019, p. 1562, obs. F. Le Masne de Chermont ; *ibid.* p. 2153, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RJS 6/2019, n° 363. D. 2019, p. 894 ; RDT 2019, p. 589, obs. C. Nicod.

¹⁴⁷ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, D. 2021, p. 85 ; Dr. soc. 2021, p. 284, obs. F. Petit ; G. François, « Le recours au vote électronique : les nouvelles précisions apportées par la chambre sociale », BJT février 2021, p. 21.

Paragraphe 1 : L'identification d'une subsidiarité

56. Tout rapport de subsidiarité nécessite la défaillance d'un élément premier pour débloquer l'élément subsidiaire. L'étude de cet élément premier va permettre de comprendre le mécanisme du préalable de négociation obligatoire. L'absence inconditionnée¹⁴⁸ d'accord collectif ne suffit pas à reconnaître un préalable de négociation (A). Seule la tenue d'une négociation qui n'aboutit pas correspond à ce mécanisme (B).

A/ L'insuffisance de l'absence inconditionnée d'accord collectif

57. A ce stade, la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire dépend en premier lieu de l'identification de l'élément premier dans ce rapport hiérarchique spécifique, et plus encore de la défaillance de celui-ci. L'élément premier et sa défaillance sont donc en tous points indissociables. De la terminologie utilisée par le législateur lorsqu'il emploie les mots « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord, plusieurs rapports hiérarchiques, et par conséquent plusieurs rapports subsidiaires, peuvent être envisagés. Le juge judiciaire a alors dû procéder à une interprétation de la norme légale, et particulièrement de ces expressions traduisant la supplétivité et de fait la subsidiarité des dispositions de remplacement. Dès lors, plusieurs interprétations peuvent être appliquées, une pluralité à distinguer et qui révèlera ce que recoupe le préalable de négociation obligatoire.

58. Avant d'envisager la première hypothèse de défaillance de l'élément premier (2), il faut préciser que les expressions légales ont une incidence certaine sur la reconnaissance jurisprudentielle du préalable de négociation obligatoire (1).

1. L'incidence des formulations « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord

59. La terminologie utilisée par le législateur exprime l'idée d'une subsidiarité de la norme applicable « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord collectif (a). L'utilisation indifférente de ces deux termes par le législateur traduit leur synonymie (b). Mais si, dans l'esprit du

¹⁴⁸ Ce terme est employé pour exprimer l'idée que l'absence d'accord, quelle que soit les conditions, les circonstances ou les raisons de cette absence, ne peut permettre la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire.

législateur, ces formules ont le même sens, ce sens ne reflète pas systématiquement un préalable de négociation obligatoire (c), comme en témoigne trois articles de loi n'ayant pas recours à ces expressions, et révélant pourtant son existence (d).

a) Des termes légaux exprimant une subsidiarité

60. Partir de la définition précise de la notion de subsidiarité (*a.1*) permettra de la distinguer de la supplétivité, mais également d'opérer un certain rapprochement (*a.2*).

a.1) Définition de la subsidiarité

61. Si le juge judiciaire a reconnu, dans une poignée de domaines, une obligation préalable de négocier avant de recourir à une autre norme, c'est parce que le législateur, en utilisant les formulations « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord collectif, fait état d'un rapport subsidiaire entre la norme conventionnelle et la norme applicable à défaut.

62. Afin de comprendre au mieux un mécanisme, un dispositif ou un principe, il est judicieux de partir de sa définition. Point de départ essentiel, mais qui ne sera pas suffisant pour en apprêhender toutes les facettes. De prime abord, reprenons, au même titre que Antoine Gouëzel¹⁴⁹, la définition usuelle de la notion de subsidiarité. Sans surprise, la subsidiarité est le « *caractère de ce qui est subsidiaire* »¹⁵⁰. Reste alors à définir le terme de « *subsidiaire* ». Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu énonce à ce propos : « *Qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial¹⁵¹, vient à faire défaut* »¹⁵². La seconde acception de la notion est plus problématique, en ce sens qu'elle vient confondre le terme « *subsidiaire* » avec d'autres termes, en l'assimilant à ce qui est « *secondaire*,

¹⁴⁹ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, coll. Recherches juridiques.

¹⁵⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 9ème éd., 2011, v. *Subsidiarité*.

¹⁵¹ A l'instar d'Antoine Gouëzel, il conviendra de parler plutôt d'élément premier, et non pas d'élément principal, primordial : « *Ces deux adjectifs sont cependant gênants en ce que le premier évoque irrésistiblement le rapport d'accessoire à principal, qu'il faudra au contraire saignement distinguer du rapport de subsidiarité. Quant au second, il fait référence à une idée d'importance, qui n'est pas nécessairement présente en matière de subsidiarité* », A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, op. cit.

¹⁵² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. *Subsidiaire*.

accessoire, auxiliaire (à titre de renfort) »¹⁵³. Or, ce qui est subsidiaire n'est en rien accessoire¹⁵⁴ ou secondaire.

63. Pour autant, cette définition simple, et non simpliste, permet de mettre en exergue un premier point crucial dans l'appréhension du principe de subsidiarité. Si un élément arrive « en second lieu », c'est qu'il se réfère à un premier élément : la subsidiarité met donc en jeu deux éléments : un élément subsidiaire, qui n'interviendra qu'« après » l'élément premier. De plus, autre apport déterminant de la définition usuelle, elle permet « *de comprendre le rôle de la subsidiarité, qui est de mettre en relation les éléments premier et subsidiaire, de réaliser leur coordination. Elle indique par ailleurs clairement que l'élément subsidiaire intervient si l'élément premier « fait défaut », ce qui souligne un aspect important de la subsidiarité : la défaillance de l'élément premier* »¹⁵⁵. En effet, en indiquant que l'élément subsidiaire intervient à titre de remède ou de consolation si l'élément premier fait défaut, la définition usuelle balise le sujet : l'élément subsidiaire ne pourra être mis en oeuvre que si l'élément premier vient à manquer.

64. Néanmoins, cette défaillance de l'élément premier ne révèle pas la spécificité de la subsidiarité. Cette spécificité est déterminée par « *l'équivalence entre la défaillance de l'élément premier et l'absence de blocage de l'élément subsidiaire : tant que l'élément premier n'est pas défaillant, l'élément subsidiaire est bloqué ; inversement, dès lors que l'élément premier est défaillant, le blocage est levé et l'élément subsidiaire devient accessible. Ce mécanisme fait la spécificité de la subsidiarité* »¹⁵⁶. Bien que la définition usuelle soit prépondérante, des précisions faisant émerger cette spécificité sont indispensables.

65. La précision de la définition de la subsidiarité a le mérite de déterminer si cette notion doit être reconnue lorsqu'on parle du préalable de négociation obligatoire. Une première

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Sur la théorie de l'accessoire, v. M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Paris, 2012. Sur la différence entre l'accessoire et le subsidiaire, v. E. Putman, « Remarque sur la demande subsidiaire », JCP G 1991, I, 3493 ; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface D. Tallon, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 93, 1969, n° 24.

¹⁵⁵ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, *op. cit.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

interrogation nait : la subsidiarité a-t-elle vocation à s'appliquer quelle que soit la nature des éléments mis en jeu, et donc précisément entre deux normes de nature différente ? Une norme, à savoir la décision unilatérale de l'employeur, peut-elle être subsidiaire d'une autre norme, telle que la convention ou l'accord collectif de travail ?

66. La réponse doit encore une fois être recherchée dans l'ouvrage d'Antoine Gouëzel¹⁵⁷, lorsqu'il énonce que « *la subsidiarité sert précisément pour coordonner n'importe lequel de ces éléments* », soit n'importe laquelle des « *parties constitutives du système juridique* ». Les normes spécifiques au droit du travail peuvent-elle être vues comme des « *parties constitutives du système juridique* » ? Sans le moindre doute. Pourtant, l'auteur ne cite jamais le rapport de subsidiarité pouvant exister entre deux normes¹⁵⁸. Est-ce à dire qu'une incertitude planerait au-dessus de la potentielle subsidiarité des normes entre elles ? Absolument pas. Il s'agit simplement de constater que les « *exemples pourraient être multipliés à l'envie, mais sans grand intérêt ; l'essentiel est que la subsidiarité peut concerner tous les éléments de notre système juridique* »¹⁵⁹. De surcroît, ce mécanisme ne peut porter que sur des règles de droit. Or, les normes travaillistes énoncent par définition des règles de droit, que le juge doit faire appliquer : « *comment organiser sous forme de subsidiarité des règles qui ne sont que des conseils donnés au juge, qu'il est libre d'appliquer ou non ?* »¹⁶⁰¹⁶¹. Dès lors, nul doute que ce n'est pas la nature des éléments concernés dans le préalable de négociation, à savoir deux normes, qui empêcherait de faire appliquer le dispositif de la subsidiarité.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ « *La subsidiarité peut d'abord articuler deux branches du droit. On parle ainsi de la subsidiarité du droit pénal, sous entendu par rapport aux autres branches sanctionnatriices (...). De même, le droit des incapacités est subsidiaire par rapport au droit des régimes matrimoniaux (...). Elle peut aussi concerner deux institutions, comme la protection subsidiaire et l'asile politique (...). Elle peut organiser deux demandes en justice, avec la célèbre demande subsidiaire. Ou deux sanctions de l'inexécution, comme dans le droit communautaire de la vente (...). Elle peut encore mettre en relation deux obligations. On dit ainsi que l'obligation de la caution simple est subsidiaire par rapport à celle du débiteur principal ; on parle également fréquemment de la subsidiarité de l'obligation de l'associé par rapport à celle de la société* », *ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, préface B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2001, n° 269.

¹⁶¹ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.*

a.2) Distinction et rapprochement avec la supplétivité

67. Le préalable de négociation, s'il met en exergue un rapport hiérarchique subsidiaire, est-il applicable dans les domaines où le Code du travail a recours à des dispositions légales supplétives ? Il faut, pour répondre à cette interrogation, envisager les différences et les points communs entre subsidiarité et supplétivité. Selon Grégoire Loiseau, la « *norme supplétive appelée à être appliquée en remplacement de l'accord individuel ou collectif de volontés est le plus souvent conçue comme une norme alternative. Au contraire, la subsidiarité induit un ordre hiérarchique entre les normes dont l'une est affectée au remplacement de l'autre. La norme subsidiaire est secondarisée par rapport à la norme principale de référence qui est privilégiée* »¹⁶². La distinction, selon Monsieur Loiseau, réside donc dans le caractère alternatif ou hiérarchique du rapport entre les deux normes. L'application d'une disposition supplétive dépendrait donc d'un choix, alors que celle d'une norme subsidiaire relèverait d'une hiérarchie entre l'élément premier et l'élément second. Il continue : « *tandis que la norme supplétive est une norme de remplacement d'une norme matériellement absente, la norme subsidiaire est une norme de remplacement d'une norme défaillante s'agissant d'un accord collectif dont la négociation n'a pas abouti. C'est le principe du préalable de négociation* »¹⁶³. La démonstration de Grégoire Loiseau est telle que le préalable de négociation ne concernerait nullement les dispositions légales supplétives présentes dans le Code du travail.

68. Quelles sont les dispositions légales supplétives qui ne révèleraient pas un mécanisme de subsidiarité ? Monsieur Grégoire Loiseau apporte un premier élément de réponse : « *À la recherche d'une clé de répartition, celle-ci peut être tirée, en partie, de la nature de la norme de remplacement. Lorsque cette dernière est de nature légale ou réglementaire, elle présente un caractère supplétif. Depuis l'introduction du triptyque par la loi Travail du 8 août 2016, de nombreuses règles sont d'ailleurs formellement étiquetées supplétives après avoir été extraites, pour la plupart, de l'ordre public social dans le but affiché de faire une place accrue aux accords collectifs. La supplétivité est ici une faveur faite à la norme négociée, le champ de la supplétivité correspondant au domaine ouvert, en amont, à la négociation collective. Pour autant, la supplétivité n'est pas une subsidiarité, la règle*

¹⁶² G. Loiseau, « Le préalable de négociation », RJS 6/2021.

¹⁶³ *Ibid.*

légale ou réglementaire n'étant pas déclassée par rapport à la norme négociée dont elle supplée l'absence et pouvant même, le cas échéant, être plus favorable que cette dernière »¹⁶⁴. Une disposition serait donc supplétive lorsqu'elle édicte une norme générale, substantielle, qui met en oeuvre un contenu normatif précis. Mais il reconnaît aussi que la supplétivité s'applique dans des hypothèses où la disposition de remplacement est une norme spéciale : « *Le Code prévoit parfois aussi, à titre supplétif, des mesures dont il confie l'adoption à l'autorité administrative ou à l'autorité judiciaire. Leur ressort est identique : l'« absence » ou le « défaut » d'accord collectif laisse place à des mesures dont le législateur estime qu'elles doivent être adaptées aux situations particulières plutôt que d'être d'ordre général. De là le recours à des normes spéciales, d'ordre administratif ou judiciaire, plutôt qu'à des normes générales, d'ordre légal ou d'ordre réglementaire* »¹⁶⁵. En revanche, dans son esprit, une disposition substantielle ne peut être subsidiaire.

69. Nous émettrons une hypothèse différente. Certes, au même titre que Grégoire Loiseau, nous considérons que le préalable de négociation obligatoire traduit un rapport de subsidiarité. Cependant, cette subsidiarité ne doit pas être opposée au mécanisme de la supplétivité : « *Depuis l'introduction du triptyque par la loi Travail du 8 août 2016, de nombreuses règles sont d'ailleurs formellement étiquetées supplétives après avoir été extraites, pour la plupart, de l'ordre public social dans le but affiché de faire une place accrue aux accords collectifs* »¹⁶⁶ ; mais cette supplétivité ne veut pas dire qu'il n'y a pas de subsidiarité.

70. En réalité, nous n'estimons pas que tout ce qui est supplétif ne peut être subsidiaire, et inversement¹⁶⁷. Pour cela, partons d'une autre définition de la supplétivité. Cette dernière ne se distingue pas de la subsidiarité en ce sens qu'elle met en place une alternative entre deux éléments. Selon nous, la supplétivité révèle aussi un rapport hiérarchique, mais un rapport hiérarchique plus étroit que celui définissant la subsidiarité : « *La subsidiarité et la*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Pour une assimilation entre subsidiarité et supplétivité, v. F. Bergeron, note sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, RJS 3/21 n° 162, SSL 15 février 2021, n° 1941. Pour notre part, nous adoptons une position médiane : il n'y a pas d'assimilation totale entre subsidiarité et supplétivité, ni de concurrence entre ces deux notions. Tout ce qui est supplétif est subsidiaire, mais tout ce qui est subsidiaire n'est pas supplétif.

*supplétivité mettent donc en oeuvre le même mécanisme. La première a cependant un domaine plus large, en ce qu'elle peut concerner n'importe quels éléments, alors que l'élément premier dans la règle supplétive est nécessairement l'expression de la volonté. La supplétivité est incluse dans la subsidiarité »*¹⁶⁸. Comme le révèle cet auteur, si la subsidiarité ne se confond pas toujours avec la supplétivité, cette dernière relève toujours de la subsidiarité. D'ailleurs, l'exemple de l'articulation du droit du travail permet de parfaitement rendre compte de la supplétivité : à défaut d'accord collectif, expression de la volonté, la loi prévoit soit des dispositions fixant un contenu normatif, soit des dispositions renvoyant à une autre norme. Nul doute que les dispositions légales, substantielles ou pas, sont supplétives de la négociation collective, en ce sens qu'elles répondent parfaitement à la définition : « *applicable par défaut, la règle supplétive doit son entrée en jeu au seul constat d'un défaut de volonté dont la condition est à la fois nécessaire et suffisante à la production de ses effets* »¹⁶⁹. On constate alors, dans cette définition, non pas une alternative, mais bien une hiérarchie entre ce qui relève de l'expression de la volonté et la disposition applicable en l'absence de cette volonté. En tout état de cause, cette subsidiarité est bien à l'oeuvre, que le législateur utilise la forme « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord.

b) La synonymie des expressions révélant le « *défaut* » ou l' « *absence* » d'accord

71. Nombreuses sont les dispositions du Code du travail qui usent des expressions « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord. De l'interprétation jurisprudentielle de ces expressions légales dépendra la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire. Avant d'aller plus loin, il est indispensable de préciser la question de la synonymie, ou pas, de ces deux termes : le juge judiciaire peut-il reconnaître un préalable de négociation obligatoire quelle que soit la terminologie employée par le législateur ?

72. Deux exemples jurisprudentiels dans lesquels la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu un préalable de négociation obligatoire, permettent de voir que, comme Grégoire

¹⁶⁸ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, op. cit.

¹⁶⁹ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, op. cit., n° 436.

Loiseau et Arnaud Martinon l'avaient prédit¹⁷⁰, les termes « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord collectif sont synonymes. De surcroît, ils peuvent donc tous les deux donner lieu à une interprétation jurisprudentielle de la norme légale de façon à reconnaître le préalable de négociation. Dans un arrêt déjà cité en date du 17 avril 2019¹⁷¹, la chambre sociale a dû se prononcer sur le sens du terme « *en l'absence d'accord* ». Comme le dit la note explicative, les juges de la Cour de cassation ont dû se poser la question suivante : « *les mots “en l'absence de”, peuvent-ils s'interpréter comme un “ou” ou comme un “à défaut” ?* »¹⁷². Sans anticiper sur les développements ultérieurs relatifs au type de défaillance applicable pour reconnaître le préalable de négociation obligatoire, il faut remarquer que le juge judiciaire identifie un préalable de négociation dans un domaine du Code du travail qui utilise la formule « *en l'absence d'accord* ». La question posée par les juges dans la note explicative de cet arrêt laissait déjà entendre que cette formulation était synonyme des termes « *à défaut d'accord* ». En effet, en énonçant explicitement que l'expression « *en l'absence* » devait s'interpréter comme un « *à défaut* », les deux expressions étaient déjà synonymes dans l'esprit des juges de la Haute juridiction. C'est ce qu'un arrêt du 13 janvier 2021¹⁷³ va révéler. La note explicative de cet arrêt pose cette fois la question du sens de la deuxième formulation : « *Que signifie la formule « à défaut d'accord » permettant à l'employeur de décider unilatéralement du recours au vote électronique ?* »¹⁷⁴. Pour répondre à cette interrogation, les juges expliquent qu'ils se sont basés sur l'arrêt précité du 17 avril 2019 : « *la chambre sociale a eu à se prononcer sur la signification à donner aux termes « en l'absence de » figurant dans les textes issus des ordonnances du 22 septembre 2017 s'agissant de la détermination du périmètre des établissements distincts, permettant à l'employeur de déterminer seul le périmètre des établissements distincts en l'absence d'accord (C. du trav., art. L. 2313-4). La chambre sociale a affirmé qu'il résultait de ces dispositions « que ce n'est*

¹⁷⁰ G. Loiseau et A. Martinon, « La barbe du capitaine Haddock », Cah. soc. 2017, p. 559 : « *Le désarroi du capitaine Haddock est aussi un peu le nôtre quand il faut décider du sens à donner à deux formules utilisées par les récentes ordonnances, et de très nombreux textes qui les ont précédées, pour dire qu'un accord collectif n'a pas été conclu et en tirer les conséquences en ce qui concerne les règles à suivre : « en l'absence d'accord » et « à défaut d'accord ». La question agace : la carence est-elle un fait tenant indifféremment à une absence ou à la défaillance d'une négociation ou le résultat d'une négociation obligatoire demeurée infructueuse ? La question est irritante car il en dépend, très concrètement, qu'il y ait ou non un préalable obligatoire de négociation ».*

¹⁷¹ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

¹⁷² Note explicative relative à l'arrêt n° 680 du 17 avril 2019 (18-22.948), Chambre sociale.

¹⁷³ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

¹⁷⁴ Note explicative relative à l'arrêt n° 73 du 13 janvier 2021 (19-23.533), Chambre sociale.

que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts » (Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-22.948, en cours de publication). C'est cette même formule qu'elle reprend s'agissant de la possibilité d'une décision unilatérale de recours au vote électronique à défaut d'accord collectif. La chambre sociale rappelle ainsi que la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral conduit à privilégier l'accord collectif à la décision unilatérale lorsque la loi autorise la décision unilatérale à défaut ou en l'absence d'accord »¹⁷⁵. Il devient explicite que les deux formulations sont en tout point synonymes, et permettent toutes les deux la reconnaissance jurisprudentielle du préalable de négociation obligatoire.

c) La dissociation des expressions légales et du préalable de négociation

73. Si la démonstration de la synonymie des deux expressions légales a été faite, en ce sens qu'elles permettent au juge judiciaire d'identifier un préalable de négociation obligatoire, est-ce à dire que chaque fois que le législateur use de ces deux expressions, le juge aura la faculté de déceler un préalable de négociation obligatoire ? La réponse doit être négative. Prenons l'exemple du plan de sauvegarde de l'emploi. A ce propos, le législateur utilise les deux expressions - démontrant une nouvelle fois leur synonymie - mais en ayant nullement la volonté de rendre compte d'un rapport subsidiaire entre l'accord collectif et la décision unilatérale de l'employeur. A ce jour, lorsque l'employeur souhaite licencier pour motif économique au moins 10 salariés sur une période de 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés, il doit mettre en place un PSE. Cette mise en place peut résulter aussi bien d'un accord collectif que d'une décision unilatérale : c'est un libre choix de l'employeur, une alternative énoncée à l'article L. 1233-24-4 du Code du travail¹⁷⁶. En pratique, les employeurs ont pu mettre en place le plan de sauvegarde de l'emploi par décision unilatérale sans être passés par une négociation préalable. Néanmoins, la rédaction de la loi pourrait là encore porter à confusion. L'article L. 1233-24-4 précité utilise la formule « à défaut

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ C. trav. art. L. 1233-24-4 : « A défaut d'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité social et économique fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur ».

d'accord », pouvant alors laisser penser que la décision unilatérale de l'employeur est subsidiaire de l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1. Une vision à privilégier maintenant que le juge judiciaire a interprété cette expression de façon à faire émerger un préalable de négociation obligatoire à chaque fois qu'il a été saisi d'un litige sur un domaine où la question de la subsidiarité ou de l'alternative de la disposition supplétive par rapport à l'accord collectif se posait. De surcroît, l'article L. 1233-57-3, qui traite des différents contrôles de l'administration que les modalités du PSE soient décidées par accord collectif ou par décision unilatérale, adopte les termes « *en l'absence d'accord* »¹⁷⁷. Une adoption qui prouve une fois de plus que les deux expressions étudiées sont synonymes dans l'esprit du législateur. Cependant, cela prouve également qu'il n'a pas tranché entre subsidiarité et alternative des dispositions supplétives, et particulièrement des dispositions supplétives laissant le soin à une autre norme de définir le régime juridique applicable. Doit-on alors se baser sur ces articles relatifs au PSE pour voir dans les deux différentes terminologies utilisées par le législateur, non pas une subsidiarité, mais une alternative ? Le juge a-t-il alors vocation à revenir sur ses jurisprudences établissant une subsidiarité de la décision patronale par rapport à l'accord collectif, ou *a minima* à ne pas généraliser ce préalable de négociation obligatoire ? En tout état de cause, revenir sur l'alternative existant entre la négociation d'un accord et la décision s'agissant de la mise en place d'un PSE serait à notre sens surprenant. En effet, la rédaction de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail mentionne la possibilité de recourir à l'accord collectif¹⁷⁸, possibilité traduisant vraisemblablement l'alternative. De plus, le législateur a pris soin de diviser le rôle de l'administration selon la méthode de mise en place du PSE. Le fait que la DREETS ait un rôle plus conséquent (celui de l'homologation,

¹⁷⁷ C. trav. art. L. 1233-57-3 : « *En l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, après avoir vérifié la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique, le respect, le cas échéant, des obligations prévues aux articles L. 1233-57-9 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L. 1233-57-20 et le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 en fonction des critères suivants : 1° Les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ; 2° Les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ; 3° Les efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L. 1233-4 et L. 6321-1. Elle s'assure que l'employeur a prévu le recours au contrat de sécurisation professionnelle mentionné à l'article L. 1233-65 ou la mise en place du congé de reclassement mentionné à l'article L. 1233-71* ».

¹⁷⁸ C. trav. art. L. 1233-24-1 : « *Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité social et économique et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants, ou par le conseil d'entreprise dans les conditions prévues à l'article L. 2321-9. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité* ».

différent de la validation lorsque le plan provient d'une décision patronale) lorsque le PSE a été mis en place unilatéralement dénote sans doute de la prise en compte du choix : si une alternative existe, il fallait mieux contrôler la procédure en cas de décision unilatérale. Dès lors, si dans le seul thème où il est exprimé que la décision patronale est une alternative à l'accord collectif, le législateur emploie indistinctement les termes « *à défaut d'accord* » et « *en l'absence d'accord* », il est permis de penser que ce dernier n'a nullement voulu inciter le juge à reconnaître un préalable de négociation obligatoire. D'autant plus qu'une formulation dépourvue d'ambiguïté existe dans le Code du travail.

d) Des textes de loi précisant l'obligation de négociation : source de confusion ?

74. Le législateur a pris le soin de rédiger explicitement que la décision unilatérale était subsidiaire d'une phase de négociation dans différents textes de loi (*d.1*). Une précision dans la rédaction qui tranche avec sa négligence dans les textes utilisant les formules « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord, et qui a donc obligé le juge judiciaire à venir les interpréter afin de reconnaître l'existence d'un préalable de négociation obligatoire (*d.2*).

d.1) L'identification des textes de loi utilisant une formule dépourvue d'ambiguïté

75. Il existe trois domaines où le législateur a clairement indiqué que la négociation collective était un préalable obligatoire au recours à la disposition supplétive, et de fait subsidiaire. A propos de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹⁷⁹, du recours au travail de nuit¹⁸⁰, mais aussi de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels¹⁸¹, la loi prévoit que des accords collectifs doivent être

¹⁷⁹ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 7.

¹⁸⁰ « *Dans un autre domaine, l'article L 3122-21 prévoit que l'employeur ne peut recourir au travail de nuit avec l'autorisation de l'inspecteur du travail qu'à défaut d'accord collectif tout en précisant que l'employeur doit avoir « engagé sérieusement et loyalement des négociations en vue de la conclusion d'un tel accord », ce qui commande qu'il ait « convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ; communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ; répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales »* », *ibid.*

¹⁸¹ « *D'autres textes sont en revanche plus laconiques et se contentent de faire dépendre l'adoption de la norme patronale de l'absence d'accord collectif, faute pour les partenaires sociaux d'être parvenus à le conclure. En particulier, en matière de prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, l'article L 4162-1 du Code du travail prescrit de façon générale aux employeurs d'au moins 50 salariés d'engager une négociation tandis que l'article L 4162-2 indique que « si, au terme de la négociation, aucun accord n'est conclu (qu')un procès-verbal de désaccord est établi », l'employeur est tenu d'arrêter un plan d'action, le non-respect de ces prescriptions pouvant être sanctionné par une pénalité prononcée par la Dreets* », *ibid.*

conclus, respectivement « pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »¹⁸², pour permettre aux salariés d' « être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail »¹⁸³ et « en faveur de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 »¹⁸⁴. De prime abord, l'article L. 1143-1 du Code du travail ne parle pas expressément d'accord collectif, mais d'un plan pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Cela permet de se poser la question des modalités de conclusion dudit plan, de se demander précisément si ce plan doit être négocié avec les organisations syndicales représentatives selon les modalités de négociation de droit commun. En tout état de cause, ce plan devrait être négocié selon ces modalités dites « classiques », permettant d'affirmer que le législateur, dans ce domaine, oblige explicitement à passer d'abord par la négociation collective avant de laisser la place à l'employeur. En effet, l'article L. 1143-2 énonce que « *si, au terme de la négociation, aucun accord n'est intervenu, l'employeur peut mettre en oeuvre le plan pour l'égalité professionnelle, sous réserve d'avoir préalablement consulté et recueilli l'avis du comité social et économique* ». L'utilisation de la formulation « *si au terme de la négociation, aucun accord n'est conclu* », avant de renvoyer à la décision patronale, ne laisse pas de place au doute, à l'inverse des deux formules précédentes - « *à défaut d'accord* » et « *en l'absence d'accord* ». L'article L. 2242-6 du Code du travail est quant à lui encore plus explicite, en ce

¹⁸² C. trav. art. L. 1143-1 : « Pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les mesures visant à établir l'égalité des chances prévues à l'article L. 1142-4 peuvent faire l'objet d'un plan pour l'égalité professionnelle négocié dans l'entreprise. Ces mesures sont prises au vu notamment des données mentionnées au 1° bis de l'article L. 2323-8 ».

¹⁸³ C. trav. art. L. 3122-21 : « *A défaut de convention ou d'accord collectif et à condition que l'employeur ait engagé sérieusement et loyalement des négociations en vue de la conclusion d'un tel accord, les travailleurs peuvent être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail accordée notamment après vérification des contreparties qui leur sont accordées au titre de l'obligation définie à l'article L. 3122-8 et de l'existence de temps de pause, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.* L'engagement de négociations loyales et sérieuses implique pour l'employeur d'avoir :

- 1° Convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ;*
- 2° Communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ;*
- 3° Répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales ».*

¹⁸⁴ C. trav. art. L. 4162-1 : « *I.-Les employeurs d'au moins cinquante salariés, y compris les entreprises et les établissements publics mentionnés aux articles L. 2211-1 et L. 2233-1 employant au moins cinquante salariés, ainsi que les entreprises appartenant à un groupe au sens de l'article L. 2133-1 dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés, engagent une négociation d'un accord en faveur de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 : 1° Soit lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par décret, de salariés déclarés exposés au titre du dispositif mentionné à l'article L. 4163-1 ; 2° Soit lorsque leur sinistralité au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles est supérieure à un seuil dans des conditions définies par décret. II.-Les entreprises dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés et est inférieur à trois cents salariés ou appartenant à un groupe au sens de l'article L. 2331-1 dont l'effectif est inférieur à trois cents salariés n'ont pas l'obligation de conclure un accord mentionné au I du présent article ou un plan d'action mentionné à l'article L. 4162-2 si elles sont déjà couvertes par un accord de branche étendu comprenant les thèmes mentionnés au 1° de l'article L. 4162-3 ».*

sens qu'il « *subordonne le dépôt auprès de l'autorité administrative des accords collectifs d'entreprise sur les salaires effectifs à la production d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération, consignant les propositions respectives des parties. Le procès-verbal doit attester que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations, ce qui implique, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, que l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations représentatives et fixé le lieu et le calendrier des réunions*185. Cette exigence de négociation loyale se retrouve telle quelle à propos du recours au travail de nuit¹⁸⁶. L'article L. 4162-2 relatif à la prévention des risques professionnels¹⁸⁷, utilise quant à lui la même terminologie que l'article L. 1143-2, subordonnant la validité de la décision de l'employeur à l'avis consultatif du comité social et économique. Dès lors que le législateur, dans ces quatre articles, est en mesure de proclamer qu'une phase de négociation doit avoir eu lieu pour que la décision unilatérale de l'employeur s'applique, et donc d'affirmer clairement, sans la moindre ambiguïté, que cette disposition supplétive renvoyant à une autre norme est subsidiaire, doit-on en conclure que l'emploi de formulations différentes vont également rendre la décision patronale subalterne ? Si le législateur avait voulu marquer le recours à la décision patronale, dans tous les domaines énoncés précédemment, n'aurait-il pas eu recours à la même formule que celle employée dans les articles L. 1143-2 et L. 4162-2 ? Si les expressions « *à défaut d'accord* » et « *en l'absence d'accord* » sont en tout point synonymes, leur rédaction renferme une plus grande ambiguïté vis-à-vis de la reconnaissance d'un préalable de négociation obligatoire, en comparaison avec un article qui débute comme tel : « *si, au terme de la négociation, aucun accord n'est conclu...* ». Une telle formulation renvoie sans aucun doute à la subsidiarité de la décision de l'employeur, alors qu'une interprétation différente est permise s'agissant des deux précédemment mentionnées, une interprétation laissant la porte ouverte à l'alternative. En utilisant une troisième expression, une troisième formule définissant clairement un préalable de négociation obligatoire, il paraît légitime de penser que le législateur n'a pas souhaité opérer une synonymie entre la formulation des articles L. 1143-2 et L. 4162-2, et les

¹⁸⁵ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 7.

¹⁸⁶ C. trav. art. L. 3122-21, préc.

¹⁸⁷ C. trav. art. L. 4161-2 : « *Si, au terme de la négociation, aucun accord n'est conclu, un procès-verbal de désaccord est établi dans les conditions définies à l'article L. 2242-5. L'employeur mentionné à l'article L. 4162-1 est alors tenu d'arrêter, au niveau de l'entreprise ou du groupe, un plan d'action relatif à la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1, après avis du comité social et économique*

deux précédentes expressions. Deux dernières expressions qui elles révèlent une parfaite synonymie, comme nous avons tenté de le démontrer. De fait, sans synonymie, difficile de penser que le législateur a cherché à influencer le juge judiciaire dans la reconnaissance d'un préalable de négociation obligatoire dans les domaines ayant recours aux terminologies « *à défaut d'accord* » et « *en l'absence d'accord* », dans la mesure où il a lui-même reconnu l'existence de ce préalable avec une formulation dépourvue de toute ambiguïté.

d.2) L'hypothèse de la négligence rédactionnelle du législateur

76. Sauf qu'il est aussi permis de penser que le législateur a fait preuve de négligence dans sa rédaction, dans le choix des termes utilisés, une négligence qui laisse ouvert le débat sur la reconnaissance générale de ce préalable de négociation. Même si le débat reste ouvert, l'hypothèse la plus probable n'est pas celle qui consisterait à dire qu'à l'inverse des décisions jurisprudentielles, le législateur a voulu privilégier le libre choix entre la négociation collective et la décision unilatérale de l'employeur. Il aurait plutôt quelque peu « bâclé » sa rédaction, sans réfléchir aux conséquences de l'emploi trop systématique, quelles que soient les situations, des termes « *à défaut d'accord* » et « *en l'absence d'accord* ».

77. Ce n'est donc pas le législateur qui incite à la reconnaissance du préalable de négociation dans les domaines où il utilise les formulations précitées, mais le juge judiciaire qui interprète ces termes de façon à créer ce mécanisme. L'interprétation de la loi par les magistrats de la Haute juridiction leur permet donc de décider ce qui relève du préalable de négociation obligatoire, et ce qui, malgré l'utilisation maladroite des terminologies « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord, ne traduit pas ce mécanisme.

78. Si le juge a dû interpréter les dispositions légales, c'est qu'en réalité le législateur n'a pas eu la volonté de créer un préalable de négociation obligatoire. Il n'a pas eu conscience, au moment où il utilisait les formulations « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord, de la confusion qu'il pouvait engendrer, et des questionnements qui pouvaient se poser. C'est donc grâce à leur activité jurisprudentielle, dans un tel contexte de conventionnalisation, que les magistrats de la chambre sociale sont venus valoriser encore davantage la normativité de la négociation collective. La jurisprudence, par interprétation de la norme légale, a reconnu un préalable de négociation dans des textes de loi utilisant ces formulations ambiguës, mais

synonymes. Pour autant, chaque thème où apparaît une de ces deux terminologies ne peut permettre une interprétation homogène du juge, et de fait ne peut traduire l'existence d'un préalable de négociation. Il nous revient désormais d'expliciter selon quelle méthode le juge procède à son interprétation des termes légaux. Le choix de la méthode interprétative lui a permis d'écartier un premier sens de la défaillance qui ne reflétait pas la spécificité du rapport de subsidiarité propre au préalable de négociation obligatoire.

2. L'hypothèse du « *défaut* » ou de « *l'absence* » inconditionnée d'accord collectif

79. La première hypothèse serait que les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation procèdent à une interprétation exégétique des dispositions légales supplétives énonçant « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord collectif. De la synonymie entre les deux terminologies légales, on pourrait alors comprendre que sans la conclusion d'un accord collectif, la disposition supplétive et subsidiaire aura vocation à s'appliquer. Dans un tel cas de figure, et pour reprendre la définition de la notion de subsidiarité, l'élément premier serait alors la conclusion d'un accord collectif, et sa défaillance, le simple fait qu'aucun accord n'existe, quel que soit la raison. Or, ce n'est pas ce qu'a prévu la jurisprudence lorsqu'elle est venue reconnaître le préalable de négociation obligatoire. En effet, dans les domaines où le juge a déjà reconnu ce mécanisme, elle ne se contente pas de dire que l'élément subsidiaire est applicable à défaut de conclusion d'un accord. L'élément premier dans le préalable de négociation obligatoire n'est donc pas la simple conclusion d'un accord collectif, qui devrait faire défaut pour pouvoir appliquer l'élément subsidiaire. La défaillance de l'élément premier ne doit alors pas être analysée, comme l'exégèse de la loi le laisse pourtant penser, comme l'absence d'accord. Une telle interprétation exégétique de la part du juge judiciaire n'aurait d'ailleurs en rien permis la valorisation de la négociation collective. L'élément premier du préalable de négociation obligatoire doit donc être recherché ailleurs.

B/ La nécessité de l'échec des négociations

80. Si le fait de prendre au pied de la lettre la terminologie légale ne permet pas aux juges de la chambre sociale de la Cour de cassation de reconnaître le préalable de négociation obligatoire, c'est que ce n'est pas l'absence d'accord qui permet de faire jouer l'élément subsidiaire. Dès lors, l'élément premier est plus complexe que ce que laisse penser les

expressions utilisées par le législateur. En reconnaissant le préalable de négociation dans l'arrêt du 17 avril 2019 précité, le juge est venu explicitement dire ce qu'était l'élément premier dans ce mécanisme. Dans cette affaire, l'employeur, qui avait invité les syndicats à la négociation d'un protocole d'accord préélectoral sur la répartition des sièges et du personnel, avait saisi le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) après que lesdits syndicats aient refusé de négocier sur le nombre et le périmètre de mise en place des établissements distincts. Les syndicats ont à leur tour saisi le DIRECCTE pour obliger l'employeur à négocier sur ce dernier point, et l'employeur saisi alors le tribunal d'instance¹⁸⁸. Ce dernier fait également droit à la demande des syndicats, ce qui force l'employeur à se pourvoir en cassation. C'est dans un tel contexte que les magistrats du Quai de l'Horloge ont reconnu le préalable de négociation obligatoire : « *Ayant constaté l'absence de toute tentative de négociation, le tribunal d'instance a retenu exactement que la décision unilatérale de l'employeur devait être annulée, sans que le directeur n'ait à se prononcer sur le nombre et le périmètre des établissements distincts tant que des négociations n'auraient pas été préalablement engagées, et qu'il a fait injonction à l'employeur d'ouvrir ces négociations* »¹⁸⁹.

81. Cette solution a été réitérée à propos du recours au vote électronique. En l'espèce, dans le cadre de la mise en place d'un comité social et économique, un employeur décide unilatéralement du recours au vote électronique. Là encore, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce « *que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique* »¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Devenu depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, entrée en vigueur le 1er janvier 2020, le tribunal judiciaire.

¹⁸⁹ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

¹⁹⁰ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

82. A s'en tenir à ces solutions, pour que le préalable de négociation soit reconnu, il faut une tentative de négociation¹⁹¹. Si celle-ci n'a pas eu lieu, cela n'équivaut pas à la défaillance de l'élément premier caractéristique du rapport de subsidiarité. Il faut ici en déduire ce que la chambre sociale de la Cour de cassation définit implicitement comme l'élément premier du préalable de négociation obligatoire. En énonçant qu'une tentative de négociation est nécessaire pour pouvoir appliquer l'élément subsidiaire, elle fait de la tenue de cette négociation collective l'élément premier du mécanisme. Dès lors, la défaillance n'est pas l'absence de toute négociation, mais l'échec de cette négociation, qui a dû être tentée, comme le préconise les juges de la Haute juridiction.

83. L'élément premier du préalable de négociation obligatoire est la tenue de la négociation. Pour que l'élément subsidiaire s'applique, il faut une défaillance de cette négociation. Cette défaillance ne peut être que l'échec des négociations après que celles-ci aient débuté. La défaillance ne peut nullement s'analyser en une absence de négociation (et donc d'accord), sinon les juges n'auraient pas exigé une tentative de négociation. C'est donc de cette formulation jurisprudentielle que se déduit le mécanisme du préalable de négociation obligatoire. Celui-ci peut donc se définir comme la tentative non aboutie d'une négociation. Et pour qu'il y ait tentative non aboutie (ce qui constitue la défaillance de l'élément premier), cela sous-entend la tenue d'une négociation (élément premier).

84. En résumé, il faut que la négociation ait lieu (élément premier) et qu'elle échoue (défaillance) pour que l'élément subsidiaire soit débloqué et puisse s'appliquer. Dans le cas du préalable de négociation le type de défaillance mis en jeu est le défaut de résultat de l'élément premier, par conséquent de la tenue de la négociation. L'élément subsidiaire s'appliquera en cas d'échec des négociations, donc si cet élément premier n'a pu obtenir le résultat escompté, n'a pu aboutir à la conclusion d'un accord. En définitive, le mécanisme du préalable de négociation obligatoire à ce type de défaillance marqué par l'absence de résultat de l'élément premier qui est à l'oeuvre.

¹⁹¹ « *Dans les deux cas, la chambre sociale en a justifié par la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral qui conduit, selon elle, à devoir privilégier l'accord collectif à la décision unilatérale lorsque la loi autorise la décision unilatérale à défaut ou en l'absence d'accord. Cette justification, qui en appelle à l'intention du législateur dans un domaine particulier, celui de la détermination du processus électoral, ne permet pas, même si elle laisse entendre qu'on puisse s'y référer dans d'autres matières, d'en inférer une règle générale* », G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 4.

85. C'est en définissant le préalable de négociation de la sorte que le juge judiciaire vient de fait valoriser la négociation collective. Mais pourquoi la reconnaissance d'une tentative de négociation en tant qu'élément premier du préalable de négociation et son échec comme défaillance de cet élément premier valorise-t-il davantage la négociation collective que la simple constatation d'une absence d'accord, quelle qu'en soit la raison ? Car dans cette seconde hypothèse, la simple constatation de l'absence d'accord pourrait s'analyser en une simple alternative. En effet, si le juge judiciaire avait donné la possibilité à l'employeur de décider unilatéralement à partir du moment où aucun accord n'est conclu, même en l'absence de commencement de la moindre négociation, il aurait reconnu qu'il serait envisageable de recourir à la décision patronale en lieu et place de la négociation. Dès lors, il n'existerait en pratique aucun rapport hiérarchique entre la négociation collective et la décision unilatérale.

86. Si l'élément premier n'était que la présence d'un accord collectif, la subsidiarité serait simplement théorique puisque l'absence d'accord, même sans qu'une négociation n'ait débuté, permettrait à l'employeur de refuser de négocier et de recourir directement à la décision unilatérale. S'il existe une subsidiarité dans ce cas de figure, elle est simplement théorique, puisqu'en pratique la décision patronale est une alternative à la négociation collective. C'est donc en refusant de reconnaître cette subsidiarité théorique, et cette alternative pratique, que le juge judiciaire fait du préalable de négociation obligatoire une technique de valorisation de la négociation collective. Dans leur note explicative de l'arrêt du 17 avril 2019 précité, les juges de la Haute juridiction prennent en compte « *la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective* »¹⁹² et accentue cette promotion de la conventionnalisation. La note explicative de l'arrêt du 13 janvier 2021 également précité mentionne explicitement le recours à la subsidiarité : « *La chambre sociale a déjà été amenée à affirmer que les termes « à défaut » recélaient intrinsèquement une subsidiarité. C'est le cas de la disposition relative à l'établissement de la représentativité syndicale, le texte de l'article L. 2122-5 du code du travail se référant au premier tour des dernières élections « des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel ». (Soc. 13 juillet 2010, pourvoi n°10-60.148, Bull.2010, V, n°176) »*¹⁹³. Elle poursuit ensuite en énonçant que cette subsidiarité traduit la primauté de

¹⁹² Note explicative relative à l'arrêt n° 680 du 17 avril 2019 (18-22.948), Chambre sociale, préc.

¹⁹³ Note explicative relative à l'arrêt n° 73 du 13 janvier 2021 (19-23.533), Chambre sociale, préc.

l'accord collectif sur la décision unilatérale de l'employeur, comme elle l'avait déjà fait avec l'arrêt du 17 avril 2019 précité.

87. En conclusion, la subsidiarité révélant le préalable de négociation obligatoire se définit comme l'échec de la négociation amenant à faire appliquer la disposition subsidiaire. En obligeant à passer par une tentative de négociation, la subsidiarité mise en oeuvre est bien effective et ne relève nullement une alternative pratique. Dès lors, ce rapport de subsidiarité effectif est au service de la valorisation de la conventionnalisation, la négociation collective prévalant, comme l'indique la Cour de cassation, sur la disposition subsidiaire. Maintenant que l'élément premier du préalable de négociation et sa défaillance ont été déterminés, envisageons les précisions de cet élément premier apportées par la jurisprudence judiciaire.

Paragraphe 2 : L'exigence jurisprudentielle d'une négociation de droit commun, loyale et sérieuse

88. L'interprétation jurisprudentielle de la norme légale a permis d'affirmer que l'élément premier du préalable de négociation obligatoire est la tenue d'une négociation. Par la suite, la jurisprudence est venue préciser le domaine de cette exigence de négociation. Elle concerne simplement la négociation collective de droit commun (A), qui doit en plus être loyale et sérieuse (B).

A/ L'exigence d'une négociation de droit commun

89. Dans les deux cas de reconnaissance jurisprudentielle du préalable de négociation obligatoire, l'un en date du 17 avril 2019, l'autre du 13 janvier 2021, le juge judiciaire s'est contenté d'affirmer que la négociation entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives devait avoir eu lieu, pour finalement de pas aboutir à la conclusion d'un accord collectif, pour identifier un préalable de négociation. On constate alors que l'élément premier de ce mécanisme est certes une négociation, mais une négociation uniquement de droit commun. L'arrêt du 13 janvier 2021 précité a d'ailleurs explicitement exclu le moindre rapport de subsidiarité entre la négociation substitutive et la décision unilatérale de l'employeur en ce qui concerne le recours au vote électronique (1). La solution précitée du 17 avril 2019 répond à une autre interrogation, en raison de la spécificité du mécanisme qui met

en oeuvre une double subsidiarité, en intercalant le recours à un accord avec les membres du comité social et économique (2).

1. L'absence de rapport subsidiaire avec la négociation substitutive

90. S'agissant tout d'abord de la négociation substitutive¹⁹⁴, négociation envisagée en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, le préalable de négociation oblige-t-il l'employeur à négocier également avec les acteurs substitutifs ? Ceux-ci sont les salariés dans les entreprises de moins de 11 salariés¹⁹⁵, les élus du comité social et économique ou à défaut ces mêmes salariés dans les entreprises de 11 à 20 salariés¹⁹⁶, un salarié mandaté ou un membre du CSE¹⁹⁷ dans les entreprises de 20 à 49 salariés¹⁹⁸, et enfin un élu du CSE mandaté, un élu non mandaté, ou un salarié mandaté dans les entreprises d'au moins 50 salariés¹⁹⁹. Pour répondre à la question précédente, la volonté du législateur ne va vraisemblablement pas dans le sens d'une application du préalable de négociation à la négociation substitutive²⁰⁰. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 13 janvier 2021 sur le possible recours au vote électronique lors des élections professionnelles l'ont d'ailleurs explicitement énoncé²⁰¹. Si la Cour de cassation a

¹⁹⁴ V. sur ce point C. Mariano, *La négociation substitutive d'entreprise*, op. cit. V. du même auteur, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », Dossier : Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail, BJT, 2020, n° 4, pp. 44-51.

¹⁹⁵ C. trav. art. L. 2232-21 et -22.

¹⁹⁶ C. trav. art. L. 2232-23.

¹⁹⁷ V. sur ce point F. Bergeron, « Négociation dans les entreprises de 11 à 49 salariés dépourvues de délégué syndical : validité du décret du 10 novembre 2017 déterminant les modalités de consultation des salariés », BJT avril 2019, p. 23 : « « Dans ces entreprises donc, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés, membre ou non de la délégation du personnel du CSE, soit par un ou des membres de la délégation du personnel du CSE (C. trav., art. L. 2232-23-1). Autrement dit, et contrairement au système antérieur résultant de la loi du 17 août 2015 (loi n° 2015-994 relative au dialogue social et à l'emploi), le mandatement n'est plus la voie prioritaire, l'employeur pouvant choisir librement de négocier avec un élu mandaté, avec un élu non mandaté ou, encore, avec un salarié mandaté ».

¹⁹⁸ C. trav. art. L. 2232-23-1.

¹⁹⁹ C. trav. art. L. 2232-24, -25 et -26.

²⁰⁰ V. G. Loiseau, « Le préalable de négociation », op. cit., n° 14 : « Les applications du préalable de négociation qui se déduisent de la législation confirment au demeurant que sa dynamique n'est à l'œuvre que dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux. Par exemple, la charte relative à l'exercice du droit à la déconnexion ne pouvant être adoptée par l'employeur qu'à défaut d'accord collectif dont la négociation s'impose dans le cadre de la négociation obligatoire sur la qualité de vie au travail, le préalable de négociation ne concerne, par hypothèse, que les entreprises d'au moins 50 salariés dotées de délégués syndicaux ».

²⁰¹ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

précisé que la négociation avec les délégués syndicaux devait forcément être recherchée par l'employeur et menée de façon loyale lorsque celle-ci est possible, avant de pouvoir prendre une décision unilatérale, cette solution consacrant le préalable de négociation obligatoire ne s'applique pas à l'hypothèse d'une négociation substitutive. Dans cet arrêt, un syndicat implanté dans l'entreprise en question faisait valoir, dans son pourvoi, que la négociation collective devait bel et bien prévaloir sur la décision patronale, et que ce n'est qu'à défaut de négociation aboutissant à la conclusion d'un accord, que l'employeur pouvait unilatéralement mettre en place le recours au vote électronique. Ce syndicat va même plus loin en arguant que dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de délégués syndicaux dans l'entreprise - ce qui était le cas en l'espèce -, l'employeur, avant de prendre une décision unilatérale, devait mener une négociation avec les négociateurs substitutifs précédemment évoqués²⁰². Si le premier argument a été accepté par la Cour de cassation, cette dernière n'a néanmoins pas donné raison au syndicat en ce qui concerne l'obligation de recourir à la négociation substitutive avant de prendre une décision unilatérale en l'absence de délégués syndicaux²⁰³. Dès lors, seule la négociation collective dite « classique », celle se déroulant avec les délégués syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, prime sur la décision unilatérale de l'employeur, qui s'entend comme une disposition supplétive et subsidiaire. En revanche, ce rapport hiérarchique n'existe pas entre la négociation substitutive et la disposition légale prévoyant le recours à la décision patronale. A défaut d'accord collectif conclu avec les délégués syndicaux, l'employeur n'a pas à mener une négociation selon les modes substitutifs prévus aux articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail avant de pouvoir prendre une décision unilatérale. Une telle obligation ne pèse pas sur

²⁰² « *Qu'en l'absence de délégué syndical, un accord d'entreprise peut être conclu entre l'employeur et des élus, mandatés ou non, ou directement avec des salariés mandatés en application des articles L. 2232-24, L. 2232-25 et L. 2232-26 du code du travail ; qu'en retenant qu'un accord d'entreprise ne pouvait être négocié que par une délégation d'une organisation représentative dans l'entreprise et que la bonne volonté de l'employeur quant à la recherche d'un accord devait s'analyser en fonction de la réalité au sein de l'entreprise lors de l'adoption de la DUE, quand il résulte des articles L. 2232-24 et suivants du code du travail qu'un accord d'entreprise peut être négocié par d'autres interlocuteurs qu'une délégation d'une organisation syndicale dans l'entreprise incarnée par un délégué syndical, le tribunal a violé les articles L. 2232-24, L. 2232-25, L. 2232-26, L. 2314-26 et R. 2314-5 du code du travail », *ibid*.*

²⁰³ « *Il résulte des articles L. 2314-26 et R. 2314-5 du code du travail que la possibilité de recourir au vote électronique pour les élections professionnelles peut être ouverte par un accord d'entreprise ou par un accord de groupe, et, à défaut d'accord, par une décision unilatérale de l'employeur. Il ressort de ces dispositions que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique. Dès lors que le législateur a expressément prévu qu'à défaut d'accord collectif, le recours au vote électronique pouvait résulter d'une décision unilatérale de l'employeur, cette décision unilatérale peut, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou dans le groupe, être prise par l'employeur sans qu'il soit tenu de tenter préalablement une négociation selon les modalités dérogatoires prévues aux articles L. 2232-23 à L. 2232-26 du code du travail », *ibid*.*

l'employeur, ce n'est qu'une possibilité qui lui est offerte, la possibilité de procéder à un référendum d'entreprise ou de rentrer en négociation avec les élus du CSE, un élu ou un salarié mandaté avant de prendre une décision unilatérale. Il faut donc désormais comprendre, grâce à cet arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 janvier 2021, que dans tous les domaines où le législateur a prévu un recours subsidiaire - et non alternatif - à la décision patronale à défaut d'accord collectif, ce dernier doit s'entendre d'un accord conclu uniquement avec les délégués syndicaux. D'après le juge judiciaire, l'expression « *à défaut d'accord* » ou « *en l'absence d'accord* » ne concerne pas l'accord collectif conclu selon les modes substitutifs de négociation.

91. Si la généralisation du préalable de négociation doit encore se faire attendre pour les domaines légaux recourant aux termes « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord, la partie de la solution relative à la non-obligation de négocier avec les acteurs substitutifs pourrait avoir une portée générale. C'est ce que décèle Grégoire Loiseau lorsqu'il énonce que le juge judiciaire justifie sa solution « *par la considération que les dispositions sur la négociation dérogatoire*²⁰⁴ sont des dispositions subsidiaires dont l'objet est de permettre à l'employeur, en cas d'absence de délégué syndical, notamment dans le cadre de la négociation obligatoire, de parvenir malgré tout à élaborer un accord. À cet égard, la décision unilatérale de l'employeur se présentant elle-même comme un type de disposition subsidiaire, elle doit pouvoir être adoptée dès l'instant où la norme principale fait défaut, autrement dit en l'absence d'accord collectif dont la conclusion doit être recherchée, prioritairement, avec des délégués syndicaux. Encore que la qualification des dispositions relatives à la négociation dérogatoire de « *subsidiaries* » soit discutable au regard du sens donné à la notion de subsidiarité, l'articulation des normes principales et secondaires pour considérer que l'accord dérogatoire est une norme secondaire au même titre que la norme patronale paraît donner à l'arrêt une portée générale »²⁰⁵. Cependant, il est permis de douter de cette généralisation, en ce sens que la « *Cour de cassation a toutefois également expliqué sa décision, dans la note qui l'accompagne, par un facteur temporel tenant au retard dans le traitement de la situation juridique qu'impliquerait l'obligation pour l'employeur d'engager une négociation dérogatoire en l'absence de délégués syndicaux. Contextualisant la décision rendue, la chambre sociale relève que l'objectif du législateur de favoriser le recours au vote*

²⁰⁴ Nous préfèrerons le terme de négociation substitutive.

²⁰⁵ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 15.

*électronique ne serait pas rempli si, pour mettre en place un tel vote, l'employeur devait, dans le temps constraint de la préparation des élections professionnelles, franchir toutes les étapes que suppose le recours à la négociation dérogatoire, notamment par des informations préalables nécessitant des délais particuliers et le recours à la consultation des salariés eux-mêmes. Cette contextualisation peut alors se comprendre comme une précaution prise par la Cour de cassation pour se laisser la liberté de juger autrement dans d'autres circonstances »*²⁰⁶. Tout est dit. S'il semblerait, en prenant la volonté législative et la note explicative de l'arrêt précité du 13 janvier 2021, que la solution consistant à dire que la décision patronale n'est pas subsidiaire d'une négociation substitutive a une portée générale, les magistrats de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire prennent la peine de se laisser une porte de sortie, pour pourquoi pas à l'avenir et dans un autre domaine, reconnaître un préalable de négociation substitutive.

2. Le cas particulier de l'article L. 2313-3 du Code du travail

92. La jurisprudence judiciaire reconnaît ce préalable de négociation obligatoire seulement en ce qui concerne la négociation « classique » avec les organisations syndicales représentatives. En outre, cette reconnaissance pose une nouvelle difficulté, propre à la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts en vue de mettre en place des comités sociaux et économiques d'établissement. Dans ce cas de figure, l'article L. 2313-3 du Code du travail prévoit qu' « *en l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts* ». La formulation utilisée par le législateur est intéressante : « *en l'absence d'accord (...) et en l'absence de délégué syndical* ». Habituellement, la loi se contente de préciser que la disposition supplétive, quelle qu'elle soit, sera applicable « à défaut d'accord » ou « *en l'absence d'accord* », sans que les textes ne mentionnent en plus « *et en l'absence de délégué syndical* ». Pour les premières formulations, que nous retrouvons dans énormément de thèmes présents dans le Code du travail, nous savons désormais que le juge les entend comme une obligation de négocier avec les délégués syndicaux, et si la

²⁰⁶ *Ibid.*

négociation échoue, ou alors s'il n'y a pas de délégués syndicaux, la disposition supplétive, comme la décision patronale, s'applique. La disposition supplétive, qui se veut subsidiaire, ne trouvera à s'appliquer que si la négociation a échoué, mais aussi si la négociation n'a pas pu se mener en raison de l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Le juge en a alors conclu que le préalable de négociation obligatoire devait s'appliquer et donc que la disposition supplétive ne pourrait voir le jour que si la négociation a échoué ou s'il n'y a pas de délégués syndicaux dans l'entreprise. Dès lors, si l'emploi des formulations « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord recoupe à la fois l'échec de la négociation loyalement engagée et l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, pourquoi le législateur, au sein de l'article L. 2313-3, a tenu à préciser que l'accord avec les membres du CSE s'applique en l'absence d'accord²⁰⁷, mais aussi en l'absence de délégué syndical ? Une première ébauche de réponse peut être apportée en raison du cas particulier de cet article L. 2313-3 et de la double subsidiarité mise en oeuvre s'agissant de la détermination du nombre et du périmètre de mise en place des établissements distincts. Alors que sur les autres thèmes précédemment évoqués la subsidiarité ne concerne que la disposition supplétive spéciale qui prévoit le recours à une autre norme comme la décision patronale dans une majorité de cas, dans ce domaine bien précis, la première subsidiarité évoquée concerne un accord dit « dérogatoire », un accord conclu selon des modalités spéciales, à savoir un accord conclu avec les membres du CSE. S'agissant du second niveau de subsidiarité, prévu à l'article L. 2313-4 et qui prévoit le recours à la décision unilatérale de l'employeur, le législateur revient à une formulation plus classique, en énonçant qu' « *l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* ». Il n'est pas rajouté « *en l'absence de délégué syndical* » comme dans l'article précédent. Ce qui permet une seconde ébauche de réponse à notre interrogation précédente. Si le législateur a eu besoin de préciser les choses dans l'article L. 2313-3, c'est parce que contrairement à l'article L. 2313-4 qui met en place le recours à la décision unilatérale, l'accord avec les membres du CSE ne peut être conclu qu'en l'absence de délégué syndical. C'est ce qu'il faut comprendre par la mention « *en l'absence d'accord (...) et en l'absence de délégué syndical* » : la conjonction de coordination « *et* » permet de comprendre que le recours à cet accord « dérogatoire » ne peut

²⁰⁷ Ce qui signifie, selon ce qui vient d'être démontré, que cela touche à la fois l'hypothèse de l'échec de la négociation avec les syndicats représentatifs et l'hypothèse de l'absence de délégué syndical dans l'entreprise.

se faire qu'en l'absence de délégué syndical, et non pas si la négociation avec de tels délégués échoue. Le législateur a voulu signifier que l'absence d'accord mentionné dans cet article ne pouvait résulter que de l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. *A contrario*, si le législateur avait seulement employé le terme « *en l'absence d'accord* », cela aurait signifié « en cas d'échec des négociations et également en l'absence de délégués syndicaux », ou « en cas d'échec des négociations OU en l'absence de délégués syndicaux », comme le juge l'a précisé en reconnaissant un préalable obligatoire de négociation. On peut alors simplement regretter que le législateur n'ait pas simplement dit « *en l'absence de délégué syndical* », et uniquement cela, une formulation simplifiée qui aurait évité un doute sur le recours à l'accord avec les membres du CSE.

93. Après ces précisions d'ordre terminologique, il convient de distinguer deux hypothèses. Soit il y a bel et bien des délégués syndicaux dans l'entreprise, et dans ce cas-là, à l'instar de ce qui a été dit précédemment sur le préalable obligatoire de négociation à propos du recours au vote électronique, l'employeur devra forcément engager des négociations avec ceux-ci. Si la négociation n'aboutit pas, il devra prendre une décision unilatérale, tout en respectant un certain nombre de conditions légales. Le juge judiciaire a d'ailleurs expressément mentionné, comme cela a été dit précédemment, et ce avant même de consacrer le préalable de négociation obligatoire concernant le recours au vote électronique lors des élections professionnelles, qu'il existait bel et bien une subsidiarité entre la négociation collective de droit commun et la décision unilatérale de l'employeur²⁰⁸.

94. En revanche, et c'est la seconde hypothèse, s'il n'y pas de délégués syndicaux dans l'entreprise, l'employeur a alors l'obligation de tenter de négocier avec les membres du comité social et économique. Ce ne sera qu'en cas d'échec des négociations avec la délégation du personnel que l'employeur pourra prendre une décision unilatérale.

95. En définitive, dans la première hypothèse, le premier niveau de subsidiarité, mis en place par le législateur entre la négociation de droit commun et la négociation dérogatoire, est

²⁰⁸ « *L'article L. 2313-2 du code du travail prévoit qu'un accord d'entreprise détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des CSE. Selon l'article L. 2313-4 du même code, en l'absence d'accord, le nombre et le périmètre de ces établissements sont fixés par décision de l'employeur. Il résulte de ces dispositions que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts* », Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

écarté pour passer directement à la décision patronale en cas d'échec des négociations avec les délégués syndicaux. Le préalable de négociation, jusqu'alors défini, trouve donc à s'appliquer. Dans la seconde hypothèse, le législateur crée un nouveau rapport de subsidiarité, non plus entre la négociation de droit commun et la décision patronale, mais entre la négociation avec les membres du CSE et cette même décision patronale. Contrairement à ce qu'a décidé le juge judiciaire dans l'arrêt du 13 janvier 2021 sur le recours au vote électronique, le législateur a ici prévu une solution différente, où un nouveau type de préalable de négociation obligatoire s'applique - uniquement en l'absence de délégués syndicaux et non pas en cas d'échec des négociations avec ces derniers -, un préalable de négociation dont l'élément premier devient la tenue d'une négociation spécifique avec les membres du comité social et économique. Le juge judiciaire, lorsqu'il sera saisi d'un contentieux sur ce point, devrait pouvoir préciser les choses en abondant dans ce sens. Toutefois, rappelons immédiatement que cette modalité de négociation avec les membres du CSE n'a rien à voir avec les dispositions substitutives prévues aux articles L. 2232-21 et suivants, ce qui explique que la solution imaginée et que le juge devrait faire sienne, soit en tout point différente²⁰⁹.

96. Enfin, dans les domaines où le juge aura déterminé que la négociation est obligatoire avant que la décision de l'employeur puisse s'appliquer, comment va-t-il opérer son pouvoir de contrôle sur le contenu de l'accord collectif²¹⁰ ? De surcroît, comment le juge contrôlera les dispositions d'un accord collectif qui a dû être négocié préalablement à la prise d'une décision patronale, par rapport au contenu d'un accord négocié sans que ne soit prévue une décision unilatérale de l'employeur à défaut d'accord, mais plutôt une disposition supplétive substantielle²¹¹ ? Les pouvoirs et les prérogatives du juge judiciaire ont déjà été décuplés grâce à son interprétation téléologique de la norme légale et à l'architecture choisie dans un grand nombre de domaines présents dans le Code du travail, pour lui faire reconnaître l'existence d'un préalable de négociation obligatoire et pour déterminer son régime juridique.

²⁰⁹ L'article L. 2232-25 du Code du travail prévoit lui une validation de l'accord négocié avec un élu du CSE non mandaté par les membres du CSE représentant la majorité des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections professionnelles. L'accord mentionné à l'article L. 2313-3 doit lui être signé par la majorité des membres élus titulaires du CSE.

²¹⁰ Ce qui sous-entend qu'il se pourrait très bien qu'il soit différent des hypothèses ou aucune norme supplétive n'est prévue derrière, et donc qu'il n'y a pas de préalable obligatoire de négociation, puisque qu'il n'y a pas de « préalable ».

²¹¹ Sur la distinction entre dispositions substantielles et non substantielles, *infra*. n° 105 et s.

Il devra même, dans ses solutions jurisprudentielles futures, en dire davantage sur l'ampleur du contrôle à effectuer sur les accords collectifs conclus lorsque la loi prévoit subsidiairement une décision unilatérale de l'employeur, ou à l'inverse, lorsqu'elle ne prévoit aucune disposition supplétive subalterne. Les précisions quant à l'exigence de loyauté de la négociation ont quant à elles déjà commencé à être apportées.

B/ L'exigence d'une négociation loyale et sérieuse

97. Le juge judiciaire a d'ores et déjà commencé à durcir l'exigence de loyauté de la négociation collective. Ce durcissement est bien présent dans les jurisprudences reconnaissant le préalable de négociation obligatoire, venant de fait valoriser la conventionnalisation (1). Mais si la loyauté de la négociation est précisée dans les solutions jurisprudentielles, le juge devra sans doute continuer à déterminer un régime renforçant davantage cette exigence, comme par exemple en ordonnant de recourir à un procès-verbal de désaccord pour matérialiser l'échec des négociations (2).

1. La précision prétorienne de l'exigence de loyauté de la négociation

98. Si le préalable de négociation obligatoire ne peut, à ce jour, concerner qu'une négociation de droit commun, cette négociation doit répondre à une autre exigence d'origine prétorienne : la loyauté. En effet, les cas de reconnaissance jurisprudentielle du mécanisme ne se contentent pas d'exiger une tentative de négociation, mais « *une tentative loyale²¹² de négociation* »²¹³. Il en ressort une précision indispensable de l'élément premier de la subsidiarité spécifique au préalable de négociation. Dès lors, le juge de l'ordre judiciaire a dû s'expliquer sur ce qu'il entendait par « *tentative loyale de négociation* ». Autrement dit, comment se matérialise le principe de loyauté de la négociation dans le cadre du préalable de négociation obligatoire ? L'étude d'un potentiel préalable de négociation à propos des thèmes

²¹² « Surplombant les textes en cause - usant pour l'un de la formule « *en l'absence* » d'accord et pour l'autre de la formule « *à défaut* » d'accord - ces décisions se lisent comme une doctrine. On y retrouve l'attachement au principe de loyauté dont la Cour de cassation fait la sève de la négociation et le nerf de l'obligation de négocier », G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 8.

²¹³ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc. ; Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

relevant du protocole d'accord préélectoral²¹⁴ permet au juge de déterminer un commencement de régime juridique de cette exigence de loyauté.

99. L'exemple de la répartition des sièges et du personnel au sein des collèges est un exemple jurisprudentiel parlant. A ce propos, le Code du travail prévoit que l'employeur doit inviter les organisations syndicales afin de procéder, sur ce sujet, à la négociation du protocole d'accord préélectoral²¹⁵. Il sied de s'attarder ici sur l'hypothèse où la négociation du protocole a bel et bien eu lieu, mais n'a pas été menée loyalement. De prime abord, lorsqu'au moins une organisation syndicale répond à l'invitation de négociation de l'employeur, et que par la suite la négociation n'aboutit pas, la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS) doit être saisie par l'employeur afin de procéder à la répartition des sièges et du personnel au sein des collèges, et ce dans toutes les hypothèses où le syndicat qui répond à l'invitation n'est pas responsable de l'absence de négociation²¹⁶. La Cour de cassation a ensuite dû répondre à la question suivante : cette saisine de la DREETS doit-elle avoir lieu (concernant la répartition des sièges et du personnel dans les collèges) lorsque la négociation du protocole préélectoral n'a pas été menée de façon loyale ? Les juges de la chambre sociale ont logiquement répondu par la négative, en rappelant que la saisine de l'autorité administrative n'était nullement subordonnée à un désaccord formalisé, ni à une responsabilité exclusive de l'employeur dans l'échec des négociations. Mais surtout, ils ont affirmé que l'existence de l'ouverture d'une négociation ne suffit pas permettre la saisine de la DREETS en cas de contestation : il faut absolument que cette négociation soit loyale, « *faute de quoi la saisine de l'autorité administrative serait prématurée* »²¹⁷. En d'autres termes, l'obligation de négocier loyalement aura également une incidence sur la saisine de l'autorité administrative. Si cette négociation du protocole d'accord préélectoral n'a pas été menée de bonne foi, la contestation de la répartition des sièges et du personnel dans les collèges doit se faire devant le tribunal judiciaire : dans cet arrêt, si l'employeur n'avait effectivement pas rempli son obligation de

²¹⁴ Sur le contenu du protocole d'accord préélectoral, v. J. Pélassier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, avec la collaboration de G. Auzero, Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 1130.

²¹⁵ C. trav. art. L. 2314-14, al. 1er : « *La répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6* ».

²¹⁶ Cass. soc. 9 mai 2018, n° 17-26.522, Cah. soc. juillet 2018, p. 347.

²¹⁷ Cass. soc. 22 janvier 2020, n° 19-12.896, BJT mars 2020, p. 18, note F. Bergeron.

négocier de bonne foi, le syndicat aurait vraisemblablement eu gain de cause et la compétence à l'époque du DIRECCTE aurait été écartée. En revanche, si la loyauté de la négociation n'est pas débattue, mais que l'employeur et les syndicats n'arrivent pas à s'entendre et à conclure le protocole d'accord préélectoral, l'employeur devra bel et bien saisir l'autorité administrative, comme le rappellent les juges dans l'arrêt précité du 22 janvier 2020.

100. Un arrêt récent de la Haute juridiction, en date du 12 juillet 2022²¹⁸, confirme la reconnaissance d'un préalable de négociation obligatoire, et de fait tentative de négociation loyale, entre l'employeur et les syndicats en vue de conclure un protocole d'accord préélectoral. Si cette solution n'est pas nouvelle, elle est intéressante dans le sens où elle confirme la valorisation de la négociation collective, y compris en ce qui concerne un protocole d'accord préélectoral, mais surtout parce qu'elle précise la notion de loyauté de la négociation. En se basant sur l'article L. 2314-13, comme les solutions précédemment citées, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce « *que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord préélectoral n'a pu être conclu que l'autorité administrative peut décider de la répartition des sièges et du personnel entre les collèges électoraux* »²¹⁹. Rien de nouveau à ce stade. C'est le paragraphe suivant qui révèle le véritable apport de cet arrêt, en précisant le régime juridique de la loyauté de la négociation. Dans le cadre d'une négociation de protocole préélectoral, le juge judiciaire vient affirmer qu'une série d'éléments relevaient indiscutablement du principe de loyauté de la négociation. Il s'agit notamment de la communication aux syndicats des effectifs et de la classification professionnelle des salariés. Outre ces informations essentielles, les juges de la Haute juridiction regardent également la tenue des négociations et le déroulement des réunions. Elle précise « *que des informations essentielles relatives aux effectifs n'ont été actualisées que l'avant veille de la dernière réunion de négociation, que la question de la répartition du personnel n'a été abordée pour la première fois que lors de cette réunion au cours de laquelle les sociétés composant l'UES ont refusé aux organisations syndicales un accès aux registres uniques du personnel autrement que par entité et sur le site de chacune d'elle en indiquant que le fichier des effectifs communiqué était suffisant, que la direction a mis fin de manière unilatérale à la négociation au motif que la même réunion devait être la dernière, demandant*

²¹⁸ Cass. soc. 12 juillet 2022, n° 21-11.420.

²¹⁹ *Ibid.*

*aux organisations syndicales de se positionner sur le projet de protocole d'accord préélectoral communiqué l'avant veille et sans que celles-ci n'aient été en mesure de contrôler les effectifs »*²²⁰. Autant d'indices démontrant que l'employeur a fortement manqué à son obligation de loyauté. En conséquence, l'autorité administrative ne peut être saisie : en tant qu'élément subsidiaire, il faut attendre la défaillance de l'élément premier pour pouvoir être appliqué. Or, là encore, l'élément premier est la réussite, l'aboutissement de négociations loyales entre l'employeur et les syndicats amenés à conclure un protocole d'accord préélectoral. Dès lors, la défaillance de cet élément premier ne peut être que l'échec des négociations, qui se seraient déroulées loyalement. Le défaut de loyauté ne s'apparente donc pas à la défaillance de l'élément premier : dans une telle hypothèse, l'élément premier ne peut être reconnu, et sans élément premier, pas d'élément subsidiaire, et donc en l'espèce pas de recours à l'autorité administrative pour répartir les sièges et le personnel entre les collèges. Si les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation ont commencé à déterminer ce qu'il fallait entendre par loyauté de la négociation, il est à-propos de se demander s'ils ne sont pas amenés à aller plus loin, notamment en exigeant de dresser un procès-verbal de désaccord pour matérialiser l'échec des négociations.

2. L'incitation jurisprudentielle de recourir au PV de désaccord ?

101. La détermination du régime juridique du préalable de négociation obligatoire passe par la question de la matérialité de l'échec des négociations. S'agissant de l'obligation de négociation d'origine légale, l'article L. 2242-5 alinéa 1er énonce clairement que « *si au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les dispositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement* ». L'alinéa suivant vient établir les modalités de mise en oeuvre de ce procès-verbal de désaccord devant mettre fin à la négociation : « *Ce procès-verbal donne lieu à dépôt, à l'initiative de la partie la plus diligente, dans des conditions prévues par voie réglementaire* ». Le législateur fait ici référence à l'article R. 2242-1, renvoyant lui-même à l'article D. 2231-2 du Code du travail. D'après cet article, « *les accords de groupe, d'entreprise, d'établissement et interentreprises ainsi que les pièces accompagnant le dépôt prévues aux articles D. 2231-6 et D. 2231-7 sont*

²²⁰ *Ibid.*

déposés par le représentant légal du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement ou, pour un accord interentreprises, par les représentants légaux de celles-ci ». Pour être tout à fait précis, ce dépôt doit se faire « *sur la plateforme de téléprocédure du ministère du travail* »²²¹. En se fondant sur ces différents articles, de nature législative ou réglementaire, il est nécessaire de procéder au dépôt du procès-verbal marquant l'échec des négociations obligatoires dans les mêmes conditions que le dépôt des accords collectifs.

102. Dès lors, le juge judiciaire incite-t-il à la même obligation concernant le préalable de négociation obligatoire d'origine jurisprudentielle ? Incite-t-il les négociateurs à notifier l'échec des négociations par un procès-verbal de désaccord avant d'ouvrir la voie à la disposition subsidiaire ? La doctrine est unanime à ce sujet. En effet, on voit mal comment l'employeur pourrait échapper à une telle formalité, comme le rappelle Gwennhaël François : « *Rien n'est clairement indiqué à ce sujet dans la jurisprudence de la Haute Juridiction relative au préalable de négociation obligatoire. L'employeur aura néanmoins tout intérêt à établir un tel procès-verbal de désaccord pour formaliser l'échec des négociations. Il devra par ailleurs le notifier aux organisations syndicales par un procédé lui conférant date certaine, en particulier quand cette information marque le point de départ d'un délai de contestation de la décision unilatérale, ce qui est le cas pour la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts* »²²². Outre l'obligation d'établir un procès-verbal de désaccord, l'exigence d'information des organisations syndicales ne devrait donc courir que dans les hypothèses où la loi prévoit explicitement un délai de contestation de la décision unilatérale de l'employeur. C'est le cas unique, à ce jour, de la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts, où l'article L. 2313-5²²³ fait état de l'hypothèse de contestation de la décision unilatérale devant l'autorité administrative. L'article R. 2313-1 précise quant à lui que les organisations syndicales représentatives et celles ayant constitué une section syndicale doivent être informées de la prise d'une décision unilatérale par

²²¹ C. trav. art. D. 2231-4.

²²² G. François, « Le préalable de négociation obligatoire », *op. cit.*, p. 363.

²²³ C. trav. art. L. 2313-5 : « *En cas de litige portant sur la décision de l'employeur prévue à l'article L. 2313-4, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par l'autorité administrative du siège de l'entreprise dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un processus électoral global, la saisine de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin. La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux* ».

l'employeur, et par conséquent également de l'échec des négociations²²⁴. Ce n'est qu'en cas d'échec des négociations que l'employeur pourra prendre une décision unilatérale²²⁵, donc l'information de la prise d'une décision patronale traduit également l'information de l'échec des négociations. En outre, cette information doit permettre d'établir une date certaine, l'alinéa 3 de ce même article R. 2313-1 précisant que les syndicats représentatifs et ceux ayant constitué une section syndicale peuvent saisir la DIRECCTE dans un délai de quinze jours à compter de la date de leur information²²⁶.

103. La détermination du régime juridique du préalable de négociation obligatoire d'origine jurisprudentielle, et plus particulièrement de l'exigence d'une négociation loyale et sérieuse, devrait nécessairement permettre au juge d'inciter le législateur à exiger l'établissement d'un procès-verbal de désaccord témoignant de l'échec des négociations. Cette procédure de notification de l'échec des négociations, nécessaire pour justifier du recours à la décision unilatérale de l'employeur, devra sans aucun doute prendre exemple sur ce qui se fait à propos de la négociation obligatoire d'origine légale. A ce propos, l'influence du régime de la négociation légale obligatoire sur la détermination d'un régime juridique propre au préalable de négociation jurisprudentiel a vocation à grandir.

104. Le juge judiciaire confirme une nouvelle fois la faveur dont bénéficie la négociation collective, en asseyant l'exigence de loyauté de cette négociation, une loyauté faisant partie intégrante de l'élément premier dans le rapport de subsidiarité existant entre la négociation collective et les dispositions supplétives. L'arrêt du 12 juillet 2022 précité démontre donc la volonté prétorienne de déterminer le régime juridique relatif au préalable de négociation

²²⁴ Le comité social et économique peut également contester la décision unilatérale de l'employeur dans le cas où la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts provient d'un accord avec les membres du CSE, v. C. trav. art. R. 2313-1 al. 1 et 2 : « *Lorsqu'il prend une décision sur la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts en application de l'article L. 2313-4, l'employeur la porte à la connaissance de chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise et de chaque organisation syndicale ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise, par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information. Lorsque les négociations se sont déroulées conformément à l'article L. 2313-3, l'employeur réunit le comité afin de l'informer de sa décision* ».

²²⁵ V. not. Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

²²⁶ Ce délai de contestation de la décision patronale vaut encore une fois pour le comité social et économique dans le cas où la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts provient d'un accord avec les membres du CSE, v. C. trav. art. R. 2313-1 al. 3 : « *Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou lorsque les négociations se sont déroulées conformément à l'article L. 2313-3, le comité social et économique, peuvent dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle ils en ont été informés, contester la décision de l'employeur devant le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi* ».

obligatoire. En outre, la détermination de ce régime juridique concerne non seulement l'élément premier du préalable de négociation en tant que rapport subsidiaire, mais également l'élément dit subsidiaire : la décision unilatérale de l'employeur.

Section 2 :

Le champ d'application du préalable de négociation obligatoire

105. De façon chronologique, tout rapport de subsidiarité met en oeuvre un élément premier. Non seulement cet élément doit exister, mais il doit par la suite être défaillant pour révéler un second élément, un élément subsidiaire. En tant que rapport subsidiaire, le préalable de négociation obligatoire répond à ce fonctionnement. Si la défaillance de l'élément premier du préalable de négociation, à savoir une tentative loyale de négociation de droit commun, a été étudiée, il est désormais primordial de s'attarder sur l'élément subsidiaire applicable lorsque la négociation de droit commun, menée de façon loyale, a échoué. Les exemples jurisprudentiels jusqu'ici avancés ont presque tous un point commun : la disposition subsidiaire applicable « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord, pour reprendre les formulations légales, est quasi-constamment une décision unilatérale de l'employeur. Est-ce à dire que le juge judiciaire ne pourra reconnaître un préalable de négociation obligatoire uniquement dans les thèmes où la disposition supplétive, et donc subsidiaire, est une décision patronale ? En cas de réponse positive, cela veut-il dire que chaque disposition du Code du travail ayant recours à la supplétivité de la décision unilatérale de l'employeur révèle un préalable de négociation obligatoire ? Afin de répondre à ces problématiques, il sera pertinent d'aborder respectivement l'incidence du type de norme subsidiaire sur la reconnaissance de ce mécanisme (Paragraphe 1), pour en déduire que les thèmes abordés par la décision patronale, en réalité seule norme révélatrice du préalable de négociation, ont également une incidence sur sa reconnaissance (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'incidence du type de norme subsidiaire sur la reconnaissance du préalable de négociation

106. La première question à traiter concerne la nature de la disposition supplétive et subsidiaire susceptible de faire jouer le mécanisme du préalable de négociation obligatoire. La première clé de répartition pour reconnaître et systématiser l'élément subsidiaire de ce mécanisme est la nature de la supplétivité des dispositions applicables en cas d'échec des négociations (A). Cette clé de répartition doit encore être affinée, pour en déduire que parmi un type de dispositions supplétives, une seule et unique norme permet de dégager ce que la doctrine a appelé préalable de négociation obligatoire (B).

A/ L'incidence de la nature de la supplétivité

107. Si la supplétivité présente dans le Code du travail n'est pas homogène, celle ayant recours à un contenu normatif précis révèle une subsidiarité de nature différente (1), ce qui aura alors pour effet de ne pas permettre la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire, et donc de ne pas procéder à la valorisation jurisprudentielle de la conventionnalisation (2).

1. Les dispositions supplétives substantielles révélatrices d'une subsidiarité de nature différente

108. Nous l'avons dit, la jurisprudence n'a jusqu'ici reconnu un préalable de négociation obligatoire que lorsque l'élément subsidiaire et supplétif était une décision unilatérale de l'employeur. Mais qu'en est-il lorsque le législateur prévoit directement un contenu normatif dans sa disposition supplétive, sans renvoi à une norme de nature différente comme la décision patronale ? Le législateur oblige-t-il à entrer en négociations lorsque la disposition supplétive prévoit un contenu normatif précis ? Lorsque la loi mentionne le recours à une convention ou un accord collectif avant de faire jouer une disposition supplétive

« *substantielle* »²²⁷, comment appréhender cet élément premier du rapport de subsidiarité avec la disposition supplétive ?

109. S’agissant par exemple des règles relatives au contrat de travail à temps partiel, l’article L. 3123-20 du Code du travail prévoit qu’ « *une convention ou un accord d’entreprise ou d’établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu peut porter la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires jusqu’au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans le contrat du salarié à temps partiel et calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l’article L. 3121-44* ». Le champ destiné aux dispositions supplétives allègue lui qu’ « *à défaut d’accord prévu à l’article L. 3123-20, le nombre d’heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d’une même semaine ou d’un même mois ou de la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l’article L. 3121-44 ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat et calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement du même article L. 3121-44* »²²⁸. Ce n’est pas ici l’employeur, unilatéralement, qui pourra décider du nombre d’heures complémentaires accomplies par le salarié à défaut d’accord, mais bel et bien la loi qui affirme que ce nombre sera de 1/10ème par rapport à la durée mensuelle de travail du salarié à temps partiel. Ce type de disposition supplétive est différente des dispositions supplétives renvoyant à une autre norme, puisque la loi impose un contenu substantiel précis : s’il n’y a pas d’accord, l’employeur n’a pas la faculté de déterminer lui-même le nombre d’heures complémentaires des salariés à temps partiel. Autre exemple où une disposition supplétive substantielle s’applique à défaut d’accord, à propos de la majoration des heures supplémentaires. L’article L. 3121-33 du Code du travail énonce que qu’un accord d’entreprise ou d’établissement, ou à défaut un accord de branche, peut prévoir, entre autres,

²²⁷ Sur l’utilisation de ce terme, v. F. Bergeron, « L’architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », *op. cit.*, p. 54 : « *Contrairement à certaines dispositions supplétives en matière de durée du travail, qui se contentent de renvoyer à l’auteur habilité à adopter la règle (parties au contrat, employeur), les normes supplétives en matière de négociation obligatoire sont des normes substantielles* ».

²²⁸ C. trav. art. L. 3123-28.

le taux de majoration de ces heures²²⁹. Si aucun accord collectif n'est conclu, « *les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée à l'article L. 3121-27 ou de la durée considérée comme équivalente donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %* »²³⁰. Une disposition qui démontre le choix du législateur d'imposer une disposition supplétive légale fixant un contenu normatif précis. Là encore, l'employeur ne peut déterminer unilatéralement le taux de majoration des heures supplémentaires en l'absence d'accord puisque la loi détaille déjà le régime applicable.

110. Il s'agit de déterminer si le préalable de négociation obligatoire s'applique également concernant ce type de dispositions substantielles, et donc si la subsidiarité de la règle supplétive est de même nature que la subsidiarité de la décision patronale par rapport à la négociation collective. Précisons d'ores et déjà, comme cela a commencé à être fait, qu'en tant que disposition supplétive, les dispositions légales substantielles relèvent aussi de la subsidiarité.

111. Toute règle supplétive étant par définition subsidiaire, les dispositions supplétives fixant un contenu normatif précis sont également subsidiaires de la norme conventionnelle. La question est alors la suivante : la subsidiarité des dispositions légales substantielles est-elle de

²²⁹ C. trav. art. L. 3121-33 : « *I.-Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche :*

1° Prévoit le ou les taux de majoration des heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale ou de la durée considérée comme équivalente. Ce taux ne peut être inférieur à 10 % ;

2° Définit le contingent annuel prévu à l'article L. 3121-30 ;

3° Fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire sous forme de repos prévue au même article L. 3121-30. Cette contrepartie obligatoire ne peut être inférieure à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel mentionné audit article L. 3121-30 pour les entreprises de vingt salariés au plus, et à 100 % de ces mêmes heures pour les entreprises de plus de vingt salariés. L'effectif salarié et le franchissement du seuil de vingt salariés sont déterminés selon les modalités prévues à l'article L. 130-1 du code de la sécurité sociale.

Les heures supplémentaires sont accomplies, dans la limite du contingent annuel applicable dans l'entreprise, après information du comité social et économique.

Les heures supplémentaires sont accomplies, au-delà du contingent annuel applicable dans l'entreprise, après avis du comité social et économique.

II.-Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut également :

1° Prévoir qu'une contrepartie sous forme de repos est accordée au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent ;

2° Prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent.

III.-Une convention ou un accord d'entreprise peut adapter les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement ».

²³⁰ C. trav. art. L. 3121-36.

même nature que celle des dispositions légales non substantielles ? Le lien entre l'élément premier et l'élément subsidiaire dans les cas où le juge a reconnu un préalable de négociation obligatoire est-il le même s'agissant du rapport de subsidiarité avec la disposition supplétive substantielle ? La réponse à cette interrogation, qui traduira la nature des deux subsidiarités mobilisées en fonction du type de supplétivité et la détermination de l'élément premier dans le rapport de subsidiarité avec la disposition supplétive renvoyant à un contenu normatif, permettra de définir clairement le préalable de négociation obligatoire.

112. Au vu des mêmes formulations employées par le législateur, si l'on s'en tient à un argument purement exégétique, l'accord collectif doit aussi prévaloir sur les dispositions supplétives substantielles. En effet, pour reprendre nos deux exemples précédemment cités, les articles L. 3123-28 et L. 3121-36 commencent par utiliser la formule « *à défaut d'accord* ». Cette même terminologie est employée dans les thèmes où le juge a déjà consacré un préalable de négociation obligatoire, donc dans les domaines où les dispositions supplétives renvoient à une autre norme. Il pourrait alors être avancé qu'en vertu de l'exégèse des textes de loi, et des formulations employées par le législateur indistinctement que la disposition supplétive soit substantielle ou pas, la négociation collective soit un préalable obligatoire avant de recourir à la disposition légale fixant le contenu normatif. Cependant, cet argument purement exégétique ne saurait donner satisfaction. Concernant le rapport de subsidiarité existant entre la négociation collective et la décision patronale supplétive, l'élément premier devant être défaillant pour pouvoir faire jouer l'élément subsidiaire est l'aboutissement de la négociation avec les syndicats représentatifs²³¹, aboutissement qui sous-entend en premier lieu la tenue de cette négociation. Or, cela n'est pas le cas à propos de la supplétivité substantielle. Dans ce cas de figure, il n'est pas nécessaire que l'employeur soit entré en négociation avec les syndicats représentatifs : la disposition supplétive (et subsidiaire) substantielle s'appliquera tant qu'aucun accord collectif ne vient fixer un contenu normatif. L'élément premier n'est alors que l'absence d'accord, peu important la raison de cette absence : la disposition légale substantielle pourra s'appliquer non seulement en cas d'échec des négociations, mais aussi dans le cas où aucune négociation n'a eu lieu, dans l'hypothèse où elle n'aurait jamais débuté.

²³¹ Sur la précision de cet élément premier, *supra*. n° 53 et s.

113. Cela signifie, à l'inverse de la supplétivité faisant jouer le renvoi à la décision patronale, que la loi n'incite pas forcément à recourir à l'accord collectif pour fixer par exemple le taux de majoration des heures supplémentaires, ou le nombre d'heures complémentaires accomplies sur la semaine ou sur le mois pour le salarié : l'employeur n'a pas à entrer en négociation de façon loyale pour faire appliquer ces dispositions supplétives, rien ne l'oblige à négocier sur ce point. Dès lors, les négociateurs habituels (l'employeur et les organisations syndicales représentatives) peuvent très bien décider, dans les domaines où la loi a recours à une supplétivité substantielle, de ne rien négocier pour justement appliquer la loi fixant un contenu normatif. Contrairement à ce que révèle l'interprétation téléologique des juges de la Cour de cassation s'agissant de l'articulation entre la négociation collective et la décision patronale, les rapports entre la négociation collective et la disposition supplétive substantielle ne relève pas de la même subsidiarité que la supplétivité non substantielle²³². Pour la première, l'élément premier n'est pas l'aboutissement d'une négociation loyale, qui s'il ne se produit pas (ce qui revient alors à parler d'échec de la négociation, et donc de défaillance de l'élément premier) fait jouer l'élément subsidiaire ; l'élément premier, pour la supplétivité substantielle, est l'existence d'un accord collectif révélant alors une subsidiarité théorique semblable à une alternative. A défaut d'accord, pour quelque raison que ce soit, la disposition supplétive substantielle s'appliquera. Dès lors, la subsidiarité n'a pas la même nature entre l'application d'une règle supplétive non substantielle, consacrant le préalable de négociation obligatoire, et la règle supplétive substantielle. Le type de supplétivité utilisé dans le Code du travail a donc une incidence sur la reconnaissance judiciaire d'un préalable de négociation obligatoire, et ce en raison de la nature différente de l'élément premier du rapport de subsidiarité.

²³² G. Loiseau, « Le préalable de négociation », note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, JSL 19 juin 2019, n° 500 : « Légale, la règle supplétive est appelée à s'appliquer dès l'instant où la situation à laquelle elle se rapporte n'est pas couverte par un accord collectif. Elle constitue moins, par nature, une mesure de remplacement qu'une mesure alternative proposant un traitement uniforme, qui est opératoire tant qu'un accord n'a pas été conclu. La norme patronale ne procède pas du même esprit et ne présente pas le même automatisme. Pensée comme un substitut de la norme conventionnelle, elle ne peut être unilatéralement adoptée que parce qu'un accord collectif, qui avait vocation à se saisir prioritairement de la question, n'a pas été conclu. La démarche induit du coup qu'un processus de négociation ait été engagé par les partenaires sociaux avant de tirer les conséquences de son inaboutissement en laissant la main unilatéralement à l'employeur. Dans les deux cas, la norme pressentie est l'accord collectif, par faveur pour un règlement conventionnel de la situation juridique. Mais son binôme subsidiaire n'a pas le même sens selon qu'il est renvoyé à une règle générale, par hypothèse légale, ou à une règle spéciale, relevant de l'autorité de l'employeur. L'une est dans un rapport d'équivalence avec la norme principale, encore qu'elle ne s'applique que par défaut, ce qui est un moyen de faire une place à la négociation collective. L'autre est dans une relation asymétrique avec la norme conventionnelle à laquelle elle supplée, le droit s'en remettant à l'employeur lorsque la matière implique un traitement spécifique *in concreto* que la règle légale peut difficilement organiser de manière autonome. La décision patronale intervenant alors dans un rang secondaire, elle doit à cette position d'être précédée, au sens propre du terme, par un commencement de négociation, le droit encourageant par ce moyen la conclusion d'un accord ».

114. La chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs avalisé cette théorie, en refusant de reconnaître un préalable de négociation obligatoire à propos de la base de données économiques et sociales (BDES). Une organisation syndicale et le comité social et économique de l'entreprise estimaient qu'à défaut de négociation loyale et sérieuse, la mise en place de cette BDES devait être annulée. La Haute juridiction a alors estimé que comme les articles L. 2312-36 et R. 2312-10 du Code du travail fixe un contenu normatif précis, sans faire référence à une autre norme, alors « *la négociation préalable d'un accord prévu l'article L. 2312-21 du code du travail ne présente pas de caractère obligatoire* »²³³. Cette solution jurisprudentielle est la première à indiquer explicitement qu'il n'y a pas de préalable de négociation obligatoire lorsque la disposition subsidiaire et supplétive est substantielle.

115. Par effet de conséquence, si la supplétivité (et *de facto* la subsidiarité) de la décision par rapport à la négociation collective est une technique de valorisation de cette dernière, une telle affirmation peut être démentie s'agissant de la supplétivité des dispositions légales fixant un contenu normatif précis. Cette absence de valorisation est la conséquence de l'alternative existant en pratique entre le recours à la négociation collective et l'application directe de la norme légale substantielle.

2. Dispositions supplétives substantielles : absence de valorisation de la conventionnalisation

116. A ce stade, un paradoxe semble voir le jour. Si la supplétivité de la loi devait permettre, en balisant le domaine de l'ordre public, d'accroître encore davantage la normativité des accords collectifs, la réalité de la pratique s'avère plus complexe. La normativité de la norme légale est en réalité loin d'avoir disparue en droit du travail, bien au contraire, elle va même - y compris avec l'élosion de la supplétivité - avoir une influence considérable sur le recours à la négociation collective. La première est une conséquence de ce que nous avons déjà énoncé précédemment²³⁴, à savoir la mise en concurrence que le triptyque « *ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives* » a instauré entre les mécanismes de dérogation et de supplétivité. En effet, si le recours à la supplétivité (à la fois supplétivité de la norme légale à la norme conventionnelle, supplétivité de la norme négociée de branche à la

²³³ Cass. soc. 4 octobre 2023, n° 21-25.748, D. actu. 19 octobre 2023, obs. F. Mélin ; Dr. soc. 2023, p. 927, obs. G. François ; RJS 12/2023, n° 652.

²³⁴ *supra*. n° 6 et s.

norme négociée d'entreprise, ou encore supplétivité de la décision patronale à la norme négociée) a quelque peu enlevé son intérêt et son attrait à la dérogation, force est de constater que la conventionnalisation du droit du travail n'a pas réellement été promue par l'émergence de cette supplétivité substantielle, supplétivité spécifique qui va directement créer un contenu normatif dans le Code du travail. D'aucun aurait pu penser que la création de cette architecture en trois temps allait forcément de pair avec l'accroissement de la conventionnalisation du droit du travail, et qu'elle allait même favoriser cet accroissement. Or, pour pouvoir affirmer une telle chose, il faut faire la distinction entre les deux types de supplétivité expliqués jusqu'alors. Avec le préalable de négociation obligatoire que le juge judiciaire a commencé à dégager au travers de quelques exemples jurisprudentiels, on remarque que la supplétivité renvoyant à une autre norme, comme la décision unilatérale de l'employeur, va dans le sens de la conventionnalisation du droit du travail, et donc d'une hausse de normativité de l'accord collectif. En ce qui concerne la supplétivité substantielle, il en va différemment.

117. La première codification du triptyque « ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives » a eu lieu avec la loi du 8 août 2016 en ayant suivi les recommandations du « rapport Combrexelle ». La supplétivité avait véritablement éclos grâce à la loi du 20 août 2008^{235,236}, ce qui coïncidait alors avec la volonté législative de renforcer la normativité de la négociation collective et qui faisait dire à bon nombre de commentateurs que la supplétivité, et sa consécration par le triptyque mis en avant par la loi du 8 août 2016, devaient accompagner la conventionnalisation du droit du travail. En effet, *« l'essor de la règle étatique supplétive aurait pu réaliser un véritable accroissement du champ du négociable si des normes jusque-là indérogeables étaient devenues supplétives de l'accord collectif. Or, un tel mouvement ne s'est pas produit, si ce n'est de façon tout à fait marginale. Tout au plus peut-on citer l'exemple des congés payés. (...) Sans doute, d'autres métamorphoses de ce type de la règle étatique se cachent dans des dispositions s'insérant*

²³⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

²³⁶ « Les facultés de dérogation s'étaient depuis multipliées mais cela ne suffisait visiblement pas, puisque le législateur s'est orienté, avec la loi du 20 août 2008, vers la technique de la supplétivité (de la règle étatique par rapport à l'accord et de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise). La loi Travail du 8 août 2016 a généralisé ce mouvement en matière de durée du travail, de repos et de congés, tout en le rendant plus apparent grâce à l'adoption de l'architecture des normes préconisée par le rapport Combrexelle qui distingue ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives », F. Bergeron, « L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », op. cit., p. 52.

*dans un dispositif plus large. (...) Mais les cas restent limités »*²³⁷. Florence Bergeron montre une nouvelle fois que la supplétivité (mais seulement la supplétivité générale, substantielle) en tout cas dans sa généralisation issue de la loi du 8 août 2016, n'avait nullement facilité le renforcement de normativité de la négociation collective. L'émergence de la supplétivité a certes permis de renouveler le contenu et la nature de l'ordre public en droit du travail²³⁸, mais sans que ce renouvellement ne vienne en contrepartie accroître la conventionnalisation. Dès lors, il devenait on ne peut plus légitime de se demander quel était le véritable intérêt de recourir à un tel mécanisme, alors que la dérogation, remplacée dans bon nombre de thèmes par le mécanisme supplétif, aboutissait jusqu'alors à un résultat sensiblement identique concernant la normativité de la négociation collective²³⁹.

118. Un intérêt qui pourrait s'avérer quelque peu dérisoire, d'autant plus que la seconde influence que nous voulons avancer se matérialise par un effet non plus simplement de *statu quo*, mais bel et bien « désincitatif » s'agissant du recours à la négociation collective. Un effet désincitatif qui crée un paradoxe certain avec le but premier du législateur qui avait en tête originellement de promouvoir la supplétivité de la loi, justement pour promouvoir à son tour la négociation collective. Les auteurs les plus réticents vis-à-vis de ces réformes généralisant le triptyque et le recours à la supplétivité, dans le but de promouvoir la normativité conventionnelle, avaient même commencé à écrire que la supplétivité spéciale, renvoyant à une autre norme, avait également un effet désincitatif sur la négociation collective car l'employeur n'aura aucun intérêt à négocier s'il peut directement aboutir au même résultat par la voie de la décision unilatérale. Une erreur d'analyse, dans la mesure où le juge a fait de la tentative de négociation loyale et sérieuse l'élément premier du rapport de subsidiarité existant avec la décision patronale. En d'autres termes, pour le moment, le juge a

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *supra*. n° 9.

²³⁹ « *Qu'en est-il lorsque la norme d'ordre public dérogeable, cette fois, est devenue supplétive de l'accord collectif ? Prenons l'exemple des dispositions relatives aux taux de majoration des heures supplémentaires. Les taux légaux de 25 ou de 50 %, auxquels il pouvait être dérogé, ne s'appliquent plus qu'en l'absence d'accord. Cette modification s'est-elle accompagnée d'une plus grande marge de manœuvre offerte à l'accord collectif ? La réponse est non. Le taux plancher reste fixé à 10 %. Même chose en matière de dépassement de la durée maximale quotidienne de travail ou de la durée maximale hebdomadaire moyenne de travail : les plafonds (de 12 heures et de 46 heures) n'ont pas été modifiés. Ces exemples – mais il y en a d'autres – montrent que le passage de la technique de la dérogation à celle de la supplétivité, lors de la mise en place du triptyque, a constitué une simple opération cosmétique. D'autant que les contreparties qui pouvaient conditionner, hier, l'acte dérogatoire, peuvent être exigées à l'identique, aujourd'hui, dans le champ ouvert à la négociation collective. C'est le cas lorsque le délai de prévenance de la modification de la répartition de la durée du travail d'un salarié à temps partiel est inférieur à sept jours ouvrés ou lorsque la limite d'heures complémentaires est portée au-delà du dixième de la durée prévue au contrat », ibid.*

obligé l'employeur à passer par la négociation avant de prendre une décision unilatérale, ce qui valorise alors la première. Par conséquent, la négociation collective loyale devient une condition de validité de la décision patronale²⁴⁰.

119. Dès lors, l'effet désincitatif ne peut jouer que concernant le recours aux dispositions supplétives substantielles. Dans l'hypothèse où la disposition légale supplétive fixe un contenu normatif précis (comme c'est par exemple le cas s'agissant de la majoration des heures supplémentaires), c'est du côté des salariés que l'intérêt de recourir à l'accord collectif sera remis en cause, car ces dispositions supplétives seront plus favorables pour les salariés que ce que fixera un accord négocié avec l'employeur. Donc en pratique, il est loin d'être assuré que l'accord collectif soit particulièrement mis en avant du fait de ce mécanisme de la supplétivité fixant un contenu normatif précis, qui a en réalité un effet désincitatif sur tout type d'accord collectif. Même s'il faut tout de même reconnaître que cet effet désincitatif, existant bel et bien dans la pratique, ne concerne pas tous les domaines d'activité. La supplétivité, et plus encore le triptyque, ont permis d'accroître le champ d'application de la négociation collective sur deux thèmes notamment : la négociation - de branche et d'entreprise - obligatoire, et la mise en place du comité social et économique. Autant de domaines où l'instauration du triptyque a considérablement modulé les dispositions d'ordre public, les faisant devenir moins contraignantes, dans l'optique de laisser plus de marge de manœuvre aux négociateurs de branche ou d'entreprise. Concernant la négociation obligatoire d'entreprise, « *les employeurs ont tout intérêt à convaincre les syndicats de conclure un accord, sous peine de devoir négocier tous les ans sur les thèmes en question*²⁴¹. Pour le reste, les négociateurs organisent librement les modalités de la négociation. À défaut d'accord d'adaptation, les modalités supplétives reprennent, pour l'essentiel, des dispositions jusqu'alors d'ordre public »²⁴². Dans cette hypothèse, comme il s'agit de dispositions supplétives substantielles s'appliquant à défaut d'accord, l'employeur fera tout pour

²⁴⁰ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, *op. cit.*, n° 3 : « *c'est la Chambre sociale qui se fait le garant de la priorité voulue par le législateur et donne force à la règle en musclant ses effets : toute décision unilatérale de l'employeur qui ne serait pas précédée d'une tentative loyale et sérieuse de négocier peut être judiciairement annulée et l'employeur se voir enjoindre d'ouvrir une négociation. En clair, le préalable de négociation n'est pas une simple formalité dont l'inexécution engagerait la responsabilité de l'employeur ; c'est une condition de validité de la norme patronale adoptée par défaut* ».

²⁴¹ V. C. trav. art. L. 2242-1 et -2 s'agissant des dispositions d'ordre public ; L. 2242-10, -11 et -12 à propos du champ laissé libre à la négociation ; L. 2242-13 relatif aux dispositions supplétives.

²⁴² F. Bergeron, « L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », *op. cit.*, p. 55.

convaincre les organisations syndicales représentatives d'entrer en négociation. Reste à savoir si ces dernières ont bien un intérêt à entrer en négociation et à conclure un accord d'entreprise, dans la mesure où les dispositions légales supplétives assurent des garanties qui devraient satisfaire la majorité des salariés. Le recours à un cadre supplétif véritablement normatif, en ce sens qu'il contient une directive précise, n'aura pas le même effet, en tout cas - et c'est malheureusement là où le bât blesse - concernant une des deux parties à la négociation, à savoir ici l'employeur. L'effet désincitatif ne s'opèrera pas de la même façon que concernant des dispositions supplétives révélant simplement une forme normative (notamment parce qu'un tel effet a été balayé par le juge judiciaire en reconnaissant l'existence d'un préalable de négociation obligatoire). Dans le cas de la négociation d'entreprise obligatoire, ou de la mise en place du CSE, le champ du négociable a été accru du fait de l'atténuation des dispositions d'ordre public, énonçant des règles moins strictes qu'auparavant²⁴³. Ce n'est donc pas à proprement parler les dispositions supplétives qui permettent, dans ce cas de figure (celui des dispositions supplétives substantielles, et plus précisément du domaine de la négociation obligatoire) à la négociation collective de gagner en normativité. Ce n'est pas non plus l'effacement des dispositions d'ordre public au détriment des modalités supplétives, mais plutôt la recomposition normative du premier niveau du triptyque offrant au deuxième niveau plus de liberté, plus de thèmes susceptibles d'être négociés. En tout état de cause, l'apparition du triptyque, et donc le renforcement de la supplétivité dans le Code du travail aura au moins le mérite de donner plus de prérogatives et de champs d'action à la négociation collective. Pourtant, il n'en reste pas moins que, s'agissant de la supplétivité substantielle, il est possible de penser que les syndicats, représentants des salariés, pourront trouver des arguments ne les incitant pas forcément à entrer en négociation. Une conventionnalisation que la supplétivité substantielle a donc rendu bien théorique, malgré l'élargissement du champ des possibles concernant la négociation obligatoire et la mise en place du comité social et économique²⁴⁴.

²⁴³ On pense ici particulièrement à l'article L. 2242-1 du Code du travail prévoyant que la périodicité minimale de négociation est d'au moins tous les quatre ans, au lieu de trois ans auparavant : « *Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans : 1° Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2° Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail* ».

²⁴⁴ Sur ce dernier point, v. F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », BJT septembre 2018, p. 50.

120. Cette absence de valorisation de la négociation collective est donc accentuée par la non-reconnaissance du préalable de négociation dans le cas où la loi met en oeuvre une disposition supplétive substantielle. Dès lors, si le préalable de négociation ne peut exister que dans les thèmes où il existe des dispositions non substantielles, il faut désormais déterminer, parmi ces dernières, lesquelles permettent la reconnaissance dudit préalable de négociation.

B/ L'incidence du type de norme supplétive non substantielle

121. Une fois écartée la disposition supplétive substantielle comme élément subsidiaire du préalable de négociation obligatoire, l'analyse suivante amène à se demander si toutes les dispositions supplétives non substantielles peuvent constituer l'élément de remplacement de ce mécanisme jurisprudentiel. Pour être encore plus précis, il s'agit de déterminer si le contrat individuel de travail, auquel le législateur fait appel dans plusieurs thèmes du Code du travail, est une norme subsidiaire au même titre que la décision unilatérale de l'employeur. Dès lors, dans les thèmes où la loi énonce qu' « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord collectif, les stipulations du contrat de travail doivent s'appliquer, comment interpréter ces deux notions ? Par analogie avec la décision unilatérale de l'employeur, comme le juge judiciaire a déjà commencé à le faire, révélant alors le préalable de négociation ? Ou alors plutôt comme une subsidiarité simplement théorique, où l'absence d'accord peut tout aussi bien s'avérer être une absence totale de négociation collective ? Afin de répondre à ces interrogations, il est intéressant de se demander s'il existe une hiérarchie entre les normes, non-seulement entre les conventions et accords collectifs et la décision unilatérale (1), mais aussi entre ces mêmes accords et le contrat de travail du salarié (2).

1. La décision unilatérale comme norme subsidiaire du préalable de négociation

122. Certes, la jurisprudence a déjà reconnu un préalable de négociation obligatoire dans quelques domaines où le législateur avait recours à la décision patronale à défaut d'accord. Cette reconnaissance s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel visant à faire de la norme conventionnelle une norme prévalant sur la norme unilatérale (a). La nullité de cette dernière et le pouvoir du juge judiciaire de forcer l'employeur à entrer en négociation sont autant d'indices renforçant la primauté de la négociation collective (b).

a) Un mouvement jurisprudentiel faisant primer la norme conventionnelle

123. Pour que la jurisprudence dégage un préalable de négociation obligatoire dans plusieurs cas de figure, il a fallu relever un rapport hiérarchique entre la négociation collective et la décision patronale. Le législateur, à l'origine du mouvement de conventionnalisation du droit du travail, a souhaité accroître la normativité des accords collectifs, bien plus que celle de la décision unilatérale. De surcroît, quand existe un conflit entre ces deux normes, la jurisprudence, déjà influencée par la conventionnalisation, a favorisé la norme conventionnelle. En effet, comme le souligne Grégoire Loiseau, la « *différence de rang entre la norme négociée et la norme patronale se manifeste aussi par la préférence donnée à l'accord collectif lorsque l'avantage qu'il instaure fait également l'objet d'un engagement unilatéral de l'employeur. La Cour de cassation décide alors que l'adoption de l'accord collectif a pour effet de mettre fin à l'engagement unilatéral ayant le même objet, et ce sans même qu'il soit besoin de procéder à la dénonciation de celui-ci* »²⁴⁵. De nombreux exemples jurisprudentiels vont dans ce sens²⁴⁶, témoignant de la primauté ancienne de l'accord collectif sur l'engagement unilatéral de l'employeur ou sur l'usage d'entreprise. C'est le cas d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 décembre 1990, énonçant « *que l'usage étant, par nature, supplétif de la volonté des parties, il peut être mis fin à un usage par une convention collective* »²⁴⁷, ou encore, d'une solution en date du 9 juillet 1996, mentionnant encore plus explicitement que lorsqu' « *un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu dans l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin cet usage, sans qu'une dénonciation régulière soit nécessaire* »²⁴⁸. La primauté de l'accord collectif sur norme unilatérale se fait aussi ressentir par un autre type de solution prétorienne, interdisant à l'engagement unilatéral ayant le même objet que l'accord collectif de se substituer aux avantages prévus par ce dernier²⁴⁹. En outre, les pouvoirs que le juge s'octroie pour faire

²⁴⁵ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 6.

²⁴⁶ Cass. soc. 5 mars 1997, n° 95-42.396, RJS 4/97 n° 443, Bull. civ. V n° 92 ; Cass. soc. 28 janvier 1998, n° 95-45.220, Bull. civ. V n° 50 ; Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 04-42.792, RJS 5/06 n° 610 ; Cass. soc. 10 mars 2010, n° 08-44.950 ; Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 10-24.529, RJS 12/12 n° 976, Bull. civ. V n° 247, JCP S 2012, 1540, note J. Daniel ; Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-25.463.

²⁴⁷ Cass. soc. 19 décembre 1990, n° 87-43.868, D. 1991, p. 36 ; RJS 1991, p. 121, n° 224.

²⁴⁸ Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 93-40.865, Dr. soc. 1996, p. 983, obs. J. Savatier ; RJS 1996, p. 611, n° 954.

²⁴⁹ « *Si l'employeur peut, par un engagement unilatéral, accorder des avantages supplémentaires à ceux résultant d'une convention ou d'un accord collectif de travail, il ne peut substituer à ces avantages conventionnels des avantages différents* », Cass. soc. 4 février 2015, n° 13-28.034, RJS 4/15 n° 298 ; Bull. civ. V n° 21 ; JCP S 2016, 1146, note T. Lahalle ; BJT 2015, p. 210 obs. F. Bergeron.

respecter ce préalable de négociation témoigne là encore de la volonté de faire primer la négociation collective sur la décision patronale.

b) La sanction judiciaire comme indice de la primauté de la norme conventionnelle

124. Dans l'arrêt précité du 17 avril 2019, le juge judiciaire se réserve le droit d'annuler la décision unilatérale qu'aurait pris l'employeur en méconnaissance de l'obligation de procéder à une négociation préalable : « *Ayant constaté l'absence de toute tentative de négociation, le tribunal d'instance a retenu exactement que la décision unilatérale de l'employeur devait être annulée, sans que le directeur n'ait à se prononcer sur le nombre et le périmètre des établissements distincts tant que des négociations n'auraient pas été préalablement engagées, et qu'il a fait injonction à l'employeur d'ouvrir ces négociations* »²⁵⁰. On constate également que le tribunal d'instance, dans ce cas d'espèce, après avoir prononcé la nullité de la décision patronale, peut enjoindre l'employeur d'ouvrir des négociations. Le rôle du juge judiciaire est donc immense, puisqu'il « *se fait le garant de la priorité voulue par le législateur et donne force à la règle en musclant ses effets : toute décision unilatérale de l'employeur qui ne serait pas précédée d'une tentative loyale et sérieuse de négocier peut être judiciairement annulée et l'employeur se voir enjoindre d'ouvrir une négociation* »²⁵¹. Dès lors, si la chambre sociale de la Cour de cassation permet d'annuler la décision patronale si une tentative de négociation loyale et sérieuse n'a pas eu lieu, il faut voir en cette tentative une condition de validité de la décision unilatérale de l'employeur²⁵². En effet, au stade de la formation d'un acte juridique, quel qu'il soit, s'il manque une condition empêchant sa formation, l'acte est alors nul, il est réputé n'avoir jamais existé, la nullité étant par définition une sanction rétroactive. C'est bien parce que le juge, en l'espèce, a énoncé qu'il avait la capacité d'annuler la décision unilatérale de l'employeur, qu'il fait de la négociation collective une condition de validité de celle-ci. A l'inverse, s'il avait simplement prononcé la résiliation, ou encore engagé la responsabilité personnelle de la partie patronale, il aurait implicitement reconnu que

²⁵⁰ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

²⁵¹ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 8.

²⁵² « Le préalable de négociation n'est pas, du coup, une simple formalité dont l'inexécution engagerait la responsabilité de l'employeur ; c'est une condition de validité de la norme patronale adoptée par défaut. Cela suffit à lui donner, en soi, une allure de principe puisque l'employeur est incité à engager une négociation loyale pour se prémunir contre le risque d'invalidation de sa décision. Cette sécurisation de la décision patronale, qui devient inutile dès l'instant où des exceptions sont expressément dégagées, est en outre plus ou moins pressante selon le degré de probabilité qu'il soit dérogé au principe », *ibid.*

l'absence de tentative loyale de négociation n'a pas d'incidence sur la formation de l'acte, en l'occurrence de la décision unilatérale. Cela aurait « simplement » eu une incidence sur son exécution, ce qui n'aurait alors pas fait de la négociation collective une condition de validité de cette dernière²⁵³. En outre, concernant le régime juridique de cette nullité, celle-ci devrait pouvoir être demandée par toute personne ayant un intérêt à agir dans un délai de cinq ans, conformément aux règles de droit commun²⁵⁴.

125. De surcroît, la nullité proclamée par le juge judiciaire n'est pas la seule sanction possible contre la décision unilatérale qui ne respecterait pas sa condition de validité qu'est la négociation préalable. Comme l'a souligné un auteur, « *rien n'empêche un salarié, qui se voit opposer ladite décision unilatérale, de se prévaloir, lors d'un litige individuel, de l'ilégalité de celle-ci, par voie d'exception. Dans ce cas, le salarié est en droit de soulever cette ilégalité sans condition de délai, c'est-à-dire même après le délai de prescription de l'action en nullité de la décision unilatérale (si sa demande suppose le paiement de sommes ayant un caractère salarial, le salarié ne pourra néanmoins obtenir le paiement de salaire au-delà du délai de prescription triennale)* »²⁵⁵.

²⁵³ Sur cette question de la sanction applicable selon que l'on se positionne au stade de la formation ou de l'exécution de l'acte juridique, v. La problématique de la détermination du prix dans un contrat : est-ce une condition de validité du contrat ? La Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre commerciale du 11 octobre 1978 (Cass. com. 11 octobre 1978, n° 77-11.624), a étendu le domaine de la nullité pour indétermination du prix à tout contrat engendant pour l'une des parties un obligation pécuniaire en contrepartie d'une prestation quelconque. Tout contrat engendant pour l'une des parties une obligation de payer une somme d'argent en contrepartie d'une prestation pouvait être menacé d'annulation pour indétermination du prix, ce qui pouvait alors amené, pour certains, à une « *l'extension illimitée du domaine de la nullité pour indétermination du prix* », la fixation du prix étant une condition de validité du contrat : ce n'est donc si une résiliation ni l'octroi de dommages-intérêts qui pouvaient venir sanctionner l'indétermination du prix. La Cour de cassation a d'abord fondé ses solutions sur l'article 1591 du Code civil puis sur l'article 1129 du Code civil exigeant que l'objet de l'obligation soit déterminé au moyen d'une interprétation extensive de cet article, en assimilant le prix à la chose. En exigeant que le contrat cadre (par exemple, les contrats de vente de carburants, les contrats de distribution, les contrats cadre de fourniture...) doit comporter un prix déterminé ou déterminable, par des éléments indépendants de la volonté des parties, la Cour de cassation gênait les relations commerciales et la conclusion de contrats à long terme. Dans quatre arrêts rendus en 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que sauf dispositions particulières (comme pour le contrat de vente par exemple), l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable, que pose l'article 1129 ancien du Code civil, ne s'applique pas à la détermination du prix et n'est pas une condition de validité du contrat cadre. Ainsi, le contrat est valable même si le prix est déterminable en fonction d'éléments qui dépendent de la volonté unilatérale d'un contractant (Cass. ass. plén. 1er décembre 1995, n° 91-15.578, 91-15.999, 91-19.653, 93-13.688). Avant ce revirement la chambre commerciale de la Cour de cassation, devant les critiques doctrinales et la résistance de certains juges du fond, avait tenté de limiter le domaine de l'exigence de détermination du prix en l'appliquant uniquement aux « contrats engendant essentiellement des obligations de donner » (Cass. com. 9 novembre 1987, n° 86-13.984 ; Cass. com. 22 janvier 1991, n° 88-15.961). Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur est venu contrecarrer ses arrêts de 1995, affirmant que dans contrats autres que ceux visés à l'article 1164 et 1165 du Code civil, relatifs aux contrats-cadres et aux contrats de prestation de service, le prix doit être déterminé ou déterminable, ce qui en fait bel et bien une condition de validité, et donc qui entraînera la nullité du contrat s'il fait défaut.

²⁵⁴ C. civ. art. 2224.

²⁵⁵ G. François, « Echec des négociations et décision unilatérale », BJT juillet 2022, p. 48.

126. Force est de constater que le phénomène de conventionnalisation du droit du travail, permet ici au juge d'étendre ses prérogatives, en se reconnaissant un pouvoir : le pouvoir de faire de la tentative loyale de négociation une condition de mise en oeuvre de la décision unilatérale, et donc de prononcer la nullité de l'engagement invalide pris par l'employeur. Aucune concurrence ne peut alors exister entre la négociation collective et les prérogatives du juge judiciaire. Ce dernier se met, au contraire, au service de la négociation collective en la faisant primer sur l'engagement unilatéral de l'employeur. Pour ce faire, il s'octroie de nouveaux pouvoirs à propos de la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire et de la détermination de son régime juridique, et de celui des dispositions supplétives en découlant. Le juge de l'ordre judiciaire ne devrait en revanche pas reconnaître un préalable de négociation obligatoire lorsque le législateur fait référence au contrat de travail comme norme supplétive et subsidiaire.

2. Subsidiarité du contrat de travail : absence de préalable de négociation

127. Cette primauté de la norme conventionnelle par rapport à la norme unilatérale, présente depuis déjà de nombreuses années dans la jurisprudence de la Cour de cassation, existe-t-elle aussi entre ladite norme conventionnelle et la norme contractuelle ? La réponse est nécessairement négative. Régie par le principe de faveur, l'articulation entre les accords collectifs et les contrats de travail ne révèlent pas une supériorité hiérarchique des premiers sur les derniers. Même si depuis quelques années, le mouvement de conventionnalisation du droit du travail a supplanté celui de contractualisation²⁵⁶, il n'en demeure pas moins que le contrat de travail individuel reste un socle protecteur pour les salariés, qui ne peuvent pas se voir imposer des stipulations conventionnelles qui leur seraient moins favorables²⁵⁷. Cette solution est bien connue : il faut l'accord express du salarié pour pouvoir modifier son contrat de travail, ce qui signifie qu'un accord collectif ne peut pas venir se substituer aux stipulations contractuelles²⁵⁸, et que si tel était le cas, cela justifierait une prise d'acte ou une

²⁵⁶ Sur ce terme, v. A. Donnette, *La contractualisation du droit du travail*, op. cit.

²⁵⁷ Sauf en cas d'accord de performance collective, *infra*. n° 371 et s.

²⁵⁸ Cass. soc. 8 octobre 1987, *Raquin*, D. 1988, p. 57, note Y. Saint-Jours, Dr. soc. 1988, p. 135, note J. Savatier ; Cass. soc. 10 juillet 1996, n° 93-40.966, Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. Blaise.

résiliation judiciaire du contrat de travail, qui s'analyserait alors en un licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁵⁹.

128. Ces solutions, pourtant largement entérinées dans notre droit positif, ont dû être rappelées récemment, dans deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Haute juridiction. Le premier, en date du 15 septembre 2021, est venu rappeler le principe selon lequel un accord collectif ne pouvait venir modifier la structure de la rémunération d'un salarié sans recueillir son accord²⁶⁰. Plus intéressant encore est un arrêt en date 16 février 2022. Dans ce cas d'espèce, une société avait conclu un accord collectif de droit commun à propos de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). L'employeur s'était alors engagé à ne pas procéder à des licenciements pour motif économique pendant la durée de l'accord, à la condition que les salariés occupant certains emplois soumis à des pertes de marché devraient éventuellement accepter les aménagements relatifs à la durée du travail, à ses modalités d'organisation et de répartition, à la rémunération et au lieu de travail. Un syndicat représentatif dans l'entreprise a de fait saisi le tribunal de grande instance pour demander l'annulation de cette disposition conventionnelle. Si l'employeur estimait lui que la nature de l'accord (accord conclu dans le cadre d'une négociation triennale sur la GPEC) justifiait le recours à de tels licenciements économiques, les juges du fond lui ont donné tort, tout comme les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation. Ces derniers font une application classique et pédagogique du principe de faveur, affirmant qu'il « *résulte de l'article L. 2254-1 du code du travail qu'un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail. (...) Il en résulte que, sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut suspendre les clauses contractuelles des contrats de travail qui lui seraient contraires* »²⁶¹. Dès lors, un accord collectif ne peut déroger de façon moins favorable au contrat individuel de travail sans l'accord du salarié ; de plus, si le salarié refuse cette modification qui proviendrait de la norme conventionnelle, cela ne peut évidemment pas justifier son licenciement, y compris dans le cadre d'un accord sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

²⁵⁹ Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, D. actu. 25 juin 2014, obs. W. Fraisse ; D. 2014, p. 1628, note L. Driguez ; *ibid.* 2015, p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; Dr. soc. 2015, p. 206, chron. S. Tournaux ; RDT 2014, p. 447, étude P. Flores.

²⁶⁰ Cass. soc. 15 septembre 2021, n° 19-15.732, D. actu. 30 septembre 2021, obs. L. Malfettes ; Dr. soc. 2022, p. 89, obs. L. Bento de Carvalho ; RJS 12/2021, n° 670.

²⁶¹ Cass. soc. 16 février 2022, n° 20-17.644, D. actu. 7 mars 2022, obs. L. Malfettes.

129. Cette solution continue alors d'assurer le respect du principe de faveur dans l'articulation entre accords collectifs et contrats de travail. La conventionnalisation du droit du travail n'a pas encore permis aux conventions et accords collectifs d'avoir une primauté totale sur les stipulations contractuelles : « *L'arrêt du 16 février 2022 permet ainsi de préserver la cohérence de la construction jurisprudentielle initiée au début des années 1990 sur le terrain des rapports entre accord collectif et contrat de travail. Si celle-ci a pu se voir chahuter par les évolutions législatives de ces dernières années visant les rapports particuliers que le contrat de travail entretient avec l'accord collectif, le principe jurisprudentiel se trouve aujourd'hui totalement préservé en présence d'un accord collectif de droit commun* »²⁶².

130. L'articulation entre la négociation collective et le contrat de travail, en se résolvant encore selon l'article L. 2254-1 du Code du travail mettant en oeuvre le principe de faveur, ne dévoile aucune primauté de la norme conventionnelle. Dès lors, la supplétivité dressée dans un certain nombre de thèmes présents dans le Code du travail ne devrait pas être envisagée de la même manière que celle existante entre les accords collectifs, et « *à défaut* », la décision unilatérale de l'employeur. S'il existe une subsidiarité entre l'accord collectif et le contrat de travail, elle n'est pas de même nature que celle révélant le préalable de négociation. En effet, à l'instar de la subsidiarité entre l'accord collectif et les dispositions supplétives substantielles, celle entre ledit accord et le contrat de travail est également totalement théorique, dans la mesure où il faut comprendre les expressions « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord comme une absence inconditionnée d'accord, que la négociation ait eu lieu ou pas. Reste alors au juge judiciaire à se prononcer sur l'absence de préalable de négociation obligatoire lorsque la disposition supplétive met en jeu le contrat de travail, comme il l'a fait lorsque la disposition supplétive est substantielle²⁶³.

131. C'est dans des domaines relatifs au temps de travail que le choix de la disposition supplétive applicable à défaut d'accord s'est porté sur le contrat de travail. C'est le cas notamment de la rémunération des temps de pause et de restauration, ou encore de la détermination de la contrepartie au temps d'habillage et de déshabillage à verser aux salariés.

²⁶² L. Malfettes, « Accord de GPEC : pas de dérogation aux causes de licenciement », obs. sous Cass. soc. 16 février 2022, n° 20-17.644, D. actu. 7 mars 2022.

²⁶³ Cass. soc. 4 octobre 2023, n° 21-25.748, préc.

Pour le premier de ces thèmes, l'article L. 3121-6 du Code du travail prévoit bel et bien qu'une « *convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir une rémunération des temps de restauration et de pause mentionnés à l'article L. 3121-2, même lorsque ceux-ci ne sont pas reconnus comme du temps de travail effectif* ». L'article L. 3121-7 du même Code énonce lui qu'une « *convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche prévoit soit d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage mentionnés à l'article L. 3121-3, soit d'assimiler ces temps à du temps de travail effectif* ». Ces deux articles appartenant au champ de la négociation collective, l'article suivant énonce les dispositions supplétives : « *A défaut d'accords prévus aux articles L. 3121-6 et L. 3121-7 : 1° Le contrat de travail peut fixer la rémunération des temps de restauration et de pause ; 2° Le contrat de travail prévoit soit d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage mentionnés à l'article L. 3121-3, soit d'assimiler ces temps à du temps de travail effectif* »²⁶⁴. Dans ces différents thèmes, le recours au contrat de travail dénote donc, selon nous, d'une subsidiarité théorique : si le contrat de travail prévoit d'ores et déjà d'accorder des contreparties au temps d'habillage et de déshabillage, ou la rémunération des temps de pause et de restauration, il sera inutile d'engager des négociations entre employeur et syndicats représentatifs (sauf à prévoir des dispositions plus favorables pour les salariés). De plus, il semblerait que rien n'oblige l'employeur à négocier avec les délégués syndicaux avant de prévoir dans le contrat individuel les contreparties et la rémunération. Si aucune négociation n'a eu lieu sur ces différents points, l'employeur devra alors présenter la rémunération des temps de pause et de restauration et les contreparties au temps d'habillage et de déshabillage dans le contrat du travail du salarié. Cette hypothèse est donc envisagée en raison de l'absence de primauté de la norme conventionnelle sur la norme contractuelle. Dans les thèmes où le législateur a prévu un recours au contrat de travail à défaut d'accord, il n'avait nullement la volonté de valoriser la négociation collective : la disposition supplétive, dans un tel cas de figure, révèle en réalité une alternative pour l'employeur, qui peut décider de négocier, ou décider de prévoir ladite rémunération ou lesdites contreparties directement dans le contrat de travail de chaque salarié.

²⁶⁴ C. trav. art. L. 3121-8, 1° et 2°.

132. En conclusion, si la reconnaissance du préalable de négociation a déjà débuté lorsque la disposition supplétive et subsidiaire est une décision unilatérale de l'employeur, la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur la nature de la subsidiarité du contrat de travail par rapport à l'accord collectif. En s'en tenant aux formulations employées par le législateur et pour lesquelles le juge judiciaire a déjà affirmé qu'elles signifiaient que la négociation collective était hiérarchiquement supérieure à la décision patronale, qui se veut alors subsidiaire²⁶⁵, il est vrai que le recours au contrat individuel de travail devrait également être subsidiaire de l'accord collectif. Si telle est la volonté législative, on peut regretter l'utilisation du contrat de travail dans une poignée de domaines relatifs au temps de travail. La généralisation du recours à la décision unilatérale comme disposition supplétive-subsidiaire aurait au moins eu le mérite de la cohérence, de l'harmonisation, et donc de la simplification.

133. A l'inverse de l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail, celle entre la norme conventionnelle et la norme unilatérale traduit un rapport hiérarchique à la faveur de la négociation collective. Ce rapport hiérarchique a fini par révéler un préalable de négociation obligatoire, qui se défini par la subsidiarité de la décision patronale sur la tenue d'une négociation de droit commun loyale et sérieuse. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation n'a pas généralisé ce préalable de négociation. La primauté de la norme conventionnelle par rapport à la décision unilatérale de l'employeur qui a été sans cesse rappelée par les juges de la chambre sociale lorsqu'ils ont revendiqué l'existence de ce mécanisme, « *ne permet pas, même si elle laisse entendre qu'on puisse s'y référer dans d'autres matières, d'en inférer une règle générale* »²⁶⁶.

Paragraphe 2 : L'incidence des thèmes de la décision patronale sur la reconnaissance du préalable de négociation

134. Afin de finaliser la précision du domaine du préalable de négociation, il est souhaitable de se demander si tous les thèmes du Code du travail se référant à une décision unilatérale en

²⁶⁵ Sur l'aménagement pluri-hebdomadaire du temps de travail, v. c. trav. art. L. 3121-44 et L. 3121-45 et Cass. soc. 16 décembre 2014, n° 13-14.558, préc. ; sur le préalable de négociation concernant la mise en place de CSE d'établissements, v. c. trav. art. L. 2313-4 et Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc. ; sur le préalable de négociation concernant la mise en place du vote électronique, v. c. trav. art. L. 2314-26 et R. 2314-5 et Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

²⁶⁶ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 4.

tant que norme supplétive mettent en oeuvre ce mécanisme. Il a déjà été démontré que le préalable de négociation obligatoire ne pouvait jouer que dans l'hypothèse où l'élément subsidiaire est une décision patronale. Mais est-ce à dire que chaque recours à celle-ci « *à défaut* » ou « *en l'absence* » d'accord révèle une obligation pour l'employeur de recourir en premier lieu à une négociation de droit commun menée de façon loyale et sérieuse ? Un premier critère de distinction peut voir le jour, selon que le législateur opte pour la subordination de la décision unilatérale à l'avis du CSE (A). En réalité, il faut conseiller au législateur d'intervenir afin de généraliser la rédaction révélant un préalable de négociation obligatoire, et non pas d'établir une grille de lecture selon les thèmes recourant à la décision unilatérale de l'employeur. Cette étude propose, dans une poignée de domaines où la décision patronale est subsidiaire de la négociation collective, des modèles d'articles de loi (B).

A/ Une possible distinction selon le recours à l'avis du CSE

135. De prime abord, l'étude des différents domaines pour lesquels le législateur fait appel à la décision unilatérale de l'employeur à défaut d'accord est nécessaire. Il faut dans un premier temps se demander si dans tous les domaines articulés sous la forme du triptyque « dispositions d'ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives », le juge judiciaire aura vocation à reconnaître le préalable de négociation obligatoire, avant de recourir à la décision patronale, faisant office de norme supplétive-subsidiaire. La généralisation de cette architecture laissait déjà entendre que le législateur voulait renforcer la conventionnalisation, et *de facto* accroître la normativité de la négociation collective et des accords collectifs. Dès lors, en suivant ce raisonnement et en continuant de sonder la volonté du législateur, il semble évident que lorsque c'est la décision patronale qui se présente dans le dernier échelon du triptyque, la prévalence de la négociation collective sur la décision unilatérale ne fasse aucun doute, et traduise par conséquent le préalable de négociation obligatoire. C'est ce que préconise Grégoire Loiseau lorsqu'il avance que des « *indices peuvent certes aider à détecter la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective, spécialement quand les textes font appel à la méthode du triptyque pour prioriser l'adoption d'un accord collectif. La détermination des contreparties lorsque le temps de déplacement professionnel dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu de travail habituel, la mise en place des astreintes, (...) relèvent ainsi chacun du champ ouvert à la négociation collective. Il pourrait s'en inférer que la décision unilatérale de*

l'employeur, rendue possible au titre des dispositions supplétives, devrait être précédée d'une tentative de négociation loyale »²⁶⁷. Pour autant, l'auteur ajoute immédiatement que l' « indice tiré de l'articulation des normes au moyen du triptyque fait toutefois long feu, car il ne peut être tiré de son absence un moindre intérêt du législateur pour un traitement négocié de la situation juridique. La prise en compte de l'intention du législateur ne peut donc, dans ces conditions, constituer à elle seule une directive fiable pour rendre prévisibles les exceptions susceptibles d'être apportées à l'obligation préalable de négocier »²⁶⁸. Il faut alors en conclure que si l'architecture triadique du Code du travail fait primer la norme conventionnelle sur la norme unilatérale lorsque c'est celle-ci qui est applicable à défaut d'accord, l'absence du triptyque ne signifie pas que le juge ne reconnaîtra pas un préalable de négociation. Il existe en effet des situations où la décision unilatérale de l'employeur est subsidiaire sans être issue du troisième niveau du triptyque, et les développements suivants consisteront à se demander si le préalable de négociation obligatoire peut être reconnu dans un tel cas de figure.

136. L'exemple du recours au télétravail est intéressant à plus d'un titre. Non seulement les dispositions de l'article L. 1222-9 du Code du travail n'appartiennent pas au triptyque et ne relèvent donc pas du troisième échelon intitulé « *dispositions supplétives* », mais en plus elles subordonnent la charte de l'employeur à défaut d'accord à l'avis du comité social et économique²⁶⁹. Tout d'abord, le fait que le recours à la charte de l'employeur ne provienne pas d'un article de loi inséré dans le troisième échelon du triptyque ne doit nullement empêcher la reconnaissance d'un préalable de négociation. Le juge judiciaire a déjà établi ce mécanisme dans les deux arrêts précités, à propos du périmètre de mise en place des établissements distincts²⁷⁰ et du recours au vote électronique²⁷¹, alors que ni l'article L. 2313-4 du Code du travail, ni l'article L. 2314-26 du même code ne sont insérés dans le triptyque. Par analogie, le fait que la charte de l'employeur pour recourir au télétravail ne soit

²⁶⁷ G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 10.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ C. trav. art. L. 1222-9, I., al. 3 : « *Le télétravail est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe* ».

²⁷⁰ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, préc.

²⁷¹ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, préc.

pas une « *disposition supplétive* » selon l'architecture tripartite du Code du travail n'empêche pas la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire.

137. En revanche, le fait que l'article L. 1222-9 précité prévoit que la charte de l'employeur est subordonnée à l'avis du CSE permet d'émettre plus de doutes sur la reconnaissance dudit préalable. En effet, en instituant le recours aux institutions représentatives du personnel dans la décision patronale, la prévalence de la norme conventionnelle pourrait être remise en cause. Si les juges de la chambre sociale de la Haute juridiction ont interprété les dispositions légales mettant en oeuvre la décision patronale, sans aucune condition, à défaut d'accord collectif, de façon à reconnaître la primauté de ce dernier par la création du préalable de négociation, le fait que la décision unilatérale soit conditionnée à la consultation du comité social et économique pourrait traduire dans l'esprit du juge judiciaire une équivalence. La primauté de la négociation collective sur la décision unilatérale de l'employeur n'est plus à démontrer, surtout depuis la conventionnalisation du droit du travail. Mais alors, quel serait le but de subordonner la validité de cette décision patronale à un avis des membres de la délégation du personnel ? Peut-être faire de cette dernière une norme qui n'est pas hiérarchiquement inférieure aux conventions et accords collectifs. Il est en tout cas permis de le penser, dans la mesure où l'avis du comité social et économique permet « *d'associer la collectivité des salariés, par le truchement de leurs représentants élus, au processus décisionnel et à l'élaboration de la norme susceptible d'être adoptée en l'« absence » ou à « défaut » d'accord* »²⁷². Au même titre que la norme conventionnelle, la décision unilatérale de l'employeur qui doit, pour être valide, recourir à l'avis de CSE, fait participer les salariés *via* leurs représentants. On pourrait alors voir dans tous les domaines - et ils sont nombreux²⁷³ - instaurant cette condition à la décision patronale une exception à la reconnaissance du

²⁷² G. Loiseau, « Le préalable de négociation », *op. cit.*, n° 10.

²⁷³ « *Les hypothèses sont nombreuses dans lesquelles le législateur impose une consultation du comité social et économique sur la norme qu'il permet à l'employeur d'adopter en l'« absence » ou à « défaut » d'accord collectif : consultation sur la détermination des mesures adéquates et pertinentes de correction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ; consultation sur la charte relative au télétravail ; consultation sur la définition des critères d'ordre des licenciements ; consultation sur le document unilatéral élaboré par l'employeur pour déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre de licenciements économiques collectifs ; consultation sur la charte sur la déconnexion ; consultation sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés ; consultation sur la détermination par l'employeur des contreparties lorsque le temps de déplacement professionnel dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu de travail habituel ; consultation sur la définition par l'employeur de la période de prise des congés et de l'ordre des départs ; consultation sur la mise en place d'horaires à temps partiel ; consultation sur la mise en place des astreintes ; consultation sur les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité ; consultation sur la décision de recourir au travail le dimanche, laquelle doit également être approuvée par référendum organisé auprès des personnels avant de servir de base à l'autorisation du préfet ; consultation sur la prise en charge des frais de transports personnels* », *ibid.*

préalable de négociation. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que cet avis n'est qu'indicatif : l'employeur doit certes consulter le comité social et économique, mais il n'est en rien tenu par ce qu'il aura décidé. Par conséquent, étant « *sans incidence sur la mise en œuvre de la norme que l'employeur déciderait d'appliquer, cette formalité ne comble pas l'écart entre l'accord collectif et la norme patronale et ne justifie donc pas de les envisager, de manière évidente, dans un rapport d'équivalence* »²⁷⁴. Il n'en reste pas moins qu'une différence de régime pourrait être mise en exergue par le juge judiciaire entre la décision unilatérale qui n'a pas besoin de recueillir l'avis des institutions représentatives du personnel, et celle nécessitant leur consultation. Le juge pourrait alors décider, une nouvelle fois par une interprétation téléologique, que la volonté du législateur serait de ne reconnaître aucune supériorité hiérarchique entre les accords collectifs et la décision unilatérale de l'employeur subordonnée à l'avis du CSE. Dans ce cas, tous les thèmes du Code du travail prévoyant une décision patronale conditionnée à l'avis indicatif du comité social et économique à défaut d'accord collectif ne témoigneraient d'aucun préalable de négociation obligatoire. Mais cette hypothèse semble difficile à envisager.

B/ Nécessité d'une intervention législative

138. Il n'existe encore à ce jour aucune grille de lecture qui permettrait d'affirmer avec certitude que tel ou tel domaine révèle un préalable de négociation. Le juge judiciaire, après l'avoir reconnu au cas par cas, n'a ni généralisé le mécanisme, ni exclu explicitement certains thèmes de son champ d'application. A l'heure actuelle, il a donc dégagé une interprétation de la norme légale révélant la prévalence de la norme conventionnelle sur la norme patronale, qui, à n'en pas douter, ne cessera d'être dupliquée dans tous les domaines où la décision unilatérale de l'employeur est envisagée comme une norme subsidiaire à l'accord collectif - et plus précisément à la négociation de droit commun loyale et sérieuse.

Pour ce faire, le législateur se devra d'intervenir afin de simplifier la rédaction des articles existants dans le but d'éviter toute confusion sur l'existence ou non d'un préalable de négociation obligatoire dans tel ou tel thème. Voici, à ce titre, quelques propositions d'articles

²⁷⁴ *Ibid.*

du Code du travail²⁷⁵ modifiés²⁷⁶, évitant toute confusion quant à la mise en oeuvre de la décision patronale à défaut de négociation loyale et sérieuse :

- Article L. 1142-9, al. 1er : « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque les résultats obtenus par l'entreprise au regard des indicateurs mentionnés à l'article L. 1142-8 se situent en-deçà d'un niveau défini par décret, la négociation sur l'égalité professionnelle prévue au 2° de l'article L. 2242-1 porte également sur les mesures adéquates et pertinentes de correction et, le cas échéant, sur la programmation, annuelle ou pluriannuelle, de mesures financières de rattrapage salarial. En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses portant sur de telles mesures, celles-ci sont déterminées par décision de l'employeur, après consultation du comité social et économique. La décision est déposée auprès de l'autorité administrative dans les mêmes conditions que le plan d'action mentionné à l'article L. 2242-3. L'autorité administrative peut présenter des observations sur les mesures prévues par l'accord ou la décision de l'employeur* ».
- Article L. 1222-9, I., al. 3 : « *Le télétravail est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, en cas d'échec des négociations loyales et sérieuses, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe* ».
- Article L. 1233-5, al. 4 et 5 : « *Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif. En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses, ce périmètre peut être fixé unilatéralement par l'employeur sans qu'il ne soit inférieur à celui de chaque zone d'emplois dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emplois* ».
- Article L. 1233-24-4 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de la conclusion d'un accord mentionné à l'article L. 1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité social et économique fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* ».

²⁷⁵ Les propositions d'articles sont classées selon leur numéro dans le Code du travail.

²⁷⁶ Les propositions de modifications apparaissent en gras.

- Article L. 2242-17, 7° : « *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques*- Article L. 2281-11, al. 1er : « *Dans les entreprises où aucun délégué syndical n'a été désigné ou dans lesquelles un accord portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie et des conditions de travail n'a pas été conclu suite à la tenue de négociations loyales et sérieuses, l'employeur consulte le comité social et économique sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés*- Article L. 2313-4 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord mentionné à l'article L. 2313-2, ou à l'article L. 2313-3, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel*- Article L. 3121-8 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord prévu aux articles L. 3121-6 et L. 3121-7 :*
1° *Le contrat de travail peut fixer la rémunération des temps de restauration et de pause ; (...)* ».
- Article L. 3121-12 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord prévu à l'article L. 3121-11 :*
1° *Le mode d'organisation des astreintes et leur compensation sont fixés par l'employeur, après avis du comité social et économique, et après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail ; (...)* ».

- Article L. 3121-45 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord* mentionné à l'article L. 3121-44, l'employeur peut, dans des conditions fixées par décret, mettre en place une répartition sur plusieurs semaines de la durée du travail, dans la limite de neuf semaines pour les entreprises employant moins de cinquante salariés et dans la limite de quatre semaines pour les entreprises de cinquante salariés et plus ».

- Article L. 3121-65 : « *I.- En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord* mentionné aux 1^o et 2^o du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1^o L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

(...)

II.- En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord prévu au 3^o du II de l'article L. 3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7^o de l'article L. 2242-17 ».

- Article L. 3123-26, al. 1 et 3 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure une* convention ou accord collectif, des horaires à temps partiel peuvent être pratiqués à l'initiative de l'employeur, après avis du comité social et économique. (...)

En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure une convention ou accord collectif, le salarié peut demander à bénéficier d'un poste à temps partiel, dans des conditions fixées par voie réglementaire ».

- Article L. 3132-25-3, I., al. 1 et 3 : « *I.- Les autorisations* prévues à l'article L. 3132-20 sont accordées au vu d'un accord collectif ou, *en cas d'échec des négociations loyales et sérieuses*, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après référendum. (...)

En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses, les autorisations sont accordées au vu d'une décision unilatérale de l'employeur, prise après avis du comité social et économique,

s'il existe, approuvée par référendum organisé auprès des personnels concernés par cette dérogation au repos dominical. (...) ».

- Article L. 3133-3-2 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure un accord mentionné à l'article L. 3133-3-1, l'employeur fixe les jours fériés chômés* ».

- Article L. 3133-12 : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure une convention ou un accord collectif mentionné à l'article L. 3133-11, les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité sont définies par l'employeur, après consultation du comité social et économique* ».

- Article L. 3141-16, 1° : « *En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses en vue de conclure une convention ou un accord collectif mentionné à l'article L. 3141-15, l'employeur :*

1° Définit après avis, le cas échéant, du comité social et économique :

*a) La période de prise des congés ;
(...) ».*

- Article L. 3261-4 : « *Le montant, les modalités et les critères d'attribution de la prise en charge des frais mentionnés aux articles L. 3261-3 et L. 3261-3-1 sont déterminés par accord d'entreprise ou par accord interentreprises, et à défaut par accord de branche. En cas d'échec des négociations loyales et sérieuses, la prise en charge de ces frais est mise en œuvre par décision unilatérale de l'employeur, après consultation du comité social et économique, s'il existe* ».

Conclusion du Chapitre 1

139. Le juge judiciaire a interprété les articles de loi prévoyant qu'à défaut ou en l'absence d'accord collectif, une décision unilatérale de l'employeur était applicable. Cette interprétation légale a permis de dégager la primauté de la négociation collective sur la décision patronale, qui n'est que subsidiaire et supplétive de la tentative de négociation loyale et sérieuse. Ce n'est qu'en cas d'échec des négociations entre l'employeur et les partenaires sociaux que la décision patronale aura vocation à s'appliquer. En revanche, le mécanisme du préalable de négociation obligatoire ne joue nullement lorsque la disposition supplétive fait référence au contrat de travail, en raison de l'alternative existant entre les deux normes. Il en va de même lorsque la disposition supplétive est substantielle, c'est-à-dire lorsque c'est la loi qui fixe directement le contenu de la règle applicable en l'absence d'accord collectif. Dans ces deux cas de figure, la subsidiarité/supplétivité de la norme, tantôt le contrat, tantôt la loi, n'est que théorique : le simple fait qu'aucun accord collectif ne soit conclu, peu importe la raison, suffit à légitimer le recours au contrat individuel ou à la disposition légale substantielle. Seule la supplétivité de la DUE permet, dans un tel contexte, de valoriser la négociation collective par le biais du préalable de négociation obligatoire. Toujours lors de la phase de négociation, la détermination de l'exigence de la loyauté valorise également la conventionnalisation.

Chapitre 2 : **La valorisation jurisprudentielle** **par la consolidation du principe de loyauté**

140. La loyauté contractuelle, principe fondamental que l'on retrouve dans différentes branches du droit, doit également se retrouver en droit du travail²⁷⁷. De par une négociation de plus en plus présente en la matière, le principe de loyauté a dû se développer, car si l'accord collectif est une norme originale, il emprunte aussi au droit des contrats²⁷⁸. Dès lors, existe-t-il un principe de loyauté spécifique au droit du travail et plus particulièrement au droit de la négociation collective²⁷⁹, ou les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation (seuls compétents en ce qui concerne la loyauté des négociations) doivent-ils se référer à des notions connues en droit des obligations et en droit des contrats, comme la bonne foi contractuelle du nouvel article 1104 du Code civil²⁸⁰? Selon certains auteurs, il ne serait nullement besoin de faire appel à des notions générales que sont la bonne foi ou l'équité : il existe dans le Code du travail français des dispositions propres qui rendraient l'emprunt au droit général des contrats tout bonnement inutile.

141. Le principe de loyauté applicable au droit du travail et plus particulièrement à la négociation collective, a été explicité avec pédagogie par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 mars 2017²⁸¹. Les magistrats du Quai de l'Horloge sont venus encadrer les cas où la nullité de l'accord était encourue en raison d'un défaut de loyauté dans

²⁷⁷ Sur la loyauté dans les relations individuelles de travail, v. B. Bossu, « Loyauté et contrat de travail », intervention lors du colloque organisé à Avignon sur « Droit et loyauté », 10 octobre 2014, D. 2015, coll. Thèmes et Commentaires ; L. Amic, *La loyauté dans les relations du travail*, Thèse, Avignon, 2014.

²⁷⁸ G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », Dr. soc. 2019, p. 524.

²⁷⁹ Sur la loyauté de la négociation collective, v. F. Guiomard, « Nullité de l'accord collectif en l'absence de loyauté dans la négociation collective », D. 2008, Panorama, p. 448 ; M. Miné, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », Travail et Emploi, n° 84, octobre 2000, p. 47 ; M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », Dr. soc. 2008, p. 24 ; J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », Dr. ouv. 1997, p. 496 ; F. Petit, « La loyauté dans le dialogue social », intervention lors du colloque organisé à Avignon sur « Droit et loyauté », 10 octobre 2014, D. 2015, coll. Thèmes et Commentaires ; M.-A. Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, p. 496 et s., v. égal. du même auteur, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », obs. sous Cass. soc. 10 octobre 2007, RDT 2008, p. 188.

²⁸⁰ C. civ. art. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

²⁸¹ Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-18.080.

la négociation collective. Ils énoncent « *que la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci* ». La nullité est donc encourue dans ces hypothèses témoignant d'une violation de l'exigence de loyauté de la négociation entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives. De fait, cet arrêt, en relatant les cas de nullité, vient préciser l'étendue du principe de loyauté. Cet arrêt est à ce jour l'aboutissement de jurisprudences foisonnantes, témoignant de la solidité de la construction jurisprudentielle en la matière (**Section 1**). Cette reconnaissance prétorienne, traduisant un principe originellement envisagé de façon négative, visant à sanctionner les comportements contraires à la loyauté, a été complétée par les apports du législateur. La principale révolution législative fait également la promotion de la norme conventionnelle, en généralisant le recours aux accords de méthode. Ces derniers se font alors les témoins de l'utilité du renfort conventionnel s'agissant du principe de loyauté de la négociation (**Section 2**).

Section 1 :

La solidité de la construction jurisprudentielle

142. Au fil du temps, le juge judiciaire est venu façonner le régime juridique de la négociation collective, notamment concernant la loyauté de la procédure de négociation. Si le législateur a eu la volonté de conventionnaliser le droit du travail, le contrôle du juge sur la loyauté de la négociation témoigne, de par la multiplicité des exigences prétoriennes, de l'accompagnement de ce mouvement de conventionnalisation. En effet, en définissant et en solidifiant le régime juridique de la loyauté de la négociation, le juge judiciaire vient augmenter la légitimité des accords collectifs conclus. Ce durcissement jurisprudentiel de l'application du principe de loyauté de la négociation était d'ailleurs inévitable ; originellement, le législateur a façonné un régime juridique pour le moins insuffisant (Paragraphe 1). C'est pour cette raison que la jurisprudence est venue remédier à ces insuffisances, ce qui a eu pour conséquence d'obliger le législateur à prendre de nouvelles dispositions (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un régime juridique d'origine légale insuffisant

143. A l'instar de la légitimité renforcée des négociateurs et des accords, la conventionnalisation a forcé le juge judiciaire à solidifier l'application du principe de loyauté de la négociation collective tout particulièrement d'entreprise²⁸². C'est ce que constate Madame Laurence Pécaut-Rivolier : « *La différence aujourd'hui c'est que les partenaires sociaux ont désormais une marge de liberté extrêmement importante sur le contenu des accords, puisque la plupart des règles n'ont plus le caractère d'ordre public. Cela veut dire que le contrôle du juge ne peut plus être celui d'un censeur quant aux choix effectués par les signataires de l'accord au regard des règles impératives à respecter. Mais alors il doit renforcer sa vigilance pour s'assurer que ces clauses ont été signées dans des conditions qui permettent de garantir la décision libre et éclairée des négociateurs. Et là, toutes les questions de loyauté de la négociation deviennent absolument essentielles, qu'elles portent sur les informations échangées, la réalité du dialogue et les conditions de signature. (...) On peut penser qu'en soumettant les conditions de la négociation à un contrôle approfondi, le juge prend un pouvoir d'autant plus grand que ce contrôle ne repose pas sur des textes précis mais sur des principes. Mais je crois fondamentalement que ces principes sont suffisamment évidents pour que la décision du juge soit, non pas comme certains semblent le craindre, une décision subjective, mais au contraire une décision de bon sens, parfaitement comprise par tous*

²⁸³.

144. Cependant, le phénomène de conventionnalisation ne peut être le seul facteur de construction jurisprudentielle du principe de loyauté. Si le juge s'est emparé de cette problématique, c'est parce que la loi ne s'y était pas suffisamment attardée, et quand elle a voulu esquisser des prémisses d'exigence de loyauté de la négociation collective, elle l'a fait de façon peu satisfaisante. En parallèle de la volonté législative de promouvoir la négociation

²⁸² « *L'accent mis ces dernières années sur la négociation collective d'entreprise et sur la création de normes à ce niveau confère à la question de la loyauté du comportement des négociateurs une importance cruciale. En effet, les risques d'un échange inégal augmentent, à la mesure de l'hétérogénéité des entreprises appelées à négocier, au regard de l'existence ou non des traditions de négociations, de la structuration et de l'expérience des organisations soutenant les négociateurs salariés tout comme des conseils dont bénéficient les négociateurs patronaux* », M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 47 et s.

²⁸³ Discussion avec L. Pécaut-Rivolier, « Le juge et le dialogue social », in F. Géa et A. Stévenot (dir.), *Le dialogue social, l'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 271.

collective²⁸⁴, les dispositions permettant d'encadrer le processus de cette négociation n'ont pas répondu aux attentes. En effet, « *la loi « fait silence » pour de nombreuses questions touchant à ce processus* »²⁸⁵, bien que le professeur Jean Pélassier ait très tôt remarqué que « *les rares réponses législatives apparaissent comme « des manifestations de l'exigence de bonne foi »* »²⁸⁶. Le terme de bonne foi, d'origine civiliste, a laissé la place en droit du travail au principe de loyauté de la négociation collective²⁸⁷, mais cela n'a pas empêché la loi travailliste d'être à l'origine extrêmement lapidaire sur le sujet. Il ne s'agira pas ici de dresser un panel de l'ensemble des dispositions légales traitant originellement de l'exigence de loyauté de la négociation, mais bien plutôt de voir, au travers de quelques exemples, en quoi le législateur n'a pas pris tout de suite la mesure de l'encadrement du processus de négociation collective.

145. L'ancien article L. 135-3 du Code du travail faisait expressément référence à la loyauté, en mentionnant que « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord collectif de travail, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale* ». Si cet article fut le premier à citer l'exigence de loyauté, deux écueils peuvent être immédiatement avancés : il ne traite que de « *l'exécution loyale* » de l'accord collectif, et non pas de toute la phase de négociation collective entendue au sens large, et ne définit en rien ce terme de loyauté. En outre, sans être explicitement mentionnée, l'obligation de loyauté de la négociation collective imprégnait le Code du travail en ce qui concerne la négociation à proprement parler. A ce titre, l'ancien article L. 132-19 obligeait l'employeur à convoquer tous les syndicats représentatifs aux réunions de négociation, en vertu du principe

²⁸⁴ 284 « *De 1500 à 2000 accords conclus au cours des années 1982, le nombre... dépasse les 7000 en 1994* », Rapport de G. Naulin au CES sur *La prévention et la résolution des conflits du travail*, 1998, éd. JO. En 2021, le nombre d'accord d'entreprise était de 76820 d'après la Direction Générale du Travail.

²⁸⁵ M. Miné, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 47.

²⁸⁶ J. Pélassier, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 496, cité par M. Miné, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 47.

²⁸⁷ V. en ce sens G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », Dalloz, 1975, chron. 24 et 36. Les termes de bonne foi et de loyauté sont utilisés, par bon nombre d'auteurs, comme des synonymes : v. en ce sens J. Ghastin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993, p. 140-145 : « *Cette obligation de loyauté imprègne d'ailleurs le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi* », avant d'ajouter que « *la bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence, à partir des usages ou plus généralement des bonnes pratiques contractuelles* » ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 6ème éd., 1998, spéc. n° 285 : « *On parle aussi bien de bonne foi que d'obligation de loyauté* ».

de loyauté. L'article L. 132-27 ancien prévoyait, dans le même ordre d'idée, que l'employeur ne pouvait écarter une organisation syndicale représentative non signataire de la réunion de révision d'un accord collectif, si la négociation portait sur la durée effective, l'organisation du temps de travail et les salaires effectifs. En ce qui concerne la signature de l'accord collectif, l'article L. 431-5 ancien du Code du travail laissait « *un délai d'examen suffisant* » au comité d'entreprise avant de rendre son avis : là encore, c'est l'idée de loyauté qui sous-tend ce délai de réflexion offert aux représentants syndicaux avant de signer un accord, en ayant le temps de consulter les institutions représentatives du personnel.

146. Les prémisses de l'exigence de négociation loyale et sérieuse ont assez tôt existé dans les différentes dispositions du Code du travail²⁸⁸. Il n'empêche qu'elles ont longtemps demeuré bien trop éparses et lacunaires. Cette insuffisance législative a laissé tout le soin à la jurisprudence des magistrats de la Cour de cassation de solidifier le régime de la loyauté de la négociation collective. Grâce à l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire visant à valoriser et à légitimer la conventionnalisation par le durcissement du principe de loyauté de la négociation collective, le législateur s'est ensuite de plus en plus (et de mieux en mieux) emparé de cette question, pour dégager de véritables obligations spéciales de loyauté.

Paragraphe 2 : Un solide apport jurisprudentiel à l'origine des obligations spéciales de loyauté

147. La nécessité de solidifier l'exigence de loyauté de la négociation collective a de prime abord été comprise par le juge judiciaire. La construction, et de fait le durcissement du régime juridique entourant ce principe, ont permis au juge d'en contrôler l'application. Ce contrôle du respect de la loyauté de toute la phase de négociation, débute bien évidemment par un contrôle de la convocation des négociateurs (A), avant de se poursuivre par un contrôle de la transmission des informations (B) et de finir par un contrôle des modalités et de la finalisation de cette négociation de l'accord (C). Ces différentes règles jurisprudentielles ont alors obligé le législateur à pallier ses prémisses légales insuffisantes en dégageant des obligations spéciales de loyauté de la négociation collective (D).

²⁸⁸ Sans oublier le recours aux accords de méthode, déjà présent à l'époque : « *Le législateur a prévu à l'article L. 132-22 du Code du travail que les partenaires sociaux de l'entreprise concluent un « accord de méthode » sur plusieurs points essentiels du processus de négociation : l'objet, la périodicité et les informations nécessaires* », M. Miné, « La loyauté dans le processus de la négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 54.

A/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans la convocation des négociateurs

148. Chronologiquement, avant l'étape de la convocation des organisations syndicales représentatives à la table des négociations, vient celle de l'élection professionnelle visant à élire les membres au comité social et économique et à déterminer lesdits syndicats. Néanmoins, si le juge judiciaire a largement construit le régime de la loyauté des élections professionnelles²⁸⁹, cette phase ne concerne pas directement la négociation collective, tout comme l'articulation entre la consultation des instances représentatives du personnel et la négociation des accords avec les organisations syndicales²⁹⁰.

149. En revanche, le juge judiciaire doit contrôler la loyauté de la participation des négociateurs. Cela nécessite par conséquent l'obligation d'inviter toutes ces organisations syndicales à la négociation. C'est la loi qui a généralisé cette obligation de convocation de toutes les organisations syndicales, par l'article L. 2231-1 pour l'accord de branche, et L. 2232-16 pour l'accord d'entreprise. Le juge a également confirmé cette généralisation, tout en précisant la sanction touchant l'employeur qui n'a pas convoqué tous les syndicats représentatifs aux différentes réunions consacrées à la négociation d'entreprise. Cette

²⁸⁹ Sur ce point, v. not. G. François, « L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral », JCP S, obs. sous Cass. soc. 12 juin 2012, 1261, v. en ce sens la position du Conseil d'Etat : CE 16 décembre 2008, req. n° 317162, AJDA 2009, p. 1308, chron. M. Lieber et D. Botteghi. V. Dans le même sens Cass. soc. 28 mars 2012, n° 11-16.141, B. Inès, « Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles », D. actu. 15 mai 2012. V. égal. Cass. soc. 13 octobre 2010, n° 09-60233, Bull. 2010, V, n° 224, « Elections professionnelles : modification de la liste entre les deux tours », D. 2010, p. 2523 ; Cass. soc. 18 décembre 1991, n° 90-60.490 et 90-60.492, Bull. civ. 1991, V, n° 596, p. 370, F. Petit, « La propagande électorale dans l'entreprise », JCP S 2009, 1222, p. 18 ; Cass. soc. 13 février 2008, n° 07-60.097, Bull. 2008, V, n° 37, S. Maillard-Pinon, « Nullité des élections professionnelles en l'absence de désignation du président du bureau de vote », D. actu. 3 mars 2008 ; G. François, « Contestation portant sur la régularité des opérations électorales et compétence territoriale du juge judiciaire », note sous Cass. soc. 11 mars 2020, BJT mai 2020, p. 36 et s.

²⁹⁰ Les institutions représentatives, jusqu'à la loi Rebsamen du 17 août 2015, devaient être obligatoirement consultés sur tout projet d'accord entrant dans le champ des consultations récurrentes et ponctuelles. C'est ce qu'était venu consacrer un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, en date du 5 mai 1998 (n° 96-13.498, Bull. civ. V, n° 219, RJS 6/98, n° 750, p. 435). Cette jurisprudence a donc été abandonnée. L'ancien article L. 2323-2 du Code du travail prévoyait que les « projets d'accord collectif, leur révision ou leur négociation ne sont pas soumis à l'avis du comité d'entreprise ». L'abrogation ne signifie pas pour autant que la consultation doit renaître. Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017 et la fusion des institutions représentatives du personnel, le Code du travail prévoit expressément les consultations récurrentes et ponctuelles du comité social et économique (sur les consultations récurrentes du CSE, v. c. trav. art. L. 2312-17 à L. 2312-36. Sur les consultations ponctuelles du CSE, v. c. trav. art. L. 2312-37 à L. 2312-58), ce qui rend inutile l'article L. 2232-2, logiquement abrogé.

sanction est basée sur le fondement d'une discrimination, puisqu'un arrêt du 13 juillet 1988²⁹¹ parle de faire respecter « *l'égalité de traitement entre toutes les organisations syndicales représentatives* ».

150. On constate que la sanction est cette fois la nullité de l'accord qui serait négocié dans ces conditions, et ce que la négociation soit obligatoire ou facultative²⁹². La jurisprudence confirme la portée générale de l'obligation, et un auteur révèle d'ailleurs à ce sujet que l'arrêt du 10 mai 1995 « *est rendu en visant l'article L. 132-19 C. trav. [L. 2232-16 nouveau] placé dans la sous-section 1 « dispositions générales », les dispositions concernant spécialement la négociation annuelle obligatoire étant placées dans une sous-section 2* »²⁹³. De plus, le juge est venu préciser, dans la droite ligne de son rôle de garant du régime juridique de la loyauté des négociations, que même des syndicats représentatifs mais non signataires peuvent agir en nullité de l'accord s'ils invoquent une nullité absolue²⁹⁴. En outre, le principal apport jurisprudentiel dans cette matière provient sans doute de l'arrêt du 26 mars 2002²⁹⁵. Avant cette date, l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives ne portait que sur la négociation de l'accord initial, et non sur l'avenant de révision. Pour ce dernier cas, l'employeur ne pouvait inviter que les organisations syndicales signataires. Avec cet arrêt, l'employeur est tenu de toutes les inviter pour négocier un avenant de révision, solution généralisée à l'accord de branche par la chambre sociale le 17 septembre 2003²⁹⁶.

151. Le juge a donc cherché à encadrer cette procédure complexe qu'est la révision. La jurisprudence est venue garantir la loyauté de la participation de tous les négociateurs, en

²⁹¹ Cass. soc. 13 juillet 1988, n° 86-16.302, Bull. civ. 1988, V, n° 454, p. 291 ; D. 1989, somm. p. 202, note J. Goineau ; cité par M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 47 et s.

²⁹² Cass. soc. 10 mai 1995, n° 92-43.822, RJS 6/95, n° 676 : « *l'accord collectif n'était pas valable, dès lors que l'organisation syndicale dont il était le délégué n'avait pas été invitée à participer à sa négociation* ».

²⁹³ J. Pelissier, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 496. Pour la réitération de la solution, v. Cass. soc. 9 février 2000, Liaisons sociales 28 février 2000, n° 663.

²⁹⁴ Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 95-13.010.

²⁹⁵ Cass. soc 26 mars 2002, n° 00-17.231, Bull. civ. V, n° 107, p. 115, RJS 6/02, n° 704 ; Dr. soc. 2002, p. 617, note M.-L. Morin. V. égal. F. Petit, « De la négociation à la conclusion d'un avenant portant révision d'un accord collectif », D. 2002, n° 49, p. 3231 ; J.-M. Olivier, « Est nul l'accord de révision négocié avec les seuls syndicats signataires de l'accord révisé », TPS, juin 2002, p. 16.

²⁹⁶ Cass. soc. 17 septembre 2003, n° 01-10.706, Bull. civ. V, n° 240, p. 249 ; RJS 11/2003, n° 1297 ; D. 2004, somm. p. 388, obs. I. Odoul-Asorey ; JCP E 2004. II, 513, obs. S. Darmaisin.

ordonnant à l'employeur d'inviter tous les syndicats représentatifs, et plus seulement les syndicats signataires de l'accord initial.

B/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans la transmission des informations

152. La transmission des informations nécessaires à la loyauté de la négociation s'avère différente selon qu'il s'agisse d'une négociation de droit commun (1) ou d'une négociation substitutive (2).

1. La transmission des informations lors d'une négociation de droit commun

153. En ce qui concerne le contenu de la négociation, plusieurs domaines sont à distinguer. On peut étudier en premier lieu l'obligation préalable d'information des organisations syndicales représentatives. Si la loi s'est emparée de cette question²⁹⁷ - de façon quelque peu laconique -, le rôle de la jurisprudence fut prépondérant. Avant l'ordonnance du 12 mars 2007²⁹⁸, cette dernière n'était que l'apanage du juge judiciaire en ce qui concerne la loyauté dans la désignation des négociateurs, la loyauté dans la convocation de toutes les organisations syndicales²⁹⁹ et donc maintenant dans la loyauté de l'information nécessaire aux syndicats. Le juge, en dégageant un véritable régime juridique, a donc « forcé » le législateur à s'emparer du principe de loyauté, notamment pour légiférer sur cette obligation d'information à la charge de l'employeur. En effet, comme le souligne Madame Laurence Pécaut-Rivolier, « *il faut, pour que les accords puissent être le moins contestables possible, qu'une vigilance particulière soit assurée sur la sincérité de l'information ayant permis, en amont, de négocier l'accord* »³⁰⁰. Cette « *vigilance particulière* » fut alors portée par le juge judiciaire, notamment par « *un arrêt de principe du 13 mai 2009*³⁰¹, intervenu en matière de

²⁹⁷ *supra*. n° 138 et s.

²⁹⁸ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative).

²⁹⁹ *supra*. n° 143 et s.

³⁰⁰ L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », JCP S 2016, 1300.

³⁰¹ Cass. soc. 13 mai 2009, n° 08-60.530, Bull. civ. V, n° 130.

protocole préélectoral »³⁰². Dans cette affaire, « la Cour de cassation a affirmé que la confidentialité n'était pas une justification à l'absence de communication des informations nécessaires à une négociation loyale et que par conséquent, dans le cas où l'échec de la négociation est lié au défaut d'information, cet échec est strictement imputable à l'employeur. Cette position de principe a été rappelée dans une décision du 5 janvier 2016³⁰³, dans laquelle la Cour de cassation a précisé que l'employeur pouvait seulement, si les documents à communiquer contenaient des éléments confidentiels dont la connaissance n'était pas nécessaire dans le cadre de la négociation, expurger ces éléments »³⁰⁴. Pourtant, cette obligation d'information, à la charge de l'employeur, n'est que très (trop) peu encadrée³⁰⁵, tout du moins en l'absence d'accord de méthode³⁰⁶, sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

154. La transmission des informations dans l'hypothèse d'une négociation substitutive laisse place à davantage d'interrogations qui restent aujourd'hui sans réponses.

2. La transmission des informations lors d'une négociation substitutive

155. En l'absence de délégués syndicaux, ou encore lorsque l'accord n'a pas été signé par des syndicats représentatifs ayant recueilli plus de 50% des voix au premier tour des élections professionnelles, mais plus de 30%, l'article L. 2232-12 du Code du travail prévoit que les

³⁰² L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *op. cit.*

³⁰³ Cass. soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, JCP S 2016, 1069, note B. Gauriau ; JCP G 2016, act. p. 86, note D. Corrigan-Carsin ; RDT 2016, p. 73, note A. Moulinier ; RJS 2016, n° 194.

³⁰⁴ L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *op. cit.*

³⁰⁵ La jurisprudence est donc venue déterminer avec de plus amples précisions ce qu'il fallait entendre par « *tentative loyale de négociation* » : v. par exemple Kerbourc'h J.-Y., note sous Cass. soc. 17 avril 2019 n° 18-22.948, JCP S 2019, 1172. Sur le même thème, v. G. François, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », BJT avril 2020, p. 39 et s.

³⁰⁶ L'accord de méthode a été mis en place par le législateur par la loi du 8 août 2016 dans le but, entre autres, de concrétiser cette obligation de transmission des informations d'origine jurisprudentielle. Sur l'intérêt d'un tel accord, *infra*. n° 171 et s.

salariés peuvent être directement consultés³⁰⁷. Mais qu'en est-il des informations nécessaires aux salariés pour rendre leur décision en toute connaissance de cause ? La même interrogation se pose concernant les articles L. 2232-21, L. 2232-23-1, L. 2232-24 et L. 2232-25 du Code du travail. Le premier est relatif au référendum des salariés dans les entreprises de moins de 11 salariés. Il mentionne simplement un délai de quinze jours à compter de la communication du projet d'accord aux salariés : « *La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord* »³⁰⁸. Le deuxième a trait à la conclusion d'un accord dans les entreprises de 11 à 49 salariés avec un salarié mandaté ou un membre de la délégation du personnel en l'absence de délégués syndicaux³⁰⁹. Les deux derniers articles traitent également de la possibilité de conclure un accord d'entreprise, mais dans les entreprises de 50 salariés et plus : la signature de l'accord est alors possible avec un élu du comité social et économique mandaté, ou à défaut un élu non-mandaté, ou s'il n'y a pas d'élus, avec un salarié mandaté³¹⁰. Dans ces différents domaines, le législateur n'aurait-il pas dû clarifier davantage la question de la transmission des informations aux salariés, afin de solidifier l'accord potentiellement adopté ? Autant de situations où le juge pourrait venir interpréter et compléter la loi en exigeant une certaine loyauté dans la transmission du projet d'accord, loyauté qui passerait par la communication d'informations absolument essentielles

³⁰⁷ C. trav. art. L. 2232-12, al. 1, 2 et 3 : « *La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.*

Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations.

Si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 % mentionné au premier alinéa et si les conditions mentionnées au deuxième alinéa sont toujours remplies, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois ».

³⁰⁸ C. trav. art. L. 2232-21, préc.

³⁰⁹ C. trav. art. L. 2232-23-1, préc.

³¹⁰ C. trav. art. L. 2232-24 et -25, préc.

pour que les salariés, les élus ou les salariés mandatés puissent voter ou conclure l'accord de façon éclairée³¹¹.

156. Plusieurs propositions peuvent être faites pour renforcer la loyauté de la négociation substitutive - et par conséquent sa légitimité - en ce qui concerne la transmission des informations aux différents acteurs. La première et la plus efficace serait évidemment la conclusion en amont d'un accord de méthode. Sans entrer dans le détail du contenu d'un tel accord, que nous détaillerons dans la section suivante, rappelons qu' « *il est absolument indispensable que les négociateurs disposent de certaines informations avant toute négociation (sur l'objectif que l'employeur poursuit, le calendrier des négociations, etc.), pour qu'elle puisse s'accomplir dans des conditions de loyauté et qu'elle ait des chances d'aboutir à un texte équilibré. Cela est d'autant plus nécessaire, nous semble-t-il, lorsque la négociation porte sur un thème technique, ce qui est souvent le cas, par exemple, « en matière de temps de travail, de contrat de travail ou de conditions de travail, [où les accords collectifs] amènent au tréfonds de la complexité du code du travail »*³¹². Il ne serait pas trop compliqué, de notre point de vue, d'imposer la négociation d'un accord de méthode pour les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés »³¹³. C'est d'ailleurs ce que préconise l'article L. 2232-29 du Code du travail dans son dernier alinéa : « *les informations à remettre aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur* ». Avec une telle formulation, on peut penser que le législateur instaure une véritable obligation de conclure un accord de méthode afin que dans les entreprises de 11 à 49 salariés, ainsi que dans celles de 50 salariés et plus, la transmission des informations aux acteurs substitutifs soit véritablement encadrée. Dès lors, nous ne saurions que trop conseiller au juge de l'ordre judiciaire d'interpréter cette disposition légale de façon à ce que l'accord de méthode, dans le cas d'une négociation substitutive dans les entreprises comptant 11 salariés ou plus, soit obligatoire. Il faudra alors que la sanction du défaut d'accord de méthode soit suffisamment dissuasive pour que les employeurs engagent de façon effective la négociation d'un tel accord.

³¹¹ V. en ce sens : G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (2nde partie) », Dr. soc. 2019, p. 1066. V. égal. du même auteur, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », Dr. soc. 2019, p. 956.

³¹² J.-D. Combrelle, « La négociation collective, le travail et l'emploi », France Stratégie, 9 sept. 2015, p. 49.

³¹³ G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (2nde partie) », *op. cit.*, p. 10.

157. La transmission des informations nécessaires à la négociation dans les entreprises de moins de 11 salariés est encore plus complexe. En effet, l'article L. 2232-29 ne leur est pas applicable, ce qui laisse planer encore plus de doutes sur la communication des informations en vue de ratifier le projet d'accord élaboré unilatéralement par l'employeur. Le professeur Paul-Henri Antonmattei regrette que la technique du mandatement ne soit pas reprise par le législateur dans les entreprises de moins de 11 salariés : « *En revanche, il n'y a aucune exigence de cet ordre pour le projet d'accord approuvé à la majorité des deux tiers du personnel. Voilà qui est pour le moins surprenant car c'est bien pour ce dispositif que l'on aurait dû imposer certaines de ces exigences* »³¹⁴. Une modification du Code du travail est attendu sur ce point, afin de réintégrer le mandatement des salariés dans une telle hypothèse. Le recours au mandatement de salariés par des organisations syndicales représentatives permettrait d'appliquer l'article L. 2232-29 du Code du travail aux entreprises de moins de 11 salariés, et donc de procéder à une véritable négociation en ayant certaines garanties légales, « *à savoir : indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ; élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ; concertation avec les salariés à certains stades de la négociation pour qu'ils en connaissent l'avancement ainsi que le contenu ; faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche* »³¹⁵. Sans oublier ce que nous appelons de nos voeux et que le juge est en mesure d'exiger : l'obligation de conclure un accord de méthode prévoyant la transmission et le contenu des informations, ainsi que les modalités de la négociation.

C/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans les modalités et la finalisation de la négociation

158. Le principal apport jurisprudentiel relatif aux modalités de la négociation concerne la prohibition des négociations séparées (1). Par ailleurs, la phase encadrant les modalités de la négociation doit se distinguer de la finalisation de cette dernière (2).

³¹⁴ P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *op. cit.*, p. 198 et s.

³¹⁵ G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (2nde partie) », *op. cit.*, p. 10.

1. La loyauté par la prohibition des négociations séparées

159. Si la prohibition des négociations séparées induit logiquement l'obligation de négocier (a), elle met surtout en exergue l'obligation de négociations simultanées avec toutes les organisations syndicales. Un principe dont la portée doit cependant être nuancée (b).

a) L'obligation de négocier

160. La loyauté dans l'élaboration de l'acte conventionnel se matérialise aussi par l'obligation de négocier³¹⁶. Les parties doivent donc formuler des propositions et des contrepropositions motivées. Là encore, il existe des fondements textuels à cette obligation, qui sont les deux mêmes qu'évoqués précédemment concernant la négociation obligatoire de branche et d'entreprise. En pratique, ce sera souvent l'employeur qui initiera le dialogue en formulant une proposition, pouvant donner lieu à des contrepropositions des organisations syndicales. S'il existe des fondements textuels, le juge a bien en amont contrôlé cet aspect de la loyauté des négociations : un arrêt de la chambre sociale du 9 juillet 1996³¹⁷ permet de dégager deux conséquences. La première, c'est que la loyauté de la négociation collective

³¹⁶ L'obligation de négocier a d'ailleurs connu un nouveau souffle en raison de l'épidémie de Covid-19 qui a obligé le monde de l'entreprise à s'adapter. En premier lieu en favorisant davantage la négociation collective, et par conséquent en adaptant cette négociation collective. En effet, si les mesures prises par le gouvernement en place au moment de la crise sanitaire sont muettes dans le contenu concernant la phase de négociation des accords collectifs, il semblerait que rien ne puisse empêcher la négociation à distance, soit en télé- ou audio-négociation, autrement dit par visio- ou audio-conférence, dans l'optique de respecter toutes les mesures barrières indispensables pour protéger la santé de chacun dans un tel contexte épidémique. De ce fait, à « moins de considérer, à la suite de certains et au regard de la rédaction large de l'ordonnance n° 2020-389 du 1er avril, que, « dans la mesure où la visioconférence, la conférence téléphonique et la messagerie instantanée sont ouvertes à tous les représentants du personnel, elles pourront être utilement mobilisées pour mener une négociation collective » (G. Auzero, « Les relations collectives de travail dans l'entreprise à l'épreuve du Covid-19 », Lexbase hebdo, éd. soc., 2020, n° 821). Encore convient-il d'écarter, comme le fait du reste l'administration, le recours à la messagerie instantanée dès lors que cette modalité réduit le degré d'interaction à un niveau niant le caractère négocié et collectif de l'acte forgé par cette voie » (« Le silence des « ordonnances Covid-19 » au sujet des modalités de la négociation collective tranche avec l'aménagement des modalités de tenue des réunions du CSE par l'ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 ainsi que par le décret n° 2020-419 du 10 avril 2020 », P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, C. Mariano, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2021, p. 346). Néanmoins, l'effectivité de la loyauté de la négociation à distance peut être remise en cause, que cette négociation se fasse en visio - ou audio - conférence, en raison notamment des problèmes informatiques qui peuvent survenir, pouvant ralentir et même empêcher une bonne connexion internet, ce qui aura alors pour conséquence directe de couper la caméra et le micro, annihilant de fait un dialogue de bonne tenue, et même tout dialogue entre les parties. Dans une telle hypothèse, et lorsqu'un accord collectif est tout de même adopté alors qu'il est évident que la négociation n'a pu se tenir loyalement, le juge judiciaire aura encore une fois un rôle déterminant pour accueillir les réserves des parties qui n'auraient pas été valablement consultées lors de l'élaboration de l'acte. Ce sera le cas lorsque l'employeur utilise ces problèmes de connexions pour mener des négociations séparées, qui, rappelons-le, sont totalement prohibées (Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, Bull. civ. V, n° 156 ; D. 2008, p. 442, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, E. Peskine, C. Wolmark, A. Fabre et J. Porta ; Dr. soc. 2008, p. 182, chron. P.-H. Antonmattei ; RDT 2008, p. 188, obs. M.-A. Souriac).

³¹⁷ Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 95-13.010.

appelle à l'effectivité du dialogue, avec donc des propositions précises de l'employeur, et des contrepropositions motivées de la part des syndicats³¹⁸. La deuxième, c'est qu'en cas d'atteinte à cet aspect de la loyauté, la sanction civile sera la nullité de l'accord ultérieurement conclu³¹⁹. Concernant cette seconde conséquence tirée de cette décision jurisprudentielle, rappelons néanmoins que la nullité n'est pas la seule sanction envisageable, une organisation syndicale pouvant aussi saisir le juge des référés pour demander la réparation du préjudice causé par la déloyauté du dialogue. Cependant, en pratique, la saisie du juge des référés dans le champ de l'effectivité du dialogue conventionnel reste très théorique, car il n'est pas du ressort du juge d' « imposer à l'employeur de présenter des propositions d'un niveau déterminé »³²⁰. Il ne peut donc pas ingérer à ce point dans la négociation collective, comme le confirme une solution de la chambre sociale du 13 mars 2013³²¹ en énonçant que le juge des référés n'est pas compétent pour apprécier la loyauté des négociations. Pour en rester à la qualité des propositions et contrepropositions des parties, l'appréciation du juge est on ne peut plus délicate : il n'a pas le pouvoir de contrôler légitimement la valeur des propositions et contrepropositions avancées par l'employeur et les syndicats. Le juge judiciaire, dans ce domaine, montre encore toute la confiance qu'il accorde à la négociation collective, en refusant de s'immiscer dans le contenu des propositions et des contrepropositions objets de la négociation entre les parties.

161. Cette confiance en la norme conventionnelle ne l'empêche néanmoins pas de bâtir un environnement jurisprudentiel visant à consolider la loyauté de la phase de négociation, notamment à propos de la prohibition des négociations séparées. Une prohibition nuancée, témoignant une nouvelle fois de la confiance accordée aux partenaires sociaux.

³¹⁸ « Mais attendu que, répondant aux conclusions et après avoir relevé que la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues, la cour d'appel a exactement décidé que la négociation avait été régulièrement menée et que la validité de l'accord n'était pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales », *ibid.*

³¹⁹ « Attendu, cependant, que les syndicats qui ont participé à une négociation sont recevables à agir en nullité contre un accord collectif dès l'instant qu'ils invoquent une nullité absolue, même s'ils ne l'ont pas signé », *ibid.*

³²⁰ J. Pélassier, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 499.

³²¹ Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-25.042 : « Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel a retenu qu'en l'absence de violation manifeste de l'article D. 3122-7-1 du code du travail, l'appréciation de la loyauté des négociations qui ont précédé la mise en place unilatérale par l'employeur d'une durée de travail sous forme de périodes , chacune d'une durée de quatre semaines au plus, excédaient les pouvoirs du juge des référés ».

b) La portée nuancée de la prohibition des négociations séparées

162. L'employeur a certes l'obligation de convoquer toutes les organisations syndicales, mais une autre exigence s'impose aussi à lui : il doit négocier simultanément avec celles-ci. Si l'employeur avait la possibilité d'engager isolément la négociation avec une seule d'entre elles, avant de soumettre le projet d'accord discuté avec cette seule organisation syndicale, aux autres, alors ce serait une élaboration unilatérale soumise à la consultation du reste des organisations syndicales³²². Cette exigence de simultanéité, qui permet de rétablir un certain équilibre des négociations et une plus grande efficacité puisque tous les syndicats représentatifs pourront faire des propositions et contrepropositions, n'a cependant été reconnue que tardivement par le juge. Si un arrêt précité de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 juillet 1988³²³ l'évoque implicitement, le Conseil d'Etat a opté pour une formulation plus générale mais ne touchant de fait qu'à la procédure d'extension des accords de branche³²⁴. Il a fallu attendre un arrêt de cette même chambre sociale du 12 octobre 2006³²⁵ pour que plus de précisions soient apportées. Il rappelle tout d'abord l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives à la négociation, mais vient surtout énoncer que les négociations séparées peuvent entraîner la nullité de l'accord si la modification du projet d'accord a eu lieu après la dernière réunion de négociation et avant le délai de signature de l'accord³²⁶. Ce qu'il faut comprendre de cette solution, c'est une responsabilisation des syndicats parties à la négociation, car c'est à eux de demander la réouverture des négociations en cas d'irrégularités. Ce qui veut dire, *a contrario*, que dans

³²² Or, les mesures unilatérales prises par l'employeur sont interdites, comme le dit l'article L. 2242-4, malheureusement uniquement en ce qui concerne la négociation obligatoire d'entreprise, et que la jurisprudence étrangement n'a pas généralisé dans un arrêt de la chambre sociale du 29 juin 1994, n° 91-18.640, alors qu'elle avait la possibilité mais qu'elle a préféré détourner le problème en rattachant la négociation en l'espèce à une négociation obligatoire d'entreprise pour pouvoir être rattaché à l'article L. 2242-4 et justifier la sanction de l'employeur.

³²³ Cass. soc. 13 juillet 1988, n° 86-16.302, préc.

³²⁴ CE 28 octobre 1988, Féd. Nat. Chimie CGT, Dr. ouv. 1989, p. 228 ; Dr. soc. 1989, p. 237, obs. L.-P. Aufrere ; cité par J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 498. L'auteur de préciser : « Certes, la négociation peut se poursuivre si une organisation convoquée refuse de participer aux travaux et la convention peut être valablement conclue et être étendue si une organisation syndicale représentative refuse de signer ; mais la signature doit obligatoirement intervenir au cours d'une réunion de la commission ».

³²⁵ Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, Bull. 2006, n° 305.

³²⁶ « Mais attendu que si la nullité d'un accord est encourue lorsque toutes les organisations syndicales représentatives n'ont pas été convoquées à sa négociation, une partie ne peut critiquer les modifications apportées au projet d'accord lorsque l'existence de négociations séparées n'est pas établie et lorsque ni cette partie ni aucune autre partie à la négociation n'en a sollicité la réouverture en raison de ces modifications avant l'expiration du délai de signature », *ibid.*

l'hypothèse où il y aurait bien une irrégularité, comme un défaut de simultanéité dans les négociations avec donc une modification de l'accord après la dernière réunion en ne consultant qu'une seule organisation syndicale, si les autres organisations ne demandent pas la réouverture des négociations, alors la nullité ne sera pas encourue. Il peut paraître paradoxal que le juge reconnaissse une irrégularité portant une atteinte à la loyauté des négociations (et quelle atteinte !), n'engageant la nullité de l'accord que si les syndicats ont une démarche active. Une grande part d'autonomie est donc laissée aux parties et plus particulièrement aux syndicats, ce qui a fait dire au professeur Marie-Armelle Souriac que cette solution jurisprudentielle traduit un « *désengagement du juge du contrôle de la loyauté procédurale de la négociation* »³²⁷. Une solution qui peut paraître surprenante au vu de celles rendues précédemment par le juge judiciaire, qui a toujours contrôlé et sanctionné sévèrement l'atteinte à la loyauté de la négociation collective, dans le but de façonner un régime juridique solide. On a pu penser qu'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 octobre 2007³²⁸ avait enclenché une nouvelle étape, en dissociant clairement deux cas de nullités : l'absence d'invitation de toutes les organisations syndicales représentatives d'un côté, et le défaut de simultanéité des négociations de l'autre³²⁹. En réalité, la même autonomie est laissée aux syndicats et la solution rendue en 2006 n'est pas remise en cause. Un arrêt précité du 8 mars 2017 vient faire la synthèse de ce régime de la nullité encourue suite à un défaut de loyauté dans la phase de négociation collective, en reprenant l'attendu de principe exprimé dans l'arrêt précité du 10 octobre 2007³³⁰. Les juges, et ce de façon extrêmement pédagogique et dans un souci de généralité, viennent préciser les cas où, en raison d'une violation d'un principe d'ordre public qui n'est autre que le principe de loyauté des négociations, la nullité de l'accord est encourue : en cas d'absence de convocation de toutes les organisations syndicales, en cas d'existence de négociations séparées, et dans le cas où un syndicat a été placé dans l'impossibilité d'échanger sur les termes du projet soumis à

³²⁷ V. en particulier, Cass. soc. 18 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 600 ; Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, Dr. ouv. 2007, p. 223, RDT 2007, p. 186, obs. M.-A. Souriac « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage ».

³²⁸ Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, préc. : « *Mais attendu que la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci*

³²⁹ M.-A. Souriac, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », *op. cit.*, p. 188 et s.

³³⁰ Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, préc.

signature³³¹. Autant de précisions qui reprennent les différentes exigences découlant de l’obligation de loyauté de la négociation collective.

163. Néanmoins, si les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation rappellent explicitement la prohibition des négociations séparées, ils viennent préciser ce qu’il faut entendre par « négociations séparées ». En effet, interdire à l’employeur de procéder à des négociations isolées avec tel ou tel syndicat ne signifie pas qu’il n’a pas le droit de procéder à des échanges bilatéraux. Dans ce cas d’espèce, un accord relatif à l’assurance chômage avait été trouvé le 22 mars 2014, entre trois syndicats signataires représentant les salariés (la CFDT, FO et la CFTC) et trois organisations patronales (le MEDEF, la CGPME et l’UPA). La convention d’assurance chômage qui en a découlé a été signée le 14 mai 2014 par les mêmes organisations syndicales et patronales. La CGT, organisation syndicale non signataire, a saisi le tribunal de grande instance en vue d’obtenir la nullité de l’accord et de la convention relatifs à l’assurance chômage. Elle estimait qu’il n’y avait eu aucune réunion plénière avant la signature de la convention, que sa version définitive n’avait donné lieu qu’à des échanges bilatéraux, et que sa demande de poursuivre la négociation n’avait pas été prise en compte par l’employeur. Dès lors, selon ce syndicat, les négociations, menées séparément, n’avaient pas été menées de façon loyale. La Cour d’appel, puis la chambre sociale de la Cour de cassation, ne lui ont pas donné raison : les magistrats de la Haute juridiction opèrent une distinction bienvenue entre négociations séparées et échanges bilatéraux. En pratique, cette différenciation signifie que s’ « *il est nécessaire que toutes les organisations syndicales représentatives aient été invitées à la négociation, il n'est pas nécessaire que toutes y participent ; elles peuvent refuser de le faire. Dans le même sens, si des échanges bilatéraux entre deux réunions ont lieu, toutes les organisations syndicales doivent avoir été conviées à y participer. Si elles refusent de le faire, elles ne pourront pas arguer d'un manquement à la loyauté des négociations pour solliciter la nullité de l'accord conclu. Il en sera ainsi, toutefois, à condition que le projet d'accord, éventuellement amendé à la suite de ces échanges, soit soumis ensuite à l'ensemble des participants lors d'une nouvelle réunion* ».

³³¹ Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-18.080, préc. : « *Mais attendu que la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci* ».

*de négociation. Tel est l'apport de cet arrêt équilibré »*³³². L'employeur doit alors, pour respecter le principe de loyauté de la négociation collective, observer plusieurs étapes. Il doit bien évidemment convoquer toutes les organisations syndicales représentatives à la table des négociations. Cette exigence signifie donc que toutes les organisations syndicales doivent être invitées à chaque réunion de négociation. En revanche, l'employeur peut tout à fait continuer à négocier avec les syndicats représentatifs présents lors des réunions, et même négocier en dehors du cadre de ces réunions, sans que cela ne porte atteinte au principe de loyauté. Pour caractériser une telle atteinte, il faudrait que les négociations ayant eu lieu durant les réunions avec les syndicats ayant répondu à l'invitation, ou les échanges bilatéraux en dehors desdites réunions, aboutissent à un nouveau projet d'accord qui n'aurait pas été transmis à l'ensemble des syndicats représentatifs (ou à tout le moins que l'employeur n'invite pas l'ensemble des syndicats à une réunion afin de présenter le projet amendé). C'est cette hypothèse qui est visée par la jurisprudence lorsqu'elle prohibe les négociations séparées : « *De manière assez originale, la Cour de cassation a étendu le champ de cette obligation de loyauté à l'ensemble des parties à la négociation. Dans une décision du 8 mars 2017, elle a considéré qu'un syndicat n'établissait pas avoir été victime de manquements à la loyauté de la part des autres parties dès lors que ce syndicat avait refusé de participer aux négociations et qu'en conséquence, aucune négociation séparée ne pouvait être caractérisée. C'est donc dire que le devoir de loyauté s'impose autant à l'employeur qu'à la partie syndicale* »³³³. Mais si l'employeur invite tous les syndicats à une réunion pour présenter l'accord modifié avec certains syndicats, et qu'un syndicat refuse une nouvelle fois de venir à cette réunion de négociation, il ne pourra pas se prévaloir de la nullité de l'accord signé pour manquement au principe de loyauté. En d'autres termes, l'employeur peut procéder à des échanges bilatéraux avec un seul syndicat en vue de modifier le projet d'accord, s'il invite ensuite l'ensemble des syndicats pour leur présenter le nouveau projet amendé. En revanche, s'il procède à la signature de l'accord sans avoir convié toutes les organisations syndicales afin de leur présenter les amendements, le juge judiciaire considérera qu'il y a eu des négociations séparées, qui doivent être prohibées au nom du principe de loyauté. Cette prohibition ne concerne pas les signatures de l'accord séparées.

³³² F. Bergeron, « Négociation collective : distinction entre échanges bilatéraux et négociations séparées », obs. sous Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-18.080, Cah. soc. avril 2017, p. 194.

³³³ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », RDT 2018, p. 44.

2. La loyauté lors de la finalisation de la négociation

164. Selon que la négociation a été effectuée avec des délégués syndicaux (a) ou avec des acteurs substitutifs (b), la conclusion de l'accord ne sera pas la même.

a) La signature de l'accord collectif de droit commun

165. Contrairement à la négociation, la signature de l'accord³³⁴ n'a pas besoin d'être simultanée. La jurisprudence ne sanctionne pas par la nullité de l'accord collectif si les organisations syndicales représentatives ne signent pas concomitamment³³⁵. Cette solution a par la suite été confirmée avec l'arrêt précité du 12 octobre 2006³³⁶. Dès lors, en fixant une date unique de signature lors d'une seule et même réunion pour tous les syndicats représentatifs, la modification unilatérale de l'employeur, ou la modification avec une seule organisation syndicale sans négocier avec les autres serait impossible. En effet, tout le monde aurait déjà signé (ou pas) et l'hypothèse de l'arrêt de 12 octobre 2006, soit la modification du projet d'accord sans consulter l'ensemble des organisations syndicales avant de signer, n'existerait plus, comme le préconise d'ailleurs la doctrine³³⁷. Le juge, dans ce cas de figure, a préféré laisser une plus grande autonomie aux parties à la négociation dans le but de lui accorder une plus grande flexibilité, ce qui va dans le sens de la conventionnalisation du droit du travail.

166. A défaut d'accord de méthode, la jurisprudence accepte donc que la signature respective de chaque syndicat intervienne à des moments distincts, à partir du moment où le

³³⁴ La signature de l'accord collectif dans le contexte épidémique de Covid-19 mérite également une attention particulière. Il faut prendre exemple sur ce qui est édicté dans le droit commun des contrats, et plus précisément de l'article 1367 alinéa 2 du Code civil qui préconise la signature électronique. Une préconisation qui est on ne peut plus évidente pour les accords collectifs négociés et par conséquent signés à distance. Le contrôle du juge ici, contrairement à celui opéré sur l'exécution loyale de la négociation, sera quasiment inexistant, son rôle consistant simplement en pratique à vérifier que la signature n'a pas été extorquée par violence ou encore toute autre vice du consentement, un contrôle donc de droit commun qui n'existe pas réellement s'agissant de la conclusion d'accords collectifs.

³³⁵ Cass. soc. 7 mai 1996, RJS 8-9/96, n° 953 ; cité par J. Pélassier, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 498 ; Cass. soc. 9 juillet 1996, Bull. n° 269, p. 189 ; RJS 9/96, n° 953 ; D. 1998, somm. com., p. 258, note M.-A. Souriac ; Dr. ouv. 1997, p. 30. Ces deux arrêts démontrent que l'accord est valable si les signatures sont séparées, sont faites dans des réunions différentes mais rassemblant toujours toutes les organisations syndicales représentatives.

³³⁶ Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, préc.

³³⁷ M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *op. cit.*, p. 47 et s.

projet d'accord a été soumis préalablement à l'ensemble des syndicats (ou que l'employeur a convoqué toutes les organisations syndicales pour leur présenter ledit projet) : « *S'il est possible de présenter individuellement à chaque syndicat concerné le même texte obtenu à la suite de négociations « conjointes », en vue d'obtenir sa signature, il est impossible de lui présenter un texte amendé au fil des signatures, sans qu'il ait été préalablement soumis à l'ensemble des organisations syndicales* »³³⁸. Il est donc impossible de faire signer un accord à un syndicat qui n'aurait pas participé à sa modification, si un autre syndicat a déjà signé ledit accord : on serait alors dans l'hypothèse de négociations séparées dans laquelle l'employeur n'aurait pas tenté de présenter le projet d'accord amendé à l'ensemble des organisations syndicales avant sa signature. L'autorisation de signatures séparées signifie donc que si le projet d'accord, même négocié et modifié de façon bilatérale, a été présenté ensuite à tous les syndicats représentatifs, ou que l'employeur a convoqué à une réunion tous ces syndicats, ce dernier peut tout à fait obtenir la signature respective de chaque organisation syndicale à des moments différents (à condition bien entendu de ne pas modifier une nouvelle fois le projet d'accord en question). Dès lors, cette hypothèse loyale de signatures séparées ne se confond pas avec la déloyauté déjà expliquée des négociations séparées qui amèneraient à faire signer un accord à un syndicat déjà signé par un autre sans que le premier n'ait été en mesure d'en discuter les termes : « *Il y a antinomie entre négociation et conduite de discussions séparées. En effet, lorsque l'employeur entend négocier de façon séparée avec un premier interlocuteur syndical, il est prêt à prendre des engagements vis-à-vis de cet interlocuteur si celui-ci accepte certaines conditions ; mais s'il s'engage vis-à-vis de cet interlocuteur, il présente aux interlocuteurs ultérieurs un projet de convention qui est d'ores et déjà arrêté ; ceux-ci ne peuvent qu'accepter ou refuser l'accord qui a été conclu avec le premier interlocuteur ; il n'y a pas véritablement discussion et négociation* »³³⁹.

167. Un jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 9 septembre 2014 illustre cette situation. En l'espèce, un syndicat avait amendé un projet d'accord qui lui avait été soumis par l'employeur, avant de le signer. Un second syndicat, averti de cet amendement, le signa quelques jours plus tard. Un troisième syndicat, qui lui n'avait pas eu vent de l'amendement, adresse son opposition au texte initial du projet d'accord. Les juges de

³³⁸ F. Petit, « Loyauté dans la négociation collective : Distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées » », obs. sous TGI 9 septembre 2014, n° 14/06551, Cah. soc. février 2015, p. 97.

³³⁹ J. Pélissier, citant J. Barthélémy, « La loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 498.

première instance décident logiquement qu' « *il y eu dans cette affaire une confusion entre la situation des « signatures séparées » et celle des « négociations séparées », plus exactement un glissement de l'une à l'autre. Il apparaît nettement que les signatures obtenues par les deux premiers syndicats ne l'ont été qu'au prix d'un complément, d'une modification du texte qui leur avait été présenté. En conséquence, le texte soumis à la signature du troisième syndicat n'avait pas le caractère définitif qui permettait de passer de la négociation à la signature. C'est pourquoi le tribunal a prononcé la nullité de l'accord litigieux. Dès l'amendement du texte, l'employeur aurait dû interrompre la séance de signature pour permettre aux organisations syndicales qui n'étaient pas présentes de demander la réouverture des négociations* »³⁴⁰. Si les signatures séparées ne témoignent pas d'une manœuvre déloyale, le juge judiciaire s'assure que ces signatures séparées ne proviennent pas de négociations séparées.

b) La ratification de l'accord collectif substitutif

168. S'agissant du vote des salariés lorsque l'accord collectif n'aurait pas atteint les 50% des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections, mais dépassé les 30%, l'article R. 2232-10 du Code du travail³⁴¹ traite du caractère personnel et secret de la consultation. Cette dernière doit se dérouler en l'absence de l'employeur, mais sans pour autant déclarer expressément une exigence de vote à bulletin secret, qui ne peut être que le strict minimum dans les très petites entreprises. Une nouvelle absence de précision regrettable, même si pour le Conseil d'Etat, les garanties légales sont malheureusement suffisantes³⁴².

³⁴⁰ F. Petit, « Loyauté dans la négociation collective : Distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées » », *op. cit.*, p. 102.

³⁴¹ C. trav. art. R. 2232-10 : « *Les conditions dans lesquelles l'employeur recueille l'approbation des salariés en application des articles L. 2232-21 à L. 2232-23 sont les suivantes :*

1° La consultation a lieu par tout moyen pendant le temps de travail. Son organisation matérielle incombe à l'employeur ;

2° Le caractère personnel et secret de la consultation est garanti ;

3° Le résultat de la consultation est porté à la connaissance de l'employeur à l'issue de la consultation, qui se déroule en son absence ;

4° Le résultat de la consultation fait l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise par tout moyen. Ce procès-verbal est annexé à l'accord approuvé lors du dépôt de ce dernier ».

³⁴² V. A. Teissier, « Validation de la négociation collective par référendum dans les TPE », JCP S 2019, 1151.

169. Si cette problématique est résolue pour les juges de l'ordre administratif, une autre question se pose : les conditions d'électorat applicables pour les élections professionnelles sont-elles transposables pour ce type de référendum ? Une première ébauche de solution peut être apportée en raisonnant par analogie avec ce que les magistrats de la Haute juridiction ont décidé concernant le référendum-ratification dans l'hypothèse où le seuil des 50% ne soit pas atteint tout en ayant recueilli la signature d'organisations syndicales représentatives qui auraient obtenu au moins 30% des voix au premier tour des élections professionnelles. En effet, la chambre sociale, le 9 octobre 2019³⁴³ a décidé que les quatre conditions pour être électeur doivent être remplies concernant ce référendum pensé comme un « palliatif » à l'absence de conclusion majoritaire. Il y a fort à parier qu'une solution identique à propos du projet d'accord référendaire dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 sans CSE sera adoptée par la Cour de cassation. La question est plus délicate concernant un projet d'accord catégoriel, puisqu'il s'agit de se demander s'il faut obligatoirement que tous les salariés de l'entreprise participent au vote, ou privilégier plutôt un vote restreint par les seuls salariés qui seraient visés par ce projet. Enfin, reste en suspens l'hypothèse de cet accord référendaire pour les entreprises dotées d'un comité social et économique qui passeraient en dessous de l'effectif de 11 salariés pendant 12 mois consécutifs³⁴⁴. Deux solutions tautologiques se dégagent alors : soit l'employeur, pendant ces 12 mois, peut procéder à ce type d'accord référendaire par la majorité des 2/3, soit - comme le CSE persiste jusqu'à la fin des mandats en cours - l'employeur ne pourra pas rédiger un tel projet d'accord qu'il soumettrait au référendum des salariés³⁴⁵. Un questionnement qui pourrait bien se retrouver devant le juge, dans l'hypothèse où l'employeur déciderait de préparer unilatéralement un projet d'accord alors que des mandats d'élus continuent de courir. La jurisprudence pourrait alors décider que le principe de loyauté de la négociation est mis à mal dans une telle hypothèse.

³⁴³ Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 19-10.816, D. actu. 5 octobre 2019, obs. H. Ciray ; Dr. soc. 2019, p. 96, obs. F. Petit.

³⁴⁴ C. Mariano, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *op. cit.*, p. 44 et s.

³⁴⁵ V. en ce sens : A. Teissier, « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », JCP S 2018, 1113.

170. Ces différents apports jurisprudentiels, n'existant malheureusement aujourd'hui qu'en ce qui concerne la négociation collective de droit commun, ont eu le mérite d'influer sur le législateur.

D/ L'influence de l'apport jurisprudentiel sur le législateur : les obligations spéciales de loyauté

171. Si le législateur n'a pas créé une disposition générale intégrant le principe de loyauté de la négociation au sein du Code du travail, il l'a néanmoins mis en exergue de façon plus prononcée depuis la loi du 8 août 2016. C'est le cas notamment en ce qui concerne la négociation dite obligatoire, que ce soit au niveau de la branche ou de l'entreprise. Cependant, elle ne met en lien que trop partiellement cette obligation d'information des syndicats avec le principe de loyauté de la négociation. L'article L. 2241-3³⁴⁶, depuis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, énonce la loyauté de manière générale pour les sept thèmes de la négociation obligatoire de branche. Quant à la négociation obligatoire d'entreprise, c'est l'article L. 2242-6 qui n'en parle que concernant les salaires effectifs et l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes, en énonçant que « *le procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations. L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. L'employeur doit également leur avoir communiqué les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ».

³⁴⁶ C. trav. art. L. 2241-3 : « *Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées. La mise en œuvre de ces mesures de rattrapage, lorsqu'elles portent sur des mesures salariales, est suivie dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires prévue à l'article L. 2241-1. La négociation porte notamment sur : 1° Les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ; 2° Les conditions de travail et d'emploi et notamment celles des salariés à temps partiel. Les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire* ».

172. La formulation employée par le législateur, et reprise par la jurisprudence dans l'optique de dégager un préalable de négociation obligatoire³⁴⁷ amène à une interrogation : pourquoi préciser que la négociation, en plus d'être loyale, doit être sérieuse ? Ce qualificatif supplémentaire apporte-t-il vraiment quelque chose à l'exigence de loyauté de la négociation collective ? Aucune précision légale ni jurisprudentielle n'existe à ce sujet. En reprenant l'exégèse de cet article L. 2242-6, le caractère loyal et sérieux des négociations ne concerne que quatre obligations pesant sur l'employeur : la convocation des organisations syndicales représentatives, la fixation du lieu et du calendrier des réunions, la transmission des informations nécessaires et la réponse motivée aux éventuelles propositions des syndicats. Cette addition des termes « loyal » et « sérieux », sans aucune autre précision, ne permet pas de distinguer ce qui relève pleinement du caractère « loyal », et ce qui relève du caractère « sérieux » de la négociation. Selon nous, les quatre obligations mentionnées à l'article L. 2242-6 du Code du travail relèvent davantage du sérieux de la négociation que de la loyauté. Le dictionnaire *Larousse* définit l'adjectif « sérieux » comme quelque chose « *qui est fait avec soin, respect des engagements pris* »³⁴⁸. Ressortent alors de cette définition une démarche méthodique et une attention particulière à ce qui est fait et comment cela doit être fait. Dès lors, le législateur semble se préoccuper davantage de la sériosité de la négociation. On pourrait par conséquent conseiller au juge judiciaire d'expliciter le caractère sérieux de la négociation collective, en ne se référant qu'à cet adjectif lorsqu'il traite d'un litige afférent à la convocation des syndicats représentatifs, au calendrier de la négociation, à la transmission des informations et à la réponse de l'employeur aux propositions de ses interlocuteurs. En revanche, pour ce qui est de la prohibition des négociations séparées, le juge se réfère bel et bien à la loyauté de la négociation, et c'est heureux : si l'employeur négocie un projet d'accord dans le dos de certains syndicats, il agit avec déloyauté envers lesdits syndicats exclus de la négociation.

173. Quoi qu'il en soit, les ordonnances dites « Macron » ont encore accru ce rayonnement de la loyauté - et plus encore de la sériosité - de la négociation collective. Même si ces obligations sont parcellaires, elles témoignent de la prise de conscience législative de l'importance de l'exigence de loyauté afin de valoriser encore davantage le mouvement de conventionnalisation. Cette prise de conscience n'aurait sans aucun doute pas eu lieu sans

³⁴⁷ *supra*. n° 95 et s.

³⁴⁸ *Larousse* (2023), v. *Sérieux*.

l'intervention du juge judiciaire pour établir le standard de comportements déloyaux et les sanctionner par la nullité de l'accord collectif qui en découle.

174. L'intervention tardive du législateur pour renforcer cette exigence de loyauté ne s'aligne cependant pas exactement sur l'interdiction des comportements déloyaux indiquée par la jurisprudence. En effet, les obligations légales spéciales mentionnent respectivement la convocation de toutes les organisations syndicales, la communication des informations, une réponse motivée aux propositions de celles-ci et la fixation d'un lieu et d'un calendrier des négociations. La nullité sera prononcée par le juge judiciaire en cas de non-convocation de l'ensemble de organisations syndicales lors de la première réunion, de négociations séparées et de modification d'un accord après la dernière réunion de négociation sans possibilité de réouverture des négociations³⁴⁹. On constate que la jurisprudence s'est contentée (du moins dans une majorité de solutions jurisprudentielles) de dire ce qui correspond à des comportements déloyaux (conception « négative » de la loyauté) alors que la loi indique ce qu'il faut entendre par « comportement vertueux » (conception « positive » de la loyauté) ; deux conceptions différentes de l'exigence de loyauté qui expliquent les différences de rédaction entre les solutions prétoriennes et les dispositions légales spéciales.

175. Cette conception positive du principe de loyauté de la négociation collective se retrouve également par le truchement des accords de méthode.

Section 2 :

L'utilité du renfort conventionnel : les accords de méthode

176. Le juge judiciaire a commencé par établir un régime juridique propre à la loyauté de la négociation collective. Le développement jurisprudentiel de ce régime juridique, qui à l'origine ne servait qu'à sanctionner des comportements gravement déloyaux, sans instituer un panorama de comportements loyaux à respecter, a obligé le législateur à s'emparer de cette question de la loyauté de la négociation. Cette dernière devient alors un prétexte pour renforcer la normativité de la négociation collective, à l'instar de la généralisation des

³⁴⁹ Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, préc.

accords de méthode qui mettent en place une conception « positive » de la loyauté de la négociation collective (Paragraphe 1). Cette nouvelle conception ne sera néanmoins opérante que si son non-respect - soit la violation de l'accord de méthode - est sanctionné sévèrement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'accord de méthode : une conception positive du principe de loyauté

177. La loi a cherché à renforcer les nombreux apports jurisprudentiels en codifiant, à l'article L. 2222-3-1 du Code du travail, le recours aux accords de méthode³⁵⁰. Ces accords à l'origine permettaient aux partenaires sociaux de définir des stipulations dérogatoires en cas de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, donc dans les entreprises employant au moins 50 salariés décidant de licencier au moins dix salariés sur une même période de trente jours. La loi du 8 août 2016, a étendu ce dispositif, puisque ce type d'accord « *permet de fixer les règles de conduite de la négociation, lesquelles deviennent essentielles dans un système qui promeut et promet l'autonomie de l'accord collectif* »³⁵¹. L'accord de méthode est donc un indice de plus de la valorisation de la conventionnalisation du droit du travail. Sauf que la valorisation provient ici directement du législateur. En revanche, si la loi a généralisé le mécanisme de l'accord de méthode, c'est en raison du contrôle du juge judiciaire sur la négociation collective dans le but de promouvoir la loyauté de cette négociation. Les solutions jurisprudentielles durcissant l'application de l'exigence de loyauté de la négociation collective ont influencé le législateur qui a de fait intégré dans le Code du travail un article spécifique aux accords de méthode. Crée en réponse au durcissement judiciaire relatif au principe de loyauté de la négociation collective, l'intérêt de ce type d'accord prend alors tout son sens grâce à l'alinéa 1er de l'article L. 2222-3-1, mentionnant qu'une « *convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* ». De tels accords de

³⁵⁰ C. trav. art. L. 2222-3-1 : « *Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties. Cette convention ou cet accord précise la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8. Cette convention ou cet accord définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs négociations prévues. Sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties* ».

³⁵¹ A. Donnette et S. Norève, « Accord de méthode de négociation général et spécifique », BJT octobre 2019, p. 80.

méthode, qui vont définir la ligne directrice des négociateurs, vont forcément inciter ces derniers à respecter scrupuleusement ce principe de loyauté en instituant des obligations positives qui prônent des comportements vertueux, et pas seulement des sanctions en cas de comportements déloyaux³⁵². Jusqu'à l'adoption de l'article L. 2222-3-1 du Code du travail, la jurisprudence façonnait l'application du principe de loyauté de la négociation de façon négative ; dans une majorité de solutions jurisprudentielles, le juge énonçait la sanction encourue par l'employeur qui n'aurait pas respecté ce que l'on pourrait appeler un « minimum loyal ». La chambre sociale de la Cour de cassation sanctionnait les comportements déloyaux les plus graves, sans exiger aux parties à la négociation un comportement standard particulièrement loyal et sérieux. Ce fut alors le rôle du législateur par le biais des accords de méthode. En généralisant le recours à de tels accords, la volonté légale est donc de renforcer encore une fois la conventionnalisation du droit du travail, qui passe ici par l'autonomie laissée aux négociateurs pour renforcer eux-mêmes l'exigence de loyauté. Le principe de loyauté, consolidé par les accords de méthode, devient donc un moyen de valoriser le mouvement de conventionnalisation³⁵³.

178. Cette incitation aux comportements particulièrement loyaux et sérieux, qui augmente la normativité de la négociation collective, se retrouve notamment dans deux phases que l'accord de méthode devra prévoir pour être pleinement efficace : la transmission d'informations pertinentes (A) et la conclusion d'un accord collectif équilibré (B).

A/ Des clauses prévoyant la transmission d'informations pertinentes

179. Si la jurisprudence prévoit déjà que la transmission des informations doit se faire de manière loyale, en expliquant notamment ce qu'il faut entendre par « *tentative loyale de négociation* » à défaut d'accord³⁵⁴, le recours à l'accord de méthode semble à ce sujet

³⁵² V. en ce sens : J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, septembre 2015, p. 58 : « Proposition n° 2 - Mise en valeur des bonnes pratiques des entreprises et des syndicats sur les moyens d'établir une confiance réciproque, notamment dans la présentation, le partage et l'utilisation d'informations stratégiques ».

³⁵³ Autre exemple attestant de ce mouvement engagé depuis déjà plusieurs décennies, l'obligation faites aux négociateurs de prévoir dans les accords collectifs les clauses dites de « rendez-vous », consistant à forcer les parties contractantes à se rencontrer avant l'échéance du contrat afin de décider d'une éventuelle poursuite de leur relation à la fin de celui-ci. La négociation et le dialogue sont donc une nouvelle fois fortement privilégiés par cette obligation née avec la loi du 8 août 2016 - cela n'était qu'une éventualité avant cette dernière -, et citée à l'article L. 2222-5-1 du Code du travail.

³⁵⁴ *supra*. n° 95 et s.

indispensable. En effet, si le juge judiciaire est venu sanctionner un employeur qui n'avait pas transmis toutes les informations nécessaires aux syndicats³⁵⁵, le rôle de l'accord de méthode sera de généraliser cette exigence de loyauté dans la transmission des informations, et surtout de véritablement encadrer la portée de cette exigence. L'article L. 2222-3-1 alinéa second du Code du travail énonce d'ailleurs que l'accord de méthode « *précise la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8* ». De nombreuses suggestions relatives au contenu des clauses encadrant la transmission des informations aux organisations syndicales peuvent être faites. A titre d'exemple, l' « *accord de méthode peut notamment prévoir que parmi les informations communiquées, l'employeur devra mettre en évidence l'objet précis des négociations, ce qui pourra servir à la rédaction du préambule* »³⁵⁶. Une précision d'ordre général qui pourrait s'avérer particulièrement efficace, surtout depuis que le législateur a disposé depuis la loi du 8 août 2016 que tout accord collectif devait contenir un préambule présentant ses objectifs et son contenu³⁵⁷. L'accord de méthode servira alors à anticiper la rédaction dudit préambule, même si l'absence de ce dernier n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord collectif³⁵⁸, ce qui relativise grandement l'effectivité de cet apport législatif.

180. A côté des stipulations propres aux informations échangées entre les parties à la négociation, l'accord de méthode aura également pour but de préparer au mieux la phase de négociation en prévoyant ses différentes modalités.

B/ Des clauses prévoyant les modalités de la négociation

181. Par modalités, on entend le nombre de réunions, leurs dates, leurs durées. A ce titre, l'accord de méthode pourra indiquer dans l'une de ses clauses le temps nécessaire à la préparation de la négociation. L'article L. 2143-16 du Code du travail énonce que « *chaque*

³⁵⁵ V. not. Cass. soc. 12 juillet 2022, n° 21-11.420, préc.

³⁵⁶ G. François, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », *op. cit.*, p. 342.

³⁵⁷ V. c. trav. art. L. 2222-3-3, al. 1er : « *La convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu* ».

³⁵⁸ C. trav. art. L. 2222-3-3, al. 2 : « *L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord* ».

section syndicale dispose, au profit de son ou ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier la convention ou l'accord d'entreprise, en vue de la préparation de la négociation de cette convention ou de cet accord, d'un crédit global supplémentaire » conditionné à la taille de l'entreprise. La rédaction de cette disposition légale manque une nouvelle fois de précisions³⁵⁹, un manque qu'il revient à l'accord de méthode de combler : « *Cette convention ou cet accord définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux »*³⁶⁰. L'accord de méthode pourra notamment prévoir un nombre de délégation plus important que ce qui est prévu légalement, d'autant plus que dans les entreprises de moins de 500 salariés, le Code du travail est muet quant au crédit d'heures pour préparer la négociation d'entreprise. Les négociateurs de l'accord de méthode pourront également prévoir la répartition desdites heures pour pallier une nouvelle fois le silence de l'article L. 2143-16 précité.

182. L'article L. 2222-3-1 du Code du travail dispose également qu'un tel accord peut envisager les « *modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociation prévues* »³⁶¹. Des observations relatives au recours à l'expertise peuvent découler de cette rédaction sommaire : « *En mentionnant l'expertise sans autre précision, la formule semble suffisamment large pour permettre le recours à tout sachant permettant d'éclairer les délégations syndicales amenées à négocier un accord d'entreprise : ainsi, on pourrait très bien imaginer que les négociateurs puissent se faire accompagner lors des négociations par des avocats. Plus la négociation d'entreprise envisagée sera complexe et plus il y aura un intérêt à prévoir, dans l'accord de méthode, une assistance par des spécialistes de la négociation collective et/ou des spécialistes du thème de négociation envisagé* »³⁶².

³⁵⁹ Comme par exemple en indiquant un crédit d'heures global sans distinguer selon le type de négociation d'entreprise, obligatoire ou pas. Le juge judiciaire a alors affirmé que ce crédit d'heures s'appliquait pour tout type de négociation d'entreprise : Cass. soc. 2 juin 2004, n° 01-44.474.

³⁶⁰ C. trav. art. L. 2222-3-1, al. 2, préc.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² « Quels liens entre loyauté des négociations et accords de méthode ? », Guide pratique Le Lamy négociation d'entreprise, juin 2023.

183. Il est même possible de penser que l'accord de méthode pourra envisager les modalités de prise de parole de chaque organisation syndicale. « *De la sorte, l'accord de méthode permettra sans doute de prévenir toute discussion quant au lieu des réunions et son incidence éventuelle sur l'indemnisation des temps et des frais de déplacement. En outre, celui-ci permettra d'éviter des séances de négociation trop longues qui peuvent être source d'inefficacité et d'épuisement des négociateurs* »³⁶³. Même si ce type de clause inciterait chaque partie à la négociation à adopter des comportements loyaux et sérieux, les clauses de l'accord de méthode peuvent aller bien plus loin. C'est le cas par exemple des clauses prévoyant que les parties devront formuler plusieurs propositions comme le préconise un auteur³⁶⁴, dans le but qu'il y ait véritablement un dialogue constructif, et non pas un simple projet qui serait soumis à la ratification des syndicats sans qu'une véritable négociation ait eu lieu³⁶⁵. Enfin, l'exemple de la clause avançant qu'il serait impossible de revenir sur une proposition déjà exprimée, sauf exception (que les négociateurs, justement, auront tout le loisir d'encadrer)³⁶⁶, pourrait encore une fois être le témoin de « *comportements particulièrement vertueux qu'il est possible d'imposer par accord de méthode* »³⁶⁷. Des exemples d'accords de méthode « standard » existent déjà et illustrent parfaitement ce type de comportements loyaux « positifs »³⁶⁸.

184. Outre ces clauses relatives au contenu de la négociation ainsi qu'aux modalités de sa préparation, l'accord de méthode aura un intérêt accru en ce qui concerne la finalisation de l'accord collectif.

³⁶³ G. François, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », *op. cit.*, p. 342.

³⁶⁴ J. Barthélémy, « L'accord de méthode de la négociation collective », Dr. soc. 2016, p. 505 : « *Peut être utile l'engagement de ne pas s'en tenir à une seule proposition, d'autant que la responsabilité délictuelle prévue par le code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire* ».

³⁶⁵ « *Pour inciter à des comportements réellement vertueux, il peut néanmoins être imaginé d'aller encore au-delà en insérant une clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas s'en tenir à une proposition unique* », G. François, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », *op. cit.*, p. 342.

³⁶⁶ « *De même, on pourrait imaginer d'insérer à l'accord de méthode une clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas revenir sur une proposition déjà formulée, sauf pour un motif légitime* », *ibid.*

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Pour un exemple d'accord de méthode standard, v. F. Bergeron, D. Chenu, G. François, S. Jean, M. Morand et F. Vasseur, *Les clés pour négocier un accord d'entreprise*, 1re éd., 2020, Revue Fiduciaire, Pratique d'experts, p. 107 et s.

C/ Des clauses prévoyant la finalisation de la négociation

185. Il serait en outre particulièrement intéressant que l'accord de méthode prévoie de fixer une date unique de signature, ou au moins prévoir une réunion spécialement dédiée pour que toutes les organisations syndicales représentatives et l'employeur signent concomitamment. Cet accord pourra également apporter des précisions concernant la date de fin de la négociation, en généralisant par exemple la technique du procès-verbal (PV) de désaccord qui n'est requise que pour la négociation obligatoire d'entreprise³⁶⁹, PV qui marquera la fin de la négociation en cas de désaccord, ou encore tout simplement de prévoir la date de dernière réunion de négociation. Des prescriptions, qui liées à la date unique de signature, par exemple en prévoyant que la signature de l'accord doit intervenir au jour de cette dernière réunion de négociation (ou à l'inverse, signer un PV de désaccord), auront le mérite de régler le « *désengagement* » du juge³⁷⁰ et l'hypothèse soulevée par l'arrêt précité de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 octobre 2006³⁷¹. En effet, en prévoyant que la signature de l'accord devra avoir forcément lieu pour les syndicats lors de la dernière réunion de négociation, qui servira alors à présenter les éventuelles modifications apportées au texte par des hypothétiques échanges bilatéraux en dehors de toute réunion de négociation, aucun amendement ultérieur ne pourrait être apporté. De fait, les syndicats qui n'auraient pas participé aux modifications antérieures du texte, hors réunion de négociation, n'auraient plus à se soucier de la finalisation de l'accord et de l'éventuelle demande de réouverture des négociations, celles-ci étant closes après la dernière réunion prévue à l'accord de méthode. Le projet d'accord présenté lors de cette dernière réunion sera alors forcément le projet final, qu'il conviendra de signer, ou pas, dans la foulée de cette dernière réunion. Autrement dit, aucun échange bilatéral ne saurait se tenir après la date fixée pour la dernière réunion, et le

³⁶⁹ C. trav. art. L. 2242-5.

³⁷⁰ « *Le choix fondamental opéré est celui d'un désengagement du juge du contrôle de la loyauté procédurale de la négociation. Orientation en phase avec une certaine vision du dialogue social favorable au recul de l'intervention du juge étatique, à la limitation des actions en nullité et à la prise en charge des règles du jeu de la négociation par les acteurs eux-mêmes. Orientation néanmoins préoccupante. A l'heure où la convention collective est en mesure de déroger en tous sens sur des thèmes de plus en plus nombreux à la norme légale, voire conventionnelle, le processus qui y conduit doit voir son authenticité garantie sur des bases claires. On peut craindre que la solution retenue n'ouvre au contraire la porte à quelques dérives supplémentaires* », M.-A. Souriac, « « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage », obs. sous Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, *op. cit.*, p. 191.

³⁷¹ Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, préc., à propos d'une modification unilatérale ou avec seulement une partie des syndicats représentatifs du projet d'accord, qui n'aurait par la suite pas été soumis au reste des organisations syndicales représentatives avant sa signature. Pour rappel, cette solution énonçait que si la nullité de l'accord est encourue dans ce cas de figure, il faut que les syndicats lésés demandent la réouverture des négociations avant le délai prévu pour la signature. A défaut, le juge ne prononcera pas la nullité.

« *désengagement* » du juge, pour reprendre le terme de Madame le professeur Marie-Armelle Souriac³⁷², qui poussait les syndicats à demander la réouverture des négociations pour obtenir la nullité de l'accord n'est plus un problème dans le cas d'un accord de méthode bien rédigé³⁷³. On peut alors légitimement croire que la volonté de responsabilisation des négociateurs, dont le juge est à la manœuvre, n'est en rien néfaste envers la loyauté des négociations, puisque cela oblige les parties à conclure des accords de méthode mis en avant par la loi aux articles L. 2222-3, L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 du Code du travail. Le juge judiciaire, volontairement ou pas, a donc en réalité renforcé la protection autour de la loyauté de la négociation collective, puisqu'on peut penser que c'est en raison de cette volonté d'*autonomisation* de partenaires sociaux que le législateur a généralisé l'accord de méthode et a mis au cœur de son régime le respect de la loyauté.

186. Aussi, avec la reconnaissance législative des accords de méthode, le contrôle du juge se retrouvera à plusieurs niveaux : il vérifiera dans un premier temps que la négociation de l'accord de méthode a été menée de façon loyale, pour voir si cet accord doit être annulé. Il devra ensuite vérifier que les stipulations de l'accord de méthode sont bien conformes aux dispositions légales, et donc si leur non-respect dans la phase de négociation de l'accord ultérieur porte atteinte la loyauté procédurale de la négociation, pour déterminer la sanction applicable. On constate donc que tous les problèmes liés à la conclusion de la négociation d'un accord collectif ont en réalité permis de développer une nouvelle négociation, en l'occurrence d'un accord de méthode, qui non seulement renforce la loyauté de la négociation collective dans son ensemble, et en plus élargi les domaines où le juge va pouvoir appliquer son contrôle sur celle-ci. C'est donc un exemple flagrant d'un thème où l'ouverture de la négociation collective ne restreint nullement le contrôle du juge, prouvant qu'il n'y a pas de concurrence. Le contrôle du juge judiciaire aura encore plus d'importance dans le cas où l'accord de méthode prévoit explicitement que le non-respect de ses clauses engendre la nullité de l'accord postérieurement conclu.

³⁷² M.-A. Souriac, « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage », *op. cit.*

³⁷³ Ce qui résoudrait alors le « *problème (de) la pratique de rencontres dites bilatérales* », J. Barthélémy, « L'accord de méthode de la négociation collective », *op. cit.*, p. 505 et s.

Paragraphe 2 : Les sanctions du non-respect de l'accord de méthode

187. Même si les accords de méthode viennent faire de la loyauté de la négociation un principe créateur d'obligation, mettant en exergue sa fonction « complétive »³⁷⁴, leur normativité ne sera véritablement effective que dans l'hypothèse où la sanction de leur non-respect serait pleinement dissuasive. L'article L. 2222-3-1 du Code du travail, dans son dernier alinéa, énonce qu'à moins « *que la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties* ». Le non-respect des clauses de l'accord de méthode n'entraînera pas, en principe la nullité de l'accord collectif conclu par la suite. Ce qui signifie qu'en l'absence de clauses contraires, seule la déloyauté des négociations pourra faire encourir la nullité à l'accord signé. On retomberait alors, dans ce cas de figure, sur l'attendu de principe de la chambre sociale de la Haute juridiction mentionnant les différents évènements pouvant justifier la nullité de l'accord pour déloyauté. Dès lors, si les négociations se sont déroulées en respectant le régime façonné par la jurisprudence, mais sans remplir les conditions posées par l'accord de méthode, la nullité ne sera pas encourue. On peut alors se questionner sur l'intérêt de l'accord de méthode. Si l'article L. 2222-3-1 précité laisse le choix aux parties quant à la sanction du non-respect des clauses de l'accord de méthode, il est préférable de conseiller aux négociateurs, pour aller encore plus loin dans la reconnaissance d'obligations loyales « positives », de prévoir explicitement que ce non-respect entraînera la nullité de l'accord collectif. Dans le cas contraire, comment expliquer que « *la violation d'un accord de méthode - dont l'objet principal paraît être la fixation des conditions d'une négociation loyale - ne (puisse) emporter la nullité de l'accord consécutif alors même que, de jurisprudence constante et fermement établie*³⁷⁵, la Cour de cassation affirme le contraire »³⁷⁶ ? La réponse a déjà commencé à être avancée. Il faut recourir à la distinction entre l'exigence de loyauté

³⁷⁴ Sur la distinction entre la fonction complétive de la loyauté et sa fonction limitative, particulièrement opérante à propos de la loyauté contractuelle mais transposable à la loyauté de la négociation collective, v. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989 ; P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000. V. également A.-L. Mazaud, *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, thèse, Lyon II, 2016, p. 91 et s. qui précise que : « *La bonne foi peut ainsi exercer deux fonctions au sein du processus contractuel : l'une complétive, visant à permettre au juge d'enrichir le contenu du contrat d'obligations non prévues par les parties ; l'autre limitative, donnant au juge un outil pour contrôler les modalités d'exécution des obligations par les contractants* ».

³⁷⁵ Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, préc.

³⁷⁶ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 50.

originelle, celle créée par le juge judiciaire et qui ne fait que sanctionner les comportements déloyaux (loyauté « standard » envisagée de façon « négative »), et l'exigence de loyauté « complétive », promue par le législateur pour inciter aux comportements loyaux (loyauté envisagée de façon « positive ») : « *Concernant la violation du standard, la sanction de droit commun est la nullité, suivant les termes issus de la jurisprudence SEB précitée*³⁷⁷. *Concernant la violation des obligations de loyauté issues de l'accord de méthode, il est laissé aux partenaires sociaux le soin de définir, dans une démarche de procéduralisation de la négociation collective, la sanction attachée aux exigences posées par l'accord. Les deux loyautés ne se concurrencent donc pas, elles se coordonnent, le non-respect de l'accord de méthode relatif à la loyauté n'empêchant pas une action en reconnaissance de la violation du « principe » de loyauté* »³⁷⁸. Il n'en reste pas moins que pour être véritablement effectif, l'accord de méthode doit prévoir une clause recourant à la nullité si ses clauses ne sont pas respectées.

188. En résumé, il est pertinent de « *distinguer désormais trois figures de la loyauté : le standard de déloyauté qui s'impose comme un principe général de la négociation issue de la pratique judiciaire ; la loyauté procédurale des accords de méthodes issue de la loi Travail de 2016 ; les obligations spéciales de loyauté, propres à chaque régime de négociations - branche et entreprise - telles qu'issues des ordonnances Macron* »³⁷⁹. La première figure, d'origine jurisprudentielle, traduit une conception « négative » de la loyauté, tandis que les deux autres, d'origine légale, traduisent une conception « positive »³⁸⁰. De surcroît, ces diverses figures de la loyauté viennent valoriser la conventionnalisation de différentes manières. Pour ce qui est du standard de déloyauté, le juge judiciaire durcit son contrôle sur la loyauté de la négociation dans l'optique de renforcer la légitimité des accords collectifs ultérieurement conclus. Cette augmentation de la légitimité de la phase de négociation, et par suite des accords collectifs, est faite dans l'optique de renforcer la normativité conventionnelle. La valorisation de la conventionnalisation par l'augmentation de légitimité de la négociation collective se retrouve également dans les obligations spéciales prévues par

³⁷⁷ Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, préc.

³⁷⁸ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 51.

³⁷⁹ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *op. cit.*, p. 52.

³⁸⁰ « *Au terme de ce premier temps, on peut considérer que la loyauté laisse entrevoir un principe général de sanction des actes déviants et une promotion mesurée et spécifique des comportements vertueux* », *ibid.*

le législateur. Enfin, le recours aux accords de méthode valorise plus directement la normativité de la négociation collective, en permettant, au nom d'exigence de loyauté, de procéder à une négociation supplémentaire, ce qui renforce de fait sa normativité.

189. En tout état de cause, il y a un lien évident entre la valorisation de la loyauté de la négociation collective et celle de la conventionnalisation : le juge judiciaire, en durcissant son contrôle de la loyauté de la négociation, la promeut dans le but de promouvoir également la normativité conventionnelle. Le même lien existe lorsque le législateur prévoit des obligations spéciales de loyauté dans l'optique de légitimer et donc de valoriser la normativité conventionnelle. Le lien est encore plus fort entre la loyauté et les accords de méthode, puisqu'il traduit une réciprocité : le législateur généralise le recours à de tels accords pour faire respecter cette exigence de loyauté. Dès lors, au nom de la loyauté de la négociation, la loi généralise un type d'accord et donc favorise la négociation collective : l'exigence de loyauté valorise donc la conventionnalisation.

Conclusion du Chapitre 2

190. L'activité jurisprudentielle a permis ici de déterminer le régime juridique applicable à l'exigence de loyauté de la phase de négociation. La normativité des solutions prétoriennes du juge judiciaire a alors valorisé la conventionnalisation à deux niveaux distincts. Tout d'abord, en renforçant la légitimité des accords collectifs : un accord conclu selon une négociation menée loyalement et sérieusement est de fait plus légitime car soucieux de respecter plus de règles. Dans un second temps, la valorisation de la conventionnalisation a eu lieu en incitant la loi à s'emparer de cette problématique de la loyauté de la négociation. Le législateur a créé les accords de méthode, qui renforcent directement la normativité conventionnelle en faisant émerger un nouveau cas de négociation. Il a également créé des obligations spéciales de loyauté, de façon parcellaire, au sein du Code du travail, témoignant d'ailleurs plus de la sériosité de la négociation, que de sa loyauté. Les deux termes, toujours associés dans la loi ou la jurisprudence, méritent à ce titre d'être distingués.

CONCLUSION DU TITRE 1

191. En élargissant le domaine de compétence de la norme conventionnelle, le législateur a dû, par corrélation, prévoir tout un pan de dispositions légales supplétives applicables « à défaut » ou « *en l'absence d'accord collectif* ». A la lecture des expressions employées dans ces dispositions supplétives, ce dernier a donc pu consacrer un mécanisme : le préalable de négociation obligatoire. Ce mécanisme repose sur un rapport de subsidiarité entre le champ de la négociation collective et la disposition légale supplétive. Si toute subsidiarité ne reflète pas un rapport de supplétivité, toute supplétivité en revanche relève d'un rapport de subsidiarité. Cependant, toutes les dispositions légales applicables à défaut d'accord, si elles sont supplétives et donc subsidiaires de la négociation collective, ne mettent pas en oeuvre le préalable de négociation obligatoire. En effet, ce mécanisme ne concerne que le rapport entre négociation collective et dispositions supplétives non substantielles. Dans ce rapport de subsidiarité spécifique, l'élément premier n'est pas simplement la conclusion d'un accord collectif. Pour que la disposition supplétive non substantielle (soit la décision unilatérale de l'employeur dans tous les cas jusqu'alors reconnu par le juge) puisse s'appliquer, il faut un échec des négociations entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, négociations menées de façon loyale. L'élément premier est alors l'aboutissement d'une négociation loyale de droit commun, qui doit faire défaut pour mettre en pratique la décision patronale. Mais la tentative de négociation loyale doit avoir eu lieu, et ne pas avoir abouti à la conclusion d'un accord collectif. Ce qui signifie que si aucune négociation n'a débuté, ou que celle-ci a débuté et échoué mais n'a pas été tenue de façon loyale, ou encore qu'elle a eu lieu selon les modes substitutifs de négociation, la décision unilatérale de l'employeur ne pourra se voir appliquer.

192. C'est comme cela que le juge judiciaire a défini le mécanisme du préalable de négociation obligatoire : il faut donc une tentative loyale de négociation avec les partenaires sociaux, tentative qui s'est révélée infructueuse, pour que l'employeur puisse prendre une décision unilatérale. Le juge, en interprétant les dispositions légales, a donc commencé à reconnaître ce mécanisme dans plusieurs thèmes légaux, sans pour autant aller jusqu'à le reconnaître de façon générale. Ce n'est qu'au cas par cas qu'il a commencé à déterminer le régime juridique du préalable de négociation obligatoire, en énonçant notamment dans ses solutions jurisprudentielles ce qu'il fallait entendre par négociation « loyale », et que le

recours à la décision patronale ne pouvait pas être effectif lorsque la négociation avait eu lieu avec des acteurs de négociation substitutive. La construction du régime juridique de ce mécanisme se fait donc au fil de l'eau, en même temps que sa détermination dans de nouveaux cas pour lesquels la loi utilise les expressions « *à défaut* » ou « *en l'absence d'accord* ». Reste alors au juge judiciaire à généraliser sa reconnaissance dans tous les domaines légaux ayant recours à ces terminologies, pour démontrer encore davantage son rôle majeur dans la consolidation de la normativité renforcée de la négociation collective.

193. Cette valorisation de la normativité conventionnelle passe donc par la reconnaissance d'un mécanisme découlant de l'interprétation de la loi, mais également par l'intégration de nouvelles règles au sein des solutions jurisprudentielles. Suite à la conventionnalisation, l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire a également consisté à adapter certains principes d'origine prétorienne. L'adaptation du principe de loyauté dans un contexte de renforcement de la normativité conventionnelle traduit en réalité un durcissement de son contrôle, toujours dans l'optique de valoriser encore davantage la négociation collective dans son ensemble. Au même titre que la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire, le durcissement du contrôle de la loyauté touche à la phase de négociation entre le patronat et les organisations syndicales représentatives. Le juge judiciaire se montre alors de plus en plus sévère avec les conditions et les modalités de la négociation entre ces différents acteurs, en exigeant que le principe de loyauté soit respecté, et en déterminant petit à petit le régime juridique de cette loyauté de la négociation. Cette exigence jurisprudentielle de loyauté a d'ailleurs été entendue par le législateur, qui en généralisant le recours aux accords de méthode pour promouvoir des comportements vertueux au cours de la négociation, et en intégrant des obligations spéciales au sein du Code du travail, vient encore accroître cette valorisation de la conventionnalisation. L'intégration jurisprudentielle du principe de loyauté a alors renforcé ce mouvement de deux manières : en permettant de légitimer davantage la négociation collective et les accords collectifs qui en découlent, et en incitant le législateur à oeuvrer pour cette loyauté, ce qu'il a fait en ayant justement recours à la négociation collective pour promouvoir ce principe. Ce deuxième renforcement de la conventionnalisation, par le biais des accords de méthode, traduit donc une parfaite réciprocité, l'exigence de loyauté ayant contribué à la généralisation des accords de méthode (et donc à une normativité renforcée de la négociation collective), qui ont eux-mêmes pour but de renforcer l'exigence de loyauté.

194. Dès lors, si la jurisprudence judiciaire cherche à renforcer la légitimité de la phase de négociation, et par conséquent de la norme conventionnelle, c'est évidemment en raison de la conventionnalisation, qui est donc la cause de ces bouleversements de l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire. Mais ce durcissement du contrôle de la loyauté de la négociation, tout comme la détermination du préalable de négociation obligatoire, a également pour conséquence de valoriser ce mouvement de conventionnalisation, et donc de renforcer la normativité de la négociation collective et des accords qui en découlent. On assiste donc à un mouvement circulaire : la conventionnalisation - bien souvent mise en oeuvre par le législateur - modifie l'activité jurisprudentielle du juge, qui elle, en se réinventant, renforce ce mouvement, en valorisant à la fois la phase de négociation et le contenu de l'accord. Ce contenu est valorisé notamment par la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle.

TITRE 2 :

La valorisation jurisprudentielle

par l'adaptation du principe d'égalité de traitement

à la norme conventionnelle

195. La jurisprudence judiciaire a dégagé le principe d'égalité de traitement, qui signifie que dans des situations identiques, les salariés doivent être traités de la même façon. Cette définition du principe d'égalité de traitement, comme sa reconnaissance par le juge judiciaire afin d'en déterminer le domaine, méritent quelques précisions. La définition et la détermination du domaine de l'égalité de traitement par le juge permettent de constater un certain mouvement de la jurisprudence judiciaire. En effet, ce thème a permis au juge de l'ordre judiciaire, dans un premier temps, d'asseoir la conventionnalisation du droit du travail en présumant justifiées les différences de traitement d'origine conventionnelle.

196. S'il faut en réalité distinguer plusieurs situations précises où le rôle du juge a consisté à créer une présomption de justification des différences de traitement prévues par accord collectif, la date du 27 janvier 2015 marque un véritable tournant. En effet, en ce qui concerne les différences prévues par accord entre diverses catégories professionnelles, les arrêts de la chambre sociale du 27 janvier 2015³⁸¹ viennent balayer l'arrêt *Pain* du 1er juillet 2009³⁸². Celui-ci énonçait pourtant très clairement que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ». Il n'existant à l'époque aucune distinction selon que la différence de traitement provienne d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur : « *Selon la logique en vigueur à l'époque, appartenir à des catégories professionnelles distinctes ne signifiait pas que les salariés soient placés dans des situations différentes au regard d'un avantage donné. La situation des salariés devait être comparée, au regard de l'avantage en cause, et si les salariés étaient considérés comme étant placés dans une situation identique, le juge appréciait si la différence de traitement reposait sur des raisons objectives pertinentes* »³⁸³, et ce peu important la source de la différence de traitement.

³⁸¹ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

³⁸² Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, *Pain c/ Sté DHL express*, D. 2009, p. 2042 ; ibid. 2010, p. 342 et les obs. ; ibid. 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2009, p. 1002, obs. C. Radé ; ibid. p. 1169, note P.-H. Antonmattei ; JCP S 2009, 1451, note E. Jeansen ; SSL 28 septembre 2009, p. 16, chron. J. Barthélémy ; ibid. p. 13, interview P. Bailly.

³⁸³ E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif de travail*, op. cit., p. 255.

197. Suite aux difficultés pour les employeurs de justifier d'une raison objective et pertinente, les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont dû intervenir une première fois pour préciser les situations où il existait une raison objective et pertinente justifiant une différence de traitement entre salariés relevant de catégories professionnelles distinctes³⁸⁴. Avec cette précision, le juge tenait à préserver les avantages catégoriels, avant de reconnaître explicitement qu'un avantage accordé à une catégorie professionnelle, prévu par accord collectif, suffisait à le présumer justifié.

198. Cette reconnaissance jurisprudentielle de la présomption de justification des différences de traitement prévues par accord collectif repose sur un fondement particulier, qui a des effets touchant directement le juge judiciaire (**Chapitre 1**). Pour autant, l'activité jurisprudentielle intégrant cette présomption de justification dans le but de promouvoir la normativité des accords collectifs n'est pas en tout point linéaire. Son domaine, qui a eu pendant longtemps vocation à s'étendre dans toutes les situations où un accord prévoyait une différence de traitement, s'est vu encadré, là encore du fait de l'intervention des magistrats de la Cour de cassation, témoignant vraisemblablement d'une méfiance relative en la norme conventionnelle (**Chapitre 2**).

³⁸⁴ Cass. soc. 8 juin 2011, n° 10-11.933 et n° 10-14.725, V, n° 155 : « dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ».

Chapitre 1 :

Le fondement et les effets de la présomption de justification

199. Sous l'impulsion d'une partie de la doctrine, les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont décidé de mettre en place une présomption de justification des différences de traitement nées d'une convention ou d'un accord collectif de travail. Mais pourquoi la doctrine a-t-elle tant insisté pour que la jurisprudence différencie de la sorte les différences de traitement prévues conventionnellement et celles prévues unilatéralement ? Et quels sont les effets de cette présomption, notamment vis-à-vis du juge judiciaire ? La réponse à ces questionnements amène à étudier successivement le fondement de la présomption de justification (**Section 1**) et ses effets (**Section 2**).

Section 1 :

Le fondement de la présomption de justification

200. Avant d'instituer une présomption de justification dans le cas où la différence de traitement entre salariés provient d'un accord collectif, la jurisprudence de la chambre sociale de la Haute juridiction a dû reconnaître et déterminer le régime juridique du principe d'égalité de traitement. Dès lors, l'examen de l'évolution prétorienne dudit principe (Paragraphe 1) permettra d'appréhender le véritable fondement de la présomption : le hausse de légitimité des partenaires sociaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'évolution prétorienne du principe d'égalité de traitement

201. Avant de se pencher plus en détail sur le type de contrôle que va exercer le juge sur l'accord collectif instituant une différence de traitement entre salariés, il faut bien constater que le rôle du juge judiciaire a déjà été prépondérant s'agissant de la reconnaissance de l'égalité de traitement en tant que principe fondamental du droit du travail. A l'origine, le législateur avait déjà reconnu et mentionné la règle « *à travail égal, salaire égal* », inscrit dans la loi du 13 novembre 1982³⁸⁵. C'est pourtant bel et bien la jurisprudence qui a érigé

³⁸⁵ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, préc. Cette loi avait notamment pour objectif de répondre au problème des disparités salariales entre les hommes et les femmes.

cette règle en principe dans l'arrêt *Ponsolle* de la chambre sociale du 29 octobre 1996³⁸⁶, pour ensuite l'élargir, afin d'en faire le principe d'égalité de traitement. Or, il est admis que c'est au législateur qu'il revient, en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958, de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Cependant, force est de constater que c'est bien le juge qui a eu ici un rôle central de détermination d'un principe fondamental, en délimitant les contours de ce principe, quand la loi se contentait d'énoncer une règle légale sans plus de précisions quant à son régime juridique. L'élargissement de la règle « *à travail égal, salaire égal* » a vu le jour dans un arrêt de la chambre sociale du 10 juin 2008³⁸⁷, qui pour la première fois, dans son visa cite expressément le principe d'égalité de traitement. Si de nombreuses dispositions légales, depuis la loi du 13 novembre 1982, avaient commencé à s'inspirer du principe « *à travail égal, salaire égal* », c'est donc le célèbre arrêt *Ponsolle* qui lui a donné « *le coup d'envoi de la future célébrité* »³⁸⁸, tandis que d'autres décisions jurisprudentielles ultérieures sont venues en élargir les contours, pour en faire le principe de l'égalité de traitement.

202. Le rôle du juge a donc été central, non seulement en élargissant un principe originel quelque peu étroit, mais aussi pour déterminer son régime juridique applicable, notamment lorsqu'une « atteinte » lui est portée par un accord collectif : ce qui renvoie alors à la question du contrôle du juge judiciaire sur l'accord collectif. Ce principe fondamental de l'égalité de traitement a donc été dégagé par la jurisprudence dans toutes les hypothèses où ni le principe « *à travail égal, salaire égal* », ni le principe de non-discrimination, ne pouvaient s'appliquer. Le principe d'égalité de traitement se veut donc plus large, alors que le principe de non-discrimination, lui, a vocation à être mobilisé dans les cas les plus graves, où les attentes à l'égalité de traitement entre salariés sont les plus insupportables. Un principe de non-discrimination mobilisé à l'aune du droit de l'Union européenne, qui fut précurseur en la matière, en adoptant, dans la deuxième moitié du vingtième siècle, un grand nombre de directives et en les mentionnant dans les traités fondateurs de l'UE³⁸⁹. Autant de sources

³⁸⁶ Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, RJS 12/96 n° 1272, Bull. civ. V n° 359 ; Dr. soc. 1996, p. 1013 note A. Lyon-Caen ; Dr. ouv. 1997, p. 148 obs. P. Moussy. V. aussi P. Waquet, « Retour sur l'arrêt Ponsolle », RTD trav. 2008 p. 22.

³⁸⁷ Cass. soc. 10 juin 2008, n° 06-46.000, Dr. soc. 2008, p. 981, chron. C. Radé ; SSL n° 1359, p. 10, entretien avec P. Bailly.

³⁸⁸ Pour reprendre une expression doctrinale bien connue.

³⁸⁹ Traité de Rome, 1957, art. 12 et 13 ; Traité FUE de Lisbonne, art. 8, 10, 18 ; Directive 75/117/CEE du 10 février 1975 ; Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976.

communautaires qui serviront alors de base et de modèle au législateur et ensuite au juge français, puisque le principe d'égalité de traitement sera partiellement reconnu, à travers une de ses composantes - la rémunération - dans l'arrêt déjà maintes fois cité, l'arrêt dit *Ponsolle*. De même, le principe « *à travail égal, salaire égal* » a aussi été abordé en amont par les normes supranationales, dans les hypothèses notamment de discriminations sexistes³⁹⁰, et plus largement en faisant écho au principe d'égalité des travailleurs devant la loi³⁹¹. Après l'affirmation de la normativité du principe d'égalité de traitement³⁹² dans cette solution de la chambre sociale, cette dernière a cherché à élargir davantage ce principe fondamental, comme le précise Christophe Radé, « *pour consacrer explicitement un principe-norme d'« égalité de traitement » en vertu duquel « l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés s'il justifie que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique peuvent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage sont préalablement définies et contrôlables »*³⁹³. Ici encore, le principe ne venait pas concurrencer les applications particulières du principe d'égalité de traitement, dans la mesure où les motifs retenus (différence de statut ou de catégorie professionnelle, de date d'embauche, d'établissement d'appartenance) n'étaient pas visés par les textes réprimant les discriminations et où les avantages en cause n'étaient pas tous des éléments de salaire ou de rémunération. Ces « nouveaux » principes n'avaient donc pas vocation à concurrencer les deux régimes en place (non-discrimination et principe « *à travail égal, salaire égal* ») mais seulement à régler des cas particuliers. Sous un vocable unique (*l'égalité de traitement*) se cachait donc déjà une grande variété de règles et de régimes »³⁹⁴.

³⁹⁰ Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 : Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale ; art. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; art. 20 de la charte sociale européenne ; art. 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁹¹ Art. 23, al. 2, de la DUDH : « *2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* ».

³⁹² Et plus précisément de sa composante principale qu'est l'aspect financier, « *à travail égal, salaire égal* ».

³⁹³ Cass. soc. 30 novembre 2008, n° 06-46.447.

³⁹⁴ C. Radé, « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », Dr. soc. 2019, p. 447.

Paragraphe 2 : La légitimité des partenaires sociaux comme raison déterminante de la présomption de justification

203. A compter des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2015 et de la consécration de la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, le changement de paradigme fut clair : dès lors qu'une différence de traitement a été consentie par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, qui sont devenues après la réforme du 20 août 2008 plus légitimes pour représenter les intérêts des salariés, rien ne justifiait de « retoquer » l'accord collectif sur ce point³⁹⁵. Si la loi du 20 août 2008 a renforcé la légitimité des partenaires sociaux, négociateurs légitimes des conventions et accords collectifs, par la participation directe des salariés à leur désignation, il semblait on ne peut plus logique de différencier selon que l'inégalité de traitement provienne de la norme conventionnelle plus légitime, ou de la décision unilatérale de l'employeur. De plus, cette même loi a également permis l'ouverture de négociations catégorielles. Dans la mesure où la loi reconnaît la spécificité de la catégorie des cadres, rien ne justifie désormais que la négociation collective ne puisse pas conclure des dispositions spécifiques pour cette catégorie de personnel. Selon Jean-Marc Béraud, continuer de refuser une négociation d'avantages spécifiques pour les cadres s'apparenterait à renier l'autonomie des organisations syndicales³⁹⁶. Les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation justifient principalement la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles

³⁹⁵ « Indéniablement, ces magistrats l'affirment, la loi du 20 août 2008 a été déterminante. Les salariés sont titulaires du droit constitutionnel de participation à la détermination collective des conditions de travail, et c'est par l'intermédiaire des partenaires sociaux que ce droit s'exerce. Les partenaires sociaux ont vocation à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs, et depuis la loi du 20 août 2008, leur légitimité repose sur un fondement démocratique issu des résultats électoraux, la représentativité des syndicats est soumise au vote des salariés, et la qualité de syndicat représentatif donne accès à la négociation collective, donc à l'exercice du droit de participation. Il est alors mis en avant que les salariés ne doivent pas pouvoir se soustraire à la représentativité des organisations syndicales, à la détermination de laquelle ils participent pourtant par leurs votes », E. Filippetto, *Le juge et l'accord collectif de travail*, op. cit., p. 263. Sur le même sujet, v. not. : O. Dutheillet de Lamothe, « La révolution tranquille de la chambre sociale », JCP S 2015, 1251 ; C. Radé, « Le juge et l'air du temps », Dr. soc. 2017, p. 889 ; J.-G. Huglo, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », SSL 2016, n° 1739 ; v. du même auteur « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge », RJS 2018, p. 179.

³⁹⁶ J.-M. Béraud, « Arrêts du 27 janvier sur les avantages catégoriels : l'éclairage de Jean-Marc Béraud », LSQ L'actualité 2015, n° 16765.

par la hausse de légitimité des syndicats et par conséquent la légitimation des spécificités de la négociation catégorielle³⁹⁷.

204. En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation a également justifié sa décision par le fait que la normativité et la légitimité de la négociation collective proviennent de la loi elle-même : cette dernière délègue une partie de sa normativité à la négociation collective³⁹⁸. Dès lors que l'accord collectif - et de fait les partenaires sociaux - tient sa légitimité et sa normativité du fait de la délégation du législateur, la Haute juridiction pouvait elle aussi reconnaître la légitimité des partenaires sociaux et, *de facto*, la normativité renforcée des accords collectifs de travail se traduisant par une absence d'immixtion dans ce que les négociateurs ont décidé. Elle le fit d'ailleurs en s'appuyant sur les décisions constantes du Conseil constitutionnel laissant à la loi le soin de préciser les conditions d'application des principes fondamentaux du droit du travail³⁹⁹, et ne voyant aucun inconvénient à ce que les modalités concrètes de leur application soient le fruit de la négociation collective, en raison de la délégation du législateur⁴⁰⁰.

205. Pour ces deux raisons, il fallait que le juge judiciaire fasse une distinction évidente selon la source de l'inégalité de traitement. Cette source, qui peut être l'accord collectif de travail ou la décision patronale, devient alors une autre raison pour justifier le mécanisme de la présomption. Une différence de traitement prévue par une norme négociée par des partenaires sociaux devenus plus légitimes, et que délègue ses prérogatives à cette norme conventionnelle, sera bien mieux acceptée par les salariés qu'une différence de traitement née de la seule volonté de l'employeur. Dans un tel contexte, les juges de la Haute juridiction se devait de d'opérer un contrôle différent selon la source d'inégalité de traitement. Cette

³⁹⁷ « Même si cela n'est jamais verbalisé, reconnaissons ici que pour beaucoup de juges, il y a d'abord un problème de légitimité des acteurs que sont les partenaires sociaux à créer de la norme. La raison en est double. D'abord, le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, a le culte de la loi et l'accord collectif lui apparaît parfois comme une source de droit dégradée. Ensuite, confier les clefs de la création du droit à des acteurs étrangers à ce monde du droit n'est pas naturel. Ce n'est donc pas un hasard si, au lendemain de la loi du 20 août 2008 qui donnait une place nouvelle à l'accord en matière de temps de travail, intervenait dès 2009 la jurisprudence Pain de la chambre sociale de la Cour de cassation. Faute de légitimité des acteurs, le juge prenait la place laissée libre par le législateur aux partenaires sociaux. Heureusement, la sagesse est revenue avec l'arrêt du 27 janvier 2015, dont on ne saluera jamais assez la clairvoyance et le courage sur lesquels il repose », J.-D. Combrexelle, « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », Dr. soc. 2020, p. 503.

³⁹⁸ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », Dr. soc. 2015, p. 237.

³⁹⁹ V. l'article 34 de la Constitution de 1958, énonçant que la loi « détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail ».

⁴⁰⁰ Cons. const. 11 avril 2014, n° 2014-388.

position souhaitant entériner la différence de contrôle judiciaire selon que la différence de traitement est prévue par accord ou par décision unilatérale de l'employeur était - logiquement - largement dominante en doctrine⁴⁰¹, malgré quelques avis contraires soutenant la solution de l'arrêt *Pain*⁴⁰². C'est même cette mouvance doctrinale hostile à la jurisprudence du 1er juillet 2009 qui fut sans doute à l'origine du rétropédalage du juge judiciaire, et qui s'est par la suite félicité de ce changement de paradigme⁴⁰³.

Section 2 :

Les effets de la présomption de justification

206. La jurisprudence a fini par instaurer un régime probatoire favorable à l'employeur lorsqu'une différence de traitement née d'une convention ou d'un accord collectif. Si elle a fini par entendre la grande majorité des auteurs, cette présomption de justification ne manque pas de faire parler en ce qui concerne ses effets. Ceux-ci ont une influence à la fois sur la normativité des accords collectifs dans leur ensemble (Paragraphe 1) et sur le nouveau rôle qui en découle pour le juge judiciaire (Paragraphe 2), ne cessant d'alimenter les controverses doctrinales.

Paragraphe 1 : Les effets de la présomption sur la normativité des accords collectifs

207. Les arrêts du 27 janvier 2015⁴⁰⁴ ont engendré une véritable révolution dans la manière d'appréhender les accords collectifs. Ces derniers ont gagné en normativité, et les solutions

⁴⁰¹ V. not. P.-H. Antonmattei, « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », Dr. soc. 2009, p. 1169 ; J.-E. Ray, « A travail inégal, salaire inégal », Dr. soc. 2011, p. 42 ; F. Favennec-Héry, « Jurisprudence et relations professionnelles : l'équilibre compromis ? », JCP S 2015, 1289 ; B. Serizay, « L'égalitarisme ou la régression sociale en marche », SSL 2011, n° 1497, p. 13.

⁴⁰² V. not. A. Lyon-Caen, « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité entre salariés - Les cadres ont-ils encore un avenir ? », SSL 2011, n° 149, p. 8 ; A. Fabre, « Egalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. G. Borenfreund et I. Vicarie, Dalloz, 2013, coll. Thèmes et commentaires ; J.-M. Béraud, « Le principe d'égalité », in *Les rencontres de la chambre sociale de la cour de cassation*, Dalloz 2011, p. 61 ; H. Gosselin, « Accord collectif et égalité de traitement. Différences fondées sur des catégories professionnelles », obs. sous 8 juillet 2011, n° 10-14.725, RJS 2011, p. 599 ; P. Bailly, « Un accord ne peut exclure une catégorie professionnelle d'un avantage sans justification », SSL 2009, n° 1414, p. 13.

⁴⁰³ L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement » », SSL 2015, n° 1663, p. 12.

⁴⁰⁴ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

jurisprudentielles précitées témoignent de la valorisation de la négociation collective : « *si les arrêts du 27 janvier 2015 opèrent un revirement concernant l'égalité de traitement et les avantages catégoriels, ils s'inscrivent en revanche pleinement dans une tendance accentuée à la promotion de la négociation collective. Après le législateur et les partenaires sociaux, ce sont donc les juges, accompagnant le discours politique, qui usent de leurs outils pour refaçonner l'édifice normatif. Ils le font en situant la négociation collective par rapport aux autres sources du droit du travail, et en particulier par rapport à la loi. Ils le font également en érigeant le vote en clef de voûte de l'édifice normatif ainsi construit* »⁴⁰⁵. Une telle confiance accordée par le juge judiciaire aux normes provenant de la négociation collective traduit sa volonté de participer, lui aussi, à la promotion de la normativité des conventions et accords collectifs. Dès lors, la différence de normativité avec la décision unilatérale de l'employeur se fait de plus en plus ressentir. Par ailleurs, même si l'avantage octroyé à une catégorie de salariés provient d'un accord collectif mais que l'employeur conserve un pouvoir d'appréciation dans l'octroi de cet avantage, la présomption de justification ne peut s'appliquer : il appartient alors dans ce cas de figure à l'employeur d'apporter la preuve d'éléments objectifs justifiant la différence de traitement⁴⁰⁶. Le juge contrôle donc différemment une différence de traitement d'origine conventionnelle ou mise en place unilatéralement. Un nouveau régime probatoire qui a donc des conséquences directes sur le contrôle judiciaire du contenu de l'accord collectif. Ce dernier, par la modification de la nature de son contrôle, se met au service de la valorisation de la norme conventionnelle⁴⁰⁷.

208. Si le changement de cap opéré par l'arrêt du 27 janvier 2015 à propos du principe d'égalité de traitement a vraisemblablement ouvert la porte à une confiance davantage accrue en la négociation collective, cette confiance renouvelle le rôle du juge judiciaire. Sans anticiper sur les développements venant immédiatement à la suite⁴⁰⁸, le lien permanent entre la valorisation de la conventionnalisation et le contrôle judiciaire oblige à avancer que ce dernier n'aura alors plus vocation à ingérer dans ce qui est décidé par les partenaires sociaux. En effet, cette marque de confiance en la norme conventionnelle l'oblige à revoir son pouvoir

⁴⁰⁵ E. Peskine, « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », RDT 2015, p. 339.

⁴⁰⁶ Cass. soc. 9 novembre 2016, n° 15-10.373, L. Cailloux-Meurice, « Absence de présomption de justification d'une différence de traitement fixée par accord collectif mais sur laquelle l'employeur conserve un pouvoir d'appréciation », JCP S 2016, 1433.

⁴⁰⁷ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 239.

⁴⁰⁸ *infra*. n° 206 et s.

de contrôle à l'aune de l'augmentation de normativité et de légitimité de cette dernière. Si le juge judiciaire a dû revoir son rôle à propos de tout ce qui a trait à la négociation collective, il est préférable de dire que le juge judiciaire a un rôle sensiblement différent en ce qui concerne les relations collectives par rapport à son impact sur les relations individuelles. Force est de constater que le juge, s'agissant de son contrôle sur les accords collectifs instaurant une différence de traitement, a pris exemple sur ce qu'il avait lui-même décidé vis-à-vis des conflits collectifs. Lors d'une grève, « *le juge judiciaire n'a ni qualité, ni compétence, pour apprécier la légitimité des revendications des grévistes* »⁴⁰⁹. Il se met lui-même en retrait⁴¹⁰ pour ne pas interférer dans les revendications salariales, n'ayant aucun pouvoir pour contrôler la légitimité desdites revendications. Pourquoi alors ne pas faire preuve d'une prudence identique concernant l'ensemble des relations collectives et plus particulièrement les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif ? C'est ce que préconise Jean-Emmanuel Ray, lorsqu'il énonce qu' « *à moins d'estimer que les délégués syndicaux sont au mieux des marionnettes entre les doigts capricieux du chef d'entreprise, ou au pire stipendiés, les partenaires sociaux peuvent trouver ensemble des solutions aussi pragmatiques qu'équilibrées : l'accord est pour eux pertinent, quand ils apposent leur signature. Bref, le contrôle judiciaire pourrait se limiter à être pertinent par rapport à la source en cause* »⁴¹¹. Le juge judiciaire a fini par faire un pas dans ce sens avec l'arrêt du 27 janvier 2015, suivi par une série d'arrêts rendus dans des domaines voisins, sans pour autant asseoir totalement cette vision jurisprudentielle dans son contrôle sur les accords collectifs, témoignant de sa méfiance envers la normativité de la négociation collective sur ce thème de l'égalité de traitement⁴¹².

209. Le fait que le juge judiciaire se mette au service de la conventionnalisation va par la suite avoir des conséquences sur le rôle de celui-ci, et particulièrement sur son pouvoir de contrôle de l'application de l'accord collectif. Mais si le lien entre valorisation de la conventionnalisation et contrôle du juge judiciaire est indéniable, il ne témoigne pas pour

⁴⁰⁹ Cass. soc. 2 juin 1992, n° 90-41.369, GADT, 4ème éd., n° 193 ; Dr. soc. 1992, p. 696, rapport. P. Waquet ; RJS 1992, p. 501, n° 906.

⁴¹⁰ Ou plus précisément, remodèle son pouvoir de contrôle sur le contenu de l'accord collectif.

⁴¹¹ J.-E. Ray, « Dossier : Juges et accords collectifs de travail, Introduction générale au débat, Légalité et légitimités », Dr. soc. 2020, p. 481.

⁴¹² *infra.* n° 228 et s.

autant d'une concurrence, contrairement à ce que préconise la doctrine arguant d'une mise en retrait des magistrats de la Cour de cassation.

Paragraphe 2 : Les effets de la présomption sur le rôle du juge judiciaire

210. Si les magistrats de la Haute juridiction ont reconnu la présomption de justification, c'est certes en raison de la légitimité renforcée des négociateurs des accords collectifs, mais également suite à la pression exercée par la doctrine travailliste. Cette dernière s'appuie alors sur la reconnaissance de ladite présomption pour justifier le fait que le juge judiciaire se mette en retrait. Mais cette vision doctrinale ne fait pas l'unanimité. Les divergences doctrinales quant au rôle du juge suite à la mise en oeuvre de la présomption de justification (A) nous permettent alors d'avancer une théorie à propos de la concurrence que certains auteurs constatent entre l'application de l'accord collectif et le contrôle judiciaire (B).

A/ Les divergences doctrinales sur le rôle du juge judiciaire

211. La plupart des auteurs ont plaidé en faveur d'une restriction du contrôle du juge judiciaire sur l'accord collectif ayant gagné en légitimité. C'est le cas notamment de Jean-Emmanuel Ray, qui fait une demande claire aux juges : « *Ne toucher qu'avec une main tremblante au consensus social, si difficile à établir en France, donc aux conventions collectives. Faites confiance aux signataires : préférez la solution qui laisse le plus aux acteurs* »⁴¹³. D'autres auteurs, comme le professeur Alexandre Fabre, alertent au contraire sur les dangers d'un effacement de tout contrôle judiciaire à la suite du nouveau positionnement des magistrats de la Haute juridiction à propos des différences de traitement conventionnelles : « *Ajoutée à la loi Larcher, aux projets de réforme constitutionnelle, cette nouvelle marque de confiance adressée aux partenaires sociaux peut être source d'inquiétudes. Depuis 2007, ne surestime-t-on pas la capacité de ces derniers à légiférer ? Voilà en plus qu'on les laisse seuls juges de l'égalité de traitement entre les salariés ! Noble mission. Mais en ont-ils les moyens ?* »⁴¹⁴. Certains demandent donc le retrait du juge, d'autres le craignent. Mais il y a aussi ceux qui refusent de voir en la conventionnalisation l'effacement du contrôle judiciaire.

⁴¹³ J.-E. Ray, « Le juge et les accords sur l'emploi », *op. cit.*, p. 107.

⁴¹⁴ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls « juges » du principe d'égalité », Dr. soc. 2015, p. 237.

En effet, Paul-Henri Antonmattei, s'il constate qu'un « *respect judiciaire de la normativité renforcée de la règle conventionnelle s'affirme progressivement* »⁴¹⁵, insiste sur le fait que la « *promotion législative de l'accord collectif ne sonne pas le tocsin du pouvoir judiciaire* »⁴¹⁶. Laurence Pécaut-Rivolier ne voit pas non plus un recul du pouvoir de contrôle du juge suite aux nouvelles solutions dégagée suite aux arrêts du 27 janvier 2015 : « *Doit-on pour autant craindre un abandon par le juge de son pouvoir de contrôle de l'accord collectif ? La réponse est nécessairement négative. Tout acte juridique doit pouvoir être contesté devant un juge, et le juge de l'accord collectif est le juge judiciaire. Il est donc évident que le juge exerce un contrôle de légalité sur l'accord collectif, dont il vérifie la forme et le fond*417. Dans cette optique, il conviendra de se demander si parler d'« effacement », de « recul » ou de « retrait » du contrôle judiciaire, est bien pertinent.

212. Il n'en demeure pas moins que le contrôle du juge a évolué. Ce contrôle deviendrait simplement un contrôle de légalité, se cantonnant à faire respecter les dispositions légales en vigueur, et non un contrôle de pertinence, subjectif. Certains auteurs, ne souhaitant pas un retrait total du juge judiciaire, ont alors plaidé pour ce type de contrôle, inspiré du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. C'est le cas du professeur Christophe Radé, à propos des différences de traitement conventionnelles : « *Si nous souhaitons fortement que la Cour laisse plus d'autonomie aux partenaires sociaux dans la détermination des justifications apportées aux différences conventionnelles de traitement, il ne faudrait pas que les juges se désintéressent totalement de la question, dès lors que celle-ci relève de la négociation collective, car, n'en déplaise à Fouillée, le conventionnel n'est pas nécessairement juste. Entre l'excès d'une vérification approfondie et l'abandon de tout contrôle, une voie médiane doit être clairement dégagée autour d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation*418. Paul-Henri Antonmattei fait également ce parallèle, lorsqu'il constate la hausse de légitimité des négociateurs et de l'accord collectif en tant que tel : « *la légitimité des acteurs et celle de l'accord collectif, renforcée désormais, pour l'accord d'entreprise, par l'exigence d'une majorité d'engagement, n'appellent-elles pas un contrôle allégé du juge sur le modèle*

⁴¹⁵ P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *op. cit.*, p. 426.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ L. Pécaut-Rivolier, « L'accord collectif et le juge », *op. cit.*, p. 502.

⁴¹⁸ Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 07-45.528, Dr. soc. 2010, p. 345, obs. C. Radé.

*du contrôle pour erreur manifeste d'appréciation du juge administratif ? »*⁴¹⁹. La même analyse est faite par Laurence Pécaut-Rivolier, s'interrogeant plus généralement sur l'ampleur du contrôle judiciaire : « *contrôle lourd ? Contrôle léger ? Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation comme le fait le Conseil d'État sur les actes réglementaires ? À quelle fonction répond désormais ce contrôle ? C'est cette question que la doctrine et la jurisprudence doivent désormais repenser* »⁴²⁰. C'est justement à ces questions que nous nous efforçons de répondre, et qui amènent immédiatement à s'interroger sur la possible concurrence entre ce contrôle judiciaire et l'application de l'accord collectif dans un contexte de conventionnalisation.

B/ Application de l'accord collectif et contrôle du juge judiciaire : une mise en concurrence ?

213. Existe-t-il un phénomène de vases communicants entre la normativité de la jurisprudence et celle des accords collectifs ? Quand la normativité jurisprudentielle baisse, celle des accords augmente-t-elle, et réciproquement ? Pour Emmanuelle Filipetto, ce repositionnement du juge judiciaire suite à la conventionnalisation du droit du travail s'apparente à une restriction de ses prérogatives. L'auteur parle en effet de « *confrontation* » entre le juge et l'accord collectif de travail⁴²¹. Elle explique que la promotion de normativité conventionnelle nécessite une certaine mise en retrait du juge judiciaire, qui, selon elle, fait l'unanimité chez les auteurs ayant écrit sur le sujet : « *Une affirmation est récurrente dans les écrits : la légitimité de l'accord collectif doit entraîner, comme mécaniquement, un recul du contrôle du juge. (...) Le juge se doit de respecter l'autonomie des partenaires sociaux et, en conséquence, rester en retrait* »⁴²². Une mise en retrait (certes nuancée), traduisant à coup sûr, selon l'auteur, une concurrence normative entre le juge (et plus précisément entre l'activité jurisprudentielle du juge de l'ordre judiciaire) et la négociation collective. L'exemple attestant d'une telle concurrence normative serait alors le domaine des différences de traitement d'origine conventionnelle⁴²³. Cette vision restreignant le rôle du juge judiciaire a

⁴¹⁹ P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *op. cit.*, p. 427.

⁴²⁰ L. Pécaut-Rivolier, « L'accord collectif et le juge », *op. cit.*, p. 504.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ La multiplication des débats sur le rôle du juge quant aux accords collectifs s'est produite après l'arrêt du 1er juillet 2009 et plus encore après les arrêts du 27 janvier 2015.

en effet un écho important - mais pas unanime - en doctrine. Nombreux sont les auteurs, comme Jean-Yves Frouin, qui ont théorisé un « *recul du juge en droit du travail* »⁴²⁴. Monsieur le professeur Bernard Teyssié parle lui de « *son exclusion des techniques de règlement des conflits* »⁴²⁵, tout comme le professeur Jean-François Cesaro qui fait une analyse analogue : « *on observe, particulièrement en droit social, un mouvement législatif d'ampleur dont l'effet est de limiter la possibilité ou le développement des procès judiciaires* »⁴²⁶. Le professeur Pierre-Yves Verkindt, de façon plus générale, en ne renvoyant pas uniquement à la problématique de saisine judiciaire, constate « *la mise hors circuit du juge* »⁴²⁷. Toutefois, ces avis doctrinaux ne sont pas propres aux rapports entre juge judiciaire et négociation collective, et donc au domaine des différences de traitement prévues par accord collectif. Au contraire, selon nous, les exemples donnés par ces auteurs de mise en retrait du juge judiciaire sont pertinents lorsqu'ils ne concernent pas directement les relations collectives de travail.

214. D'autres auteurs ont, quant à eux, vu un repli du juge particulièrement en ce qui concerne son approche de la norme conventionnelle. C'est le cas des professeurs Jean-Emmanuelle Ray⁴²⁸, ou encore Yann Leroy, lorsqu'ils émettent des critiques envers les ordonnances du 22 septembre 2017, ayant notamment pour but d'écartier le juge⁴²⁹. Enfin, les professeurs Pascal Lokiec et Judith Rochfeld témoignent une nouvelle fois d'un retrait du juge, corrélé à la conventionnalisation : « *retrait constraint par la loi* » ou « *retrait volontaire du juge* »⁴³⁰. Encore une fois, c'est bien l'exemple de la présomption de justification des différences de traitement conçues par accord collectif qui leur permet de tenir de tels propos.

215. Selon nous, une concurrence, quelle qu'en soit la nature, entre juge et accord collectif dans le champ des différences de traitement conventionnelles ne saurait présumer d'une

⁴²⁴ J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », RDT 2020, p. 18.

⁴²⁵ B. Teyssié, « Un nouveau droit du travail ? », JCP S 2015, 1234.

⁴²⁶ J.-F. Cesaro, « Le malthusianisme contentieux en droit social », in Mélanges Teyssié, LexisNexis, 2019, p. 571.

⁴²⁷ P.-Y. Verkindt, « Dessine-moi une démocratie (sociale) sans juges (sociaux) », Dr. soc. 2018, p. 957.

⁴²⁸ J.-E. Ray, « Juges en première ligne et dernier mot », Dr. soc. 2017, p. 384.

⁴²⁹ Y. Leroy, « Paradoxe(s) sur ordonnances », RDT 2018, p. 784.

⁴³⁰ P. Lokiec et J. Rochfeld, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », Dr. soc. 2017, p. 5.

généralisation de ladite concurrence (1). De surcroît, une telle concurrence ne saurait, à notre sens, exister, même dans le domaine encadré des différences de traitement prévues conventionnellement (2).

1. L'impossible généralisation de la concurrence entre juge et accord collectif

216. Tout d'abord, partons du postulat que le contrôle du juge judiciaire soit restreint quand la normativité de l'accord collectif s'accroît. En admettant que cette prérogative judiciaire diminue avec le renforcement de la conventionnalisation, on ne peut tout de même affirmer de manière générale qu'il y a là une concurrence entre le juge judiciaire et ce mouvement de conventionnalisation. En effet, ce phénomène de vases communicants ne s'opèrerait que dans le domaine des différences de traitement d'origine conventionnelle. Dès lors, faire d'un cas particulier une généralité porte un nom dans l'univers de la logique juridique⁴³¹ : une synecdoque. Un raisonnement par synecdoque peut se définir comme une variété de métonymie qui consiste à élargir ou à restreindre le contenu sémantique d'un mot⁴³². Un tel raisonnement est souvent employé - à tort - dans le langage juridique, comme l'abus de langage consistant à réduire les conventions aux seuls contrats⁴³³. Certes tout contrat est une convention, mais toute convention n'est absolument pas un contrat. Ce même raisonnement,

⁴³¹ C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Dalloz, 1979.

⁴³² V. en ce sens : M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, Thémis droit privé, 2001.

⁴³³ Sur la critique du raisonnement binaire visant à opérer des classements juridiques bipartites, v. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », APD, T. XI, *La logique du droit*, Sirey, 1966, p. 25 ; R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Mélanges Oppetit*, Litec, 2009, p. 505 et s. Sur la conception, la construction des concepts juridiques, v. C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 1ère éd., 2002, n° 298 : « *La description supposée construit nécessairement son objet, en choisissant les éléments qui doivent l'informer sur ses composantes et en déterminant ceux qui constitueront les données* ». V. aussi J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994, n° 40 ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, n° 231 ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 181 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5ème éd., 2012. Sur la distinction entre le *donné* et le *construit*, v. F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, T. I, Sirey, 1913, n° 33 : « *L'activité du jurisconsulte (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux pôles distincts, que je proposerai de dénommer le donné et le construit. Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale » (...). Et c'est ce que j'appelle le donné, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses, et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en oeuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié de construit, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit* ». Comp. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 178 : « *Les données ne sont en réalité que des données préalables, relevant chacune de leur espèce : scientifiques, techniques, morales, politiques. Elles figurent parmi les éléments du problème à résoudre par le juriste ; elles ne fournissent ni la solution ni même le principe de la solution, laquelle reste à choisir et à construire totalement* ».

toute proportion gardée, existe dans le cas de figure objet de notre démonstration : le respect de la normativité conventionnelle par le contrôle judiciaire concerne un univers de référence bien précis, bien délimité, qui est le principe d'égalité de traitement auquel une atteinte peut être portée par accord collectif. Affirmer de façon générale que le contrôle du juge judiciaire sur l'accord collectif doit désormais être qualifié de « restreint »⁴³⁴, sans prendre la peine de distinguer plusieurs univers de référence distincts, s'apparenterait alors à un raisonnement par synecdoque, raisonnement qui serait donc erroné. On estime alors qu'il est impossible de déduire de la reconnaissance d'une présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, une mise en retrait générale du rôle du juge judiciaire. Par conséquent, le contrôle du juge sur l'accord collectif et plus généralement sur la négociation collective, ne peut pas être qualifié, de manière générale, de « léger ».

2. L'impossible concurrence dans le domaine des différences de traitement conventionnelles :

217. Même dans ce domaine très précis des différences de traitement prévues par un accord collectif, on ne saurait reconnaître la moindre concurrence, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, si la généralisation de la restriction du contrôle du juge judiciaire n'a vraisemblablement pas lieu d'être, il est possible d'aller plus loin en énonçant que ce contrôle opéré par le juge ne se positionne pas sur la même ligne que la question de la normativité jurisprudentielle. C'est encore une fois l'exemple du principe d'égalité de traitement qui est des plus éclairantes sur cette question. S'agissant du contrôle du juge sur les différences de traitement instaurées par accord collectif, il sera de fait bouleversé de par la présomption de justification instituée par le juge lui-même. Or, nous avancerons l'hypothèse selon laquelle cette modification du contrôle du juge est la conséquence de l'œuvre normative de la jurisprudence sociale⁴³⁵. En effet, cette dernière serait particulièrement créative et produirait, au fil des litiges pour lesquels la chambre sociale est saisie, une certaine insécurité juridique. Par conséquent, en raison de cette imprévisibilité, les justiciables vont de plus en plus saisir le juge judiciaire, qui va donc, par un effet circulaire, accroître la normativité de son activité

⁴³⁴ Les prérogatives du juge judiciaire ont évolué. Si son contrôle a certes changé de nature au fil de la conventionnalisation du droit du travail, il ne peut, selon nous, en aucun cas être qualifié de « restreint » ou de « léger ».

⁴³⁵ V. G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », Dr. soc. 2018, p. 126.

jurisprudentielle⁴³⁶. Concernant ce corpus normatif dégagé par la jurisprudence sociale, on songe notamment au principe d'égalité de traitement et plus précisément à la présomption de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif, qui ne se fait pas au détriment du pouvoir de contrôle du juge judiciaire, mais qui le modifie. On peut tenter de systématiser un certain schéma : la hausse de normativité de la jurisprudence sociale (et donc de l'activité jurisprudentielle) qui est au service de celle de la négociation collective, vient révolutionner les pouvoirs du juge sur les accords collectifs (et donc son activité juridictionnelle), en ce qui concerne notamment le principe de l'égalité de traitement. Force est de constater que, comme le souligne Jean-Yves Frouin⁴³⁷, l'activité jurisprudentielle du juge fait preuve d'une normativité certaine, renforçant celle de la négociation collective. En dégageant cette notion de présomption de justification des différences de traitement conventionnelles, la normativité jurisprudentielle se met au service de la normativité des accords collectifs, puisque ces derniers vont pouvoir prévoir des différences de traitement, présumées justifiées, justement car elles sont prévues conventionnellement. Le juge judiciaire est donc un acteur à part entière de la normativité renforcée des accords collectifs, en raison de la normativité de son activité jurisprudentielle : il n'y a donc aucune concurrence normative entre le juge et la négociation collective.

Dès lors - et c'est là le second temps de notre raisonnement consistant à combattre l'idée d'une quelconque concurrence normative entre l'activité jurisprudentielle du juge et l'accord collectif -, si une concurrence existe, elle s'opérerait sur un plan différent de celui de la normativité. Car s'agissant du principe d'égalité de traitement, le juge, en reconnaissant la normativité accrue des accords collectifs, et en la prolongeant par ladite présomption de justification, viendrait de fait altérer le périmètre de son contrôle sur le contenu de l'accord collectif, et donc son activité juridictionnelle. La concurrence s'opèrera donc entre la normativité de tout ce qui relève de la négociation collective, et le contrôle du juge sur cette dernière, signifiant que le plan de la normativité du juge judiciaire (et donc de son activité jurisprudentielle) n'est pas le même que celui du contrôle du juge sur le contenu de l'accord

⁴³⁶ La normativité jurisprudentielle juge judiciaire est renforcée, dans le sens où le nombre de solutions rendues à propos de la négociation collective ne cesse de croître. Le raisonnement est le même qu'avec la normativité des accords collectifs, qui augmente car ils sont de plus en plus nombreux et touchent de plus en plus de domaines.

⁴³⁷ J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op.cit.*, p. 18 et s.

collectif⁴³⁸. Il s'agit là de toute la différence entre activité jurisprudentielle et juridictionnelle⁴³⁹. La normativité du juge peut être étendue (dans le sens de la créativité normative, des règles et des principes que la jurisprudence peut insuffler), au même titre que la normativité de la négociation collective, mais la conséquence directe sera que cela opérera, selon nous, une modification de la nature du contrôle du contenu de l'accord collectif. La question est alors la suivante : une telle modification de la nature du contrôle judiciaire s'apparente-t-elle à une restriction dudit contrôle au profit de la normativité conventionnelle ? Une concurrence (non plus normative) entre le contrôle judiciaire et la normativité des accords collectifs existe-t-elle ? Nous ferons le choix de l'absence totale de concurrence entre normativité conventionnelle et pouvoir de contrôle judiciaire. En effet, le contrôle du juge a dû s'adapter au changement qu'a connu l'objet de ce contrôle. L'accord collectif a gagné en normativité, ce qui change la nature du contrôle judiciaire sur cet objet : si l'objet évolue, son contrôle change. Il ne s'agit donc pas de dire que le contrôle du juge judiciaire sur les accords collectifs a été amputé en raison de la conventionnalisation du droit du travail, mais de renouveler ce pouvoir de contrôle : « *il serait ridicule d'opposer contrôle total du juge sur les conventions collectives (légalité plus opportunité)/totale absence de contrôle autorisant un accord collectif à porter atteinte aux fondements de notre société (v. la non-discrimination, liée aux « valeurs républicaines » auxquelles doit adhérer tout syndicat), ou encore à la hiérarchie des sources, y compris internationales. Quel que soit leur niveau, pas question de soustraire les conventions collectives à ce contrôle d'ordre public* »⁴⁴⁰. Le contrôle de légalité a donc été repensé en raison de la confiance accrue envers les partenaires sociaux. La réforme

⁴³⁸ Le juge judiciaire fait preuve de ce qu'on pourrait appeler « le respect de la promotion normative de l'accord collectif ». La présomption de justification des différences de traitement instaurées conventionnellement (ou plutôt les différents exemples de présomption de justification, puisqu'il serait erroné de parler de présomption générale) témoigne de ce respect par le juge de la normativité de la négociation collective, soit de la conventionnalisation du droit du travail. Un autre exemple témoigne de ce respect normatif : le cas de la rupture conventionnelle, v. A. Fabre et C. Radé, « Le juge et la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 20. A partir du moment où le législateur a cherché à privilégier un mode de rupture « amiable », c'est-à-dire laissé à la totale discrétion des parties, il entendait fort logiquement éviter une résolution des conflits sociaux qui se produirait en tout état de cause devant le juge. En laissant les parties au contrat, par leur consentement mutuel, décider de sa rupture selon les modalités qu'elles auront elles-mêmes décidées, le législateur a fait du recours au juge un cas assez rare lorsqu'une telle rupture conventionnelle est décidée. Et comme si le consentement des parties ne suffisait pas à écarter le juge de la résolution des conflits liés à la rupture du contrat de travail (en évitant justement tout conflit), lorsque le juge a tout de même été saisi en contestation d'une rupture conventionnelle, la jurisprudence s'est montrée extrêmement bienveillante avec ce modèle de rupture amiable, puisque le contrôle du juge s'est contenté de ne porter que sur les exigences légales en ce qui concerne la rupture conventionnelle individuelle, s'appliquant « *à ne pas l'entraver par des exigences qui iraient au-delà de la loi* », J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op.cit.*, p. 18 et s.

⁴³⁹ *supra*. n° 28 et s.

⁴⁴⁰ J.-E. Ray, « Dossier : Juges et accords collectifs de travail, Introduction générale au débat, Légalité et légitimités », *op. cit.*, p. 481.

du 20 août 2008 modifiant la légitimité des partenaires sociaux justifie de faire du contrôle du juge un contrôle de légalité. L'exemple des différences de traitement d'origine conventionnelle est un exemple particulièrement parlant de la modification du rôle du juge, et plus précisément de son pouvoir de contrôle sur l'application de l'accord collectif. Néanmoins, ce contrôle de légalité ne doit pas être assimilé à une restriction du contrôle : le juge garde une forte capacité de contrôle, tout en modifiant sa nature. Si la normativité de la norme négociée augmente, le rôle du juge change de nature. L'objet de son contrôle, à savoir l'accord collectif, évolue ; dès lors, le contrôle sur cet objet changeant doit s'adapter, et lui aussi évoluer. Camper sur sa position initiale, à l'époque où les conventions et accords collectifs étaient moins normatifs et de surcroît moins légitimes, en conservant un contrôle « total », de légalité et d'opportunité, ne serait pas en accord avec le mouvement actuel de conventionnalisation et la volonté législative. Il n'en demeure pas moins que ce contrôle de légalité existe et doit avoir lieu, ne restreignant pas le rôle du juge, mais l'obligeant à se renouveler. Le doyen Jean-Guy Huglo a tenté de résumer ce que doit être ce nouveau contrôle du juge judiciaire, en décrivant « *le temps des bienveillances que la chambre sociale manifeste désormais à l'égard de la négociation collective (...). Si ces jurisprudences conduisent les partenaires sociaux à une responsabilité accrue en ce sens que s'estompe le contrôle du juge sur les normes collectives résultant de ce droit négocié, il reste que la Cour suprême doit assumer son rôle (...). Le contrôle de légalité de l'accord collectif, notamment au regard du droit des discriminations, demeure une borne intangible au champ ouvert des imaginations collectives dans les négociations au sein de l'entreprise* »⁴⁴¹. Nous n'irons cependant pas aussi loin que lui, dans la mesure où selon nous, le contrôle judiciaire ne « s'estompe » pas : il change de nature, suivant l'évolution que connaît la normativité de l'accord collectif.

218. Le changement de nature du contrôle judiciaire implique qu'il devient impossible (ou en tout cas dénué de sens) de comparer un contrôle sur un accord collectif « peu » normatif, et un contrôle sur un accord collectif dont la légitimité et la normativité n'ont cessé d'être renforcées. Dès lors, le contrôle du juge n'est pas « restreint », car on serait bien incapable de dire restreint par rapport à quoi : comparer deux contrôles de nature différente n'apporterait aucune réponse. Or, c'est ce qui semble avoir été fait pour les défenseurs de l'existence d'un

⁴⁴¹ J.-G. Huglo, « Les partenaires sociaux, la négociation collective et le juge », BICC, 15 septembre 2018.

phénomène de vases communicants entre juge judiciaire et négociation collective. A partir du moment où le constat du changement de nature de contrôle judiciaire est fait, l'idée d'une restriction de son contrôle devient obsolète, et s'il ne peut y avoir de restriction, il ne peut y avoir de concurrence, de phénomène de vases communicants, entre d'un côté la normativité conventionnelle et de l'autre le contrôle du juge judiciaire. Traiter de l'intensité de ce dernier devient donc inopportun, dans la mesure où il n'est pas ici question d'étudier une hausse ou une baisse de cette intensité, mais une modification de sa nature. En effet, le pouvoir de contrôle judiciaire peut désormais être de deux ordres.

219. Tout d'abord, un contrôle externe, consistant à comparer le contenu de l'accord collectif avec des référents extérieurs à ce dernier, tels que des principes fondamentaux énoncés par des textes par exemple internationaux ou européens, dans le but de limiter cette liberté conventionnelle, comme l'illustre la jurisprudence de la chambre sociale sur les forfaits-jours⁴⁴². On peut alors parler de *contrôle de supra-légalité*.

220. Il existe en outre, selon Pascal Lokiec et Judith Rochfeld, un contrôle interne. A ce titre, il est essentiel de déterminer ce qu'on entend par contrôle *interne*. Par opposition au contrôle externe, ce contrôle est en réalité synonyme de contrôle de *légalité*⁴⁴³ : le juge judiciaire opérera son pouvoir de contrôle par rapport aux exigences légales. Dès lors, à l'intérieur de ce contrôle de légalité, peut être distingué une nouvelle fois deux volets : un contrôle de légalité interne (par rapport au contenu de l'accord, celui-ci devant être conforme aux exigences légales) et un contrôle de légalité externe. Ce dernier est destiné « à garantir la qualité des volontés ayant façonné l'accord »⁴⁴⁴, à l'égard tout d'abord des négociations, et plus précisément de leur loyauté⁴⁴⁵. A l'égard ensuite de la légitimité, consistant à savoir si les

⁴⁴² « Un contrôle externe d'abord, qui consiste à confronter le contenu de l'accord à des référents extérieurs à ce dernier. C'est un contrôle de la liberté conventionnelle. Mais, sur ce versant, quels peuvent être ces référents ? Ce peut tout d'abord être des normes, des valeurs, des droits fondamentaux, des principes. Si les principes essentiels ont disparu de la loi dite « travail », il reste les droits fondamentaux qui peuvent être mobilisés pour limiter la liberté conventionnelle, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation sur les forfaits jours. On rappellera que la Cour de cassation exige que les clauses des accords collectifs instituant le forfait en jours assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, ce sur le fondement notamment de la Charte sociale européenne, de la Constitution ou encore de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », P. Lokiec et J. Rochfeld, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴³ Entendu au sens strict, un contrôle du respect de la loi en tant que norme autonome, différente des normes supra-nationales.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Sur le principe de loyauté de la négociation collective, *supra*. n° 135 et s.

partenaires sociaux sont bel et bien légitimes pour représenter les salariés, et de fait pour signer des accords collectifs. Enfin, à l'égard du « pouvoir » consistant à savoir si dans le cadre de rapports déséquilibrés - notamment dans le cas d'accords d'entreprise -, la partie dite la plus « faible » a bien tous les moyens pour prendre sa décision en toute connaissance de cause, et pour aller encore plus loin, permettre aux salariés, directement ou indirectement, d'avoir un véritable pouvoir de décision sur la norme à adopter... Les ordonnances du 22 septembre 2017 instaurant le conseil d'entreprise, et un certain système de « *co-gestion à l'allemande* » vont dans ce sens⁴⁴⁶. L'opposition entre contrôle interne et externe proposée par Judith Rochfeld et Pascal Lokiec ne s'opère donc pas sur le même plan que l'opposition entre contrôle de légalité interne et de légalité externe dont parle Emmanuelle Filipetto⁴⁴⁷. Selon cette dernière, il y aurait un contrôle de légalité interne qui se fait sur le contenu de l'accord par rapport à la loi « *entendue au sens large. Dans ce cadre, le contrôle de la norme conventionnelle s'opère aussi au regard de référents qui peuvent être des valeurs, des principes ou encore des droits fondamentaux, que le juge s'attache à protéger* »⁴⁴⁸ ; ce contrôle serait à distinguer du contrôle de légalité externe, qui consister pour le juge à contrôler l'accord collectif non plus dans son contenu, mais dans sa phase de négociation et de validité de ses négociateurs⁴⁴⁹. Il n'en demeure pas moins qu'entre ces auteurs, les divergences sont seulement d'ordre terminologique : sur le fond, les différents types de

⁴⁴⁶ V. en ce sens : F. Petit, « Les mutations de la représentation des personnels », Rev. sociétés 2020, p. 7 : « *Quelle n'a pas été la surprise des juristes de droit social de voir apparaître dans l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 l'institution du conseil d'entreprise ? Il est vrai que rien ne préparait la venue d'un organe de co-décision pouvant être rapproché du conseil d'établissement allemand. Tel qu'il apparaît dans la loi, le conseil d'entreprise correspond surtout à la transformation d'un comité social et économique en organe de négociation. Il hérite aussi d'une compétence renforcée en matière de consultation, plusieurs questions pouvant être soumises à son avis conforme* ». Pour une critique des évolutions entourant la représentation du personnel depuis les ordonnances de 2017, v. par exemple par exemple G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p. 608. Sur l'accord de mise en place du comité d'entreprise, v. D. Chenu, G. François, S. Jean, M. Morand, F. Vasseur, *Le comité social et économique, de la mise en place au fonctionnement*, Groupe Revue Fiduciaire, coll. Pratiques d'experts, en collaboration avec Barthélémy Avocats, p. 420 : « *L'accord collectif instituant le conseil d'entreprise étant un accord de droit commun obligatoirement à durée indéterminée, les règles relatives à la dénonciation sont celles de l'accord à durée indéterminée (c. trav. art. L. 2261-9 et s.). La dénonciation par une partie des signataires ne remet pas en cause la validité de l'accord. Celui-ci continuera de produire effet à l'égard des acteurs de la négociation jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué et ce, dans un délai d'un an suivant le délai de 3 mois de préavis (c. trav. art. L. 2261-11). Si aucun accord de substitution n'est conclu, la représentation du personnel de l'entreprise recalcule dans le système de droit commun et continue à produire ses effets avec un CSE et des DS, chacun exerçant les attributions qui lui sont habituellement dévolues* ».

⁴⁴⁷ E. Filipetto, « Le juge et l'accord collectif de travail », *op. cit.*, n° 419 et s.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ « *Il s'agit là pour le juge de s'assurer du respect des conditions de la négociation, celles qui ont trait à son organisation, son déroulement, et de s'assurer aussi du respect des conditions de validité de l'accord collectif* », *ibid.*, n° 420.

contrôle décrits se retrouvent dans leur quasi-totalité chez les uns comme chez les autres. Aussi, pour éviter toute confusion, nous préférons parler de contrôle de légalité (à l'intérieur duquel il existe alors un contrôle de légalité interne sur le contenu de l'accord collectif, et de légalité externe qui ne touche pas directement l'accord collectif mais plutôt sa phase de négociation et la légitimité de ses négociateurs) et un contrôle de supra-légalité (dans lequel le juge s'attache à contrôler que l'accord collectif respecte les normes supra-nationales, que ce soit sur le contenu de l'accord - contrôle de supra-légalité interne - ou sur les autres phases de sa formation - contrôle de supra-légalité externe).

221. En résumé, quand bien même nous donnerions raison aux auteurs qui parlent de contrôle *restreint*⁴⁵⁰, celui-ci ne serait même pas effectif dans tout le champ d'application dédié à la négociation collective. Le domaine de l'égalité de traitement est un domaine bien précis qui ne permet nullement de tirer des conséquences générales sur les rapports entre la négociation collective et le juge judiciaire. La concurrence normative n'existerait alors que lorsque le juge fait jouer la présomption de justification des différences de traitement prévues par accord. Or, si concurrence il y a, elle ne saurait être normative, dans la mesure où c'est en raison de la normativité jurisprudentielle (et donc de l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire) que la conventionnalisation est valorisée, en témoigne ce mécanisme de la présomption. La concurrence ne pourrait alors naître qu'entre le contrôle du juge (relevant de son activité juridictionnelle) et la conventionnalisation. Là encore, l'idée d'une quelconque concurrence tombe à l'eau, le contrôle du juge judiciaire n'étant en rien restreint, puisqu'on ne saurait dire restreint par rapport à quoi. La nature de ce contrôle sur l'application de l'accord collectif a changé, il devient donc insensé de comparer un contrôle qui ne porte plus sur le même objet, l'accord collectif ayant largement gagné en normativité au fil des années et des réformes législatives.

⁴⁵⁰ Alors même que nous avons déjà démontré que parler de *restriction* est erroné, dans le sens où l'objet du contrôle a évolué suite à la conventionnalisation, et donc que ce nouveau nouveau contrôle sur des accords de plus en plus normatifs n'est pas comparable avec le contrôle sur des accords à l'époque moins normatifs.

Conclusion du Chapitre 1

222. La présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, dégagée par les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2015, vient indéniablement valoriser le mouvement de conventionnalisation. C'est en raison de la légitimité accrue des partenaires sociaux, depuis la loi du 20 août 2008, que le juge judiciaire, lui aussi, a décidé de faire amplement confiance en la négociation collective pour créer de la norme en droit du travail. Il ne saurait donc, dans ce domaine des différences de traitement prévues par accord collectif, y avoir la moindre concurrence normative : la normativité jurisprudentielle est bien présente en créant une présomption de justification des différences de traitement conventionnelles, et par réciprocité, cette présomption valorise la normativité des accords collectifs. La concurrence existe-t-elle plutôt entre le contrôle juridictionnel du juge sur le contenu de l'accord et la conventionnalisation ? Il est également permis d'en douter, puisque depuis que l'accord collectif a gagné en normativité, le contrôle judiciaire a logiquement changé de nature. Il ne saurait être qualifié de *restreint*, dans la mesure où nous sommes dans l'incapacité de dire restreint par rapport à quoi. L'accord collectif à la normativité et à la légitimité renforcées n'est pas comparable à celui existant avant la réforme du 20 août 2008. Il serait donc à notre sens erroné de dire que la conventionnalisation du droit du travail s'est accompagnée d'une restriction du contrôle du juge judiciaire sur le contenu de l'accord collectif. En revanche, le domaine de cette présomption s'est vu limité par l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire.

Chapitre 2 :

Le domaine de la présomption de justification

223. Le juge judiciaire, en reconnaissant un tel mécanisme pour les différences de traitement conventionnelles, a *de facto* déterminé ce qui entrait dans le champ d'application de la présomption. Au fil des solutions jurisprudentielles, le domaine de cette dernière a donc été balisé, et ce pour la première fois à l'occasion du revirement de jurisprudence en date du 27 janvier 2015. Les différents arrêts de la chambre sociale rendus à cette date ont permis la reconnaissance de la présomption de justification, mais aussi l'encadrement du domaine de celle-ci. Un domaine qui, à la lecture de ces solutions jurisprudentielles, ne semblait pas restreint à un seul thème, ce qui témoignait alors d'une valorisation certaine de la conventionnalisation du droit du travail (**Section 1**). Toutefois, la jurisprudence, en prenant le contre-pied de la tendance actuelle accompagnant sans cesse le phénomène de conventionnalisation, a commencé à instaurer des limites à cette présomption de justification (**Section 2**).

Section 1 :

La valorisation de la conventionnalisation par l'élargissement initial du domaine de la présomption

224. Les revirements de jurisprudence de l'arrêt *Pain*, en date du 27 janvier 2015, ont ouvert la voie à la valorisation de la conventionnalisation par la reconnaissance d'une présomption de justification des différences de traitement conventionnelles. Cette valorisation fut même accélérée par l'élargissement du domaine d'application de la présomption : le juge a d'abord commencé à la faire jouer au sein d'une même catégorie professionnelle (Paragraphe 1), avant de l'appliquer aux différents types d'accord collectif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'élargissement de la présomption au sein d'une même catégorie professionnelle

225. L'égalité de traitement, désormais reconnue comme un principe fondamental du droit du travail, est un domaine où le juge a adapté ce principe dans un contexte de conventionnalisation. Cette adaptation se matérialise pour la Cour de cassation par la reconnaissance d'une différence selon que l'avantage catégoriel provienne de la norme conventionnelle ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Initialement, ce n'est donc qu'à propos des différences de traitement entre deux catégories professionnelles distinctes que le juge judiciaire reconnaissait la présomption de justification lorsqu'elles étaient issues d'un accord collectif. Dans sa note explicative, la chambre sociale indique ce qu'il faut entendre par « différence de traitement entre catégories professionnelles » : « *à tout le moins entre catégories qui ont un support légal et entre lesquelles le législateur lui-même opère des différences* »⁴⁵¹. Très vite, les magistrats de la Haute juridiction ont voulu appliquer cette présomption au-delà du domaine des différences de traitement entre catégories professionnelles, témoignant une nouvelle fois de la volonté jurisprudentielle d'accompagner la valorisation de la conventionnalisation.

226. Après les arrêts novateurs du 27 janvier 2015, la volonté du juge, toujours sensible à la conventionnalisation, a très vite été d'élargir le domaine de cette présomption. Est donc venu le temps de la présomption à propos des différences de traitement entre salariés opérant des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie professionnelle. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juin 2016⁴⁵² élargi davantage l' « atteinte » portée au principe de l'égalité de traitement en admettant que la présomption de justification des différences de traitement peut également jouer au sein d'une seule et même catégorie professionnelle. La note explicative de la Cour de cassation reprend les mêmes justifications que celles apportées pour les arrêts précités du 27 janvier 2015, à savoir que le « *fondement de cette présomption est que les négociateurs sociaux agissent par délégation de la loi et qu'ils doivent, en conséquence, disposer, dans la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur dans le contrôle qu'il exerce sur le respect par celui-ci du principe*

⁴⁵¹ Note explication relative à l'arrêt du 27 janvier 2015 (13-22.179), Chambre sociale.

⁴⁵² Cass. soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324.

*constitutionnel d'égalité. (...) Le fait que les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie professionnelle procèdent toutes d'une même source, à savoir un accord collectif négocié par les partenaires sociaux représentatifs, commandait une identité de régime et donc l'extension du champ d'application de la présomption de justification à laquelle procède la chambre sociale »*⁴⁵³.

Paragraphe 2 : L'élargissement de la présomption aux différents types d'accord

227. Les magistrats de la chambre sociale ont appliqué successivement la présomption de justification, quel que soit le niveau de négociation de l'accord collectif (A) ou la fonction de ce dernier (B).

A/ La reconnaissance de la présomption quel que soit le niveau de négociation

228. Cette présomption de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif est également reconnue dans l'hypothèse de différences entre salariés appartenant à des établissements distincts au sein de la même entreprise, opérées par voie d'accord d'établissement. Le juge judiciaire décide donc d'appliquer la présomption quel que soit le niveau de négociation de l'accord collectif. Un accord d'établissement, au même titre qu'un accord d'entreprise, peut prévoir des différences de traitement entre salariés appartenant à des établissements distincts, comme l'a énoncé un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 3 novembre 2016⁴⁵⁴. A l'origine, les juges avaient décidé que la « *négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise* »⁴⁵⁵. De fait, « *des salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne peuvent faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficient pas*

⁴⁵³ Note explicative relative à l'arrêt du 8 juin 2016 (15-18.444), Chambre sociale.

⁴⁵⁴ Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, Bull. civ. V, n° 206 ; D. 2016, p. 2286, obs. note explicative de la Cour de cassation ; *ibid.* 2017, p. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier ; *ibid.* p. 2270, obs. P. Lokiec et J. Porta ; D. actu. 21 novembre 2016, obs. M. Peyronnet ; Dr. soc. 2017, p. 87, obs. P.-H. Antonmattei ; RDT 2017, p. 140, obs. I. Odoul-Asorey.

⁴⁵⁵ Cass. soc. 27 octobre 1999, n° 98-40.769 et 98-40.783, Bull. civ. I, n° 422 ; Dr. soc. 2000, p. 185, obs. G. Couturier ; D. 2000, p. 374, obs. A. Arseguel.

des dispositions de cet accord »⁴⁵⁶. L'arrêt *Pain*, confortant le principe posé par un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2009, avait donc remis en cause cette solution originelle. Suite aux revirements du 27 janvier 2015, le juge judiciaire, dans une telle situation, avait alors deux possibilités : « *Soit un retour à ce qu'elle jugeait avant 2009, en écartant l'application du principe d'égalité de traitement dès lors que les salariés d'établissements différents ne sont pas placés dans une situation identique, soit l'extension de la présomption de justification des différences de traitement à celles organisées par voie d'accord d'établissement* ». Fort logiquement, il a opté pour la seconde option : « *Le retour à la solution de 1999 était peu crédible. Autant la Haute juridiction a raison de décider que « le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable entre salariés d'entreprises différentes, peu important qu'elles appartiennent au même groupe » (Soc., 16 sept. 2015, n° 13-28.415, publié au Bulletin ; D. 2015. 1898 ; ibid. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta), autant une exclusion de ce principe pour des différences entre salariés d'un même employeur serait désormais peu compréhensible. Écarter l'application du principe d'égalité de traitement au seul motif que ces salariés ne sont pas dans la même situation reviendrait même à remettre en cause la construction jurisprudentielle* »⁴⁵⁷. La valorisation de la conventionnalisation, par sa consolidation, était une nouvelle fois assurée par l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire.

229. La même solution a été admise, mais cette fois lorsque c'est un accord d'entreprise qui a instauré ladite différence⁴⁵⁸. Il semblait logique, après la porte ouverte par l'arrêt du 27 janvier 2015 opérant le revirement de jurisprudence, que la présomption de justification des différences de traitement opérées par accord d'entreprise ou d'établissement soit élargie à toutes ces hypothèses.

B/ La reconnaissance de la présomption quelle que soit la fonction de l'accord collectif

230. La même solution doit être appliquée dans le cas des différences prévues par un accord de substitution dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Ici, le fait que ledit accord soit un

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ P.-H. Antonmattei, « Principe d'égalité de traitement et accords collectifs : l'extension de la présomption de justification aux différences établies par voie d'accords d'établissement », obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁵⁸ Cass. soc. 4 octobre 2017, n° 16-17.517, Bull. civ. V, n° 170 ; D. 2017, p. 1981 ; *ibid.* 2018, p. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2018, p. 67, obs. Y. Ferkane.

accord de substitution définit sa fonction : venir se substituer à un accord collectif préexistant. Un arrêt récent rendu par la chambre sociale de la Haute juridiction le 28 juin 2018⁴⁵⁹ énonce que l'accord de substitution en question ne pourra pas s'appliquer aux salariés embauchés postérieurement à l'événement survenu en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et qu'il y a donc une présomption de justification des différences entre salariés prévues par ledit accord.

231. Il existe, pour être tout à fait complet sur le sujet, le cas particulier du transfert conventionnel d'entreprise. Dans ce cas d'école, la différence de traitement prévue entre les salariés transférés et ceux déjà présents dans l'entreprise cessionnaire (dans l'hypothèse classique d'une cession d'entreprise) est également justifiée. En revanche, la jurisprudence va encore plus loin s'agissant du transfert conventionnel, en affirmant qu'il n'existe aucunement une présomption de justification ! Dans un tel cas de figure, les salariés ne pourront pas chercher à combattre cette différence de traitement : elle est de droit justifiée, et les salariés ne pourront pas la renverser, comme ils pouvaient chercher à le faire dans le cas d'une présomption de justification. C'est ce qu'est venu affirmer un arrêt de la chambre sociale du 30 novembre 2017⁴⁶⁰, en explicitant que lors d'un transfert conventionnel de contrat de travail, la différence de traitement entre les salariés transférés et ceux déjà présents n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et est automatiquement justifiée au regard du principe d'égalité de traitement. C'est donc un cas d'espèce où le juge va encore plus loin concernant l' « atteinte » au principe d'égalité de traitement, justifiant de droit une différence de traitement, en renversant tout bonnement le principe, sans passer par le mécanisme de la présomption.

Section 2 :

Les limites à l'élargissement de la présomption de justification

232. La première limite qu'il nous revient d'aborder ici concerne la nature de la négociation. La négociation collective peut être de droit commun ou substitutive en l'absence

⁴⁵⁹ Cass. soc. 28 juin 2018, n° 17-16.499, BJT septembre 2018, p. 43, obs. F. Bergeron.

⁴⁶⁰ Cass. soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532 à 16-20.549, JCP S 2018, 1023, note J.-F. Cesaro ; RDT 2018, p. 56, note A. Fabre ; JCP G 2017, 1341, note D. Corrigan-Carsin.

de délégués syndicaux dans l'entreprise. Dès lors, existe-t-il une présomption de justification des différences de traitement prévues par un accord collectif substitutif ? Si l'on applique le même raisonnement que celui du juge judiciaire à propos du préalable de négociation obligatoire⁴⁶¹, il semblerait que ce dernier ne soit pas disposé à encourager le mouvement de conventionnalisation par le biais de la négociation substitutive. Dès lors, nous prendrons le parti de dire, par souci de cohérence avec les solutions jurisprudentielles précédentes, que le juge ne devrait pas reconnaître une telle présomption lorsque les différences de traitement seraient issues d'un accord ratifié par une majorité de salarié si celui-ci n'a pas atteint 50% des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections professionnelles. Il ne devrait pas la reconnaître non plus lorsqu'il n'aurait pas été conclu avec un délégué syndical, celui-ci faisant défaut dans l'entreprise.

233. Une autre limite à cette présomption a été explicitement invoquée par le juge de l'ordre judiciaire, à propos d'accords collectifs conclus selon les règles de la négociation de droit commun. Elle a été répertoriée dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 avril 2019, donnant un coup d'arrêt à l'élargissement de la présomption. Afin de mieux comprendre cette limite d'origine jurisprudentielle, il sera nécessaire d'explorer successivement le contenu critiquable de l'arrêt du 3 avril 2019 (Paragraphe 1). La limite posée dans cet arrêt a certes été reprise dans les solutions jurisprudentielles ultérieures, mais les motivations du juge ont été grandement améliorées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contenu critiquable de l'arrêt du 3 avril 2019

234. L'exégèse de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 avril 2019 (A) permettra d'appréhender au mieux toutes les critiques dont il a fait l'objet (B).

A/ L'exégèse de l'arrêt du 3 avril 2019

235. Un rappel des faits de l'arrêt en question est nécessaire. En l'espèce, une salariée est engagée en 1997, puis affectée en 2012 sur un nouveau poste, au sein d'un service regroupé avec un autre sur le site différent durant l'année 2014. Un accord d'entreprise, en date du 5

⁴⁶¹ *supra*. n° 87 et s.

juillet 2013 prévoyait des mesures d'accompagnement des mobilités géographiques et fonctionnelles pour les salariés affectés sur le premier site à partir du 1er juin 2011. La salariée, qui ne bénéficiait pas de l'accord d'entreprise car elle n'était pas présente sur le site le 1er juin 2011, saisit alors successivement le conseil de prud'hommes et la Cour d'appel. Cette dernière estime que l'accord lui était applicable à compter de septembre 2014, en appréciant l'existence d'une différence de situation entre ladite salariée et les autres salariés bénéficiaires de l'accord : ils étaient alors dans une situation en tout point identique au vu des avantages institués par l'accord d'entreprise. Ces avantages consistaient à prendre en compte les impacts professionnels, économiques et familiaux de la mobilité géographique impliquée par le transfert des services sur le nouveau site et d'accompagner les salariés pour préserver leurs conditions d'emploi et de vie familiale. De plus, il n'existe selon les juges du fond aucune présomption de justification des différences de traitement conventionnelles. En effet, cette présomption ne pouvait jouer concernant une différence fondée sur la date de présence sur un site, une telle différence en raison de la date de présence sur un site étant étrangère à toute considération professionnelle. Dès lors, une raison objective justifiant la différence de traitement devait être avancée par l'employeur, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La société se pourvoit alors en cassation, et la Haute juridiction rejette ce pourvoi. Elle commence par rappeler qu' « *il résulte d'une jurisprudence établie que les accords collectifs sont soumis au principe d'égalité de traitement en sorte que la Cour a jugé que les différences de traitement que ceux-ci instaurent entre les salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré doivent reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence (Soc., 1 juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168)* ». Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation poursuivent en refusant de reconnaître une présomption générale de justification des différences de traitement, et ce au nom du droit de l'Union européenne : « *d'une part, la reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celles-ci sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, serait, dans les domaines où est mis en oeuvre le droit de l'Union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement. D'autre part, dans ces domaines, une telle présomption se trouverait privée d'effet dans la mesure où les règles de preuve propres au droit de l'Union*

viendraient à s'appliquer. Partant, la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée ». Par conséquent, elle confirme la solution rendue par les juges du fond, qui énonçaient que l'employeur n'alléguant aucune raison objective, une différence de traitement fondée sur la seule date de présence sur un site ne saurait être présumée justifiée.

236. Cette décision jurisprudentielle⁴⁶² vient réjouir « *tous ceux qui estiment que la chambre sociale était allée trop loin dans la reconnaissance d'une présomption de justification des différenciations issues des conventions et accords collectifs. Elle inquiétera, en revanche, ceux qui, arguant de la spécificité des accords collectifs et de la participation des salariés via leurs représentants à la négociation de ces accords, plaident pour la liberté des partenaires sociaux et estiment que les différences de traitement qui en sont issues doivent bénéficier d'une présomption de légitimité* »⁴⁶³. Certains ont même pu déceler le retour à un contrôle judiciaire subjectif pour des différences de traitement prévues conventionnellement ; un retour à la jurisprudence *Pain*. En effet, les magistrats du Quai de l'Horloge vont jusqu'à reprendre l'attendu de principe de l'arrêt *Pain* de 2009, arrêt qui n'était pourtant qu'un lointain souvenir depuis le revirement de jurisprudence et la présomption de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif. On constate alors que le juge prend le contre-pied du mouvement actuel, du mouvement consistant à promouvoir et à renforcer la normativité de la négociation collective, opérant un retour en arrière, un retour à une jurisprudence qui n'était plus d'actualité depuis déjà plusieurs années. En reprenant l'attendu de principe de l'arrêt *Pain*, nombreux sont ceux qui ont cru à un revirement de jurisprudence concernant la présomption de justification des différences de traitement négociées par convention ou accord collectif. Il convient néanmoins de faire preuve de mesure et de nuance dans cette affaire. Certes, cet arrêt pose le problème du « rétropédalage » du juge judiciaire, traduisant vraisemblablement la volonté de confiner le domaine, l'étendue, et la normativité de la négociation collective. Néanmoins, si la reprise d'un attendu de principe qui ne devrait plus être dans notre droit positif peut paraître surprenante et regrettable, parler de «

⁴⁶² Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, Crédit agricole mutuel [CRCAM] de Normandie c/ Mme A., D. 2019, p. 766 ; *ibid.* p. 1558, chron. A. David, F. Le Masne de Chermont, A. Prache et F. Salomon ; Just. & cass. 2020, p. 297, rapp. F. Le Masne de Chermont ; *ibid.* p. 314, avis A. Berriat ; Dr. soc. 2019, p. 447, étude C. Radé ; *ibid.* p. 559, étude J.-E. Ray ; RDT 2019, p. 498, obs. P.-E. Berthier ; *ibid.* p. 578, obs. F. Rosa.

⁴⁶³ I. Omarjee et G. Loiseau, « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », *op. cit.*, p. 301.

rétropédalage » et expliquer que cette solution porte atteinte à l'émergence croissante de la négociation collective est un peu extrême.

237. Il y aurait donc une opinion doctrinale voyant avec inquiétude la valorisation de la négociation collective, une opinion qui n'aurait aucune confiance envers les partenaires sociaux, et que Elsa Peskine révèle parfaitement lorsqu'elle énonce, à propos des arrêts du 27 janvier 2015, que la « *distinction ainsi opérée entre la source des avantages catégoriels, selon qu'ils proviennent d'une décision de l'employeur ou d'un accord collectif, est d'autant moins pertinente que l'on assiste, précisément, aujourd'hui, à un rapprochement du pouvoir et de l'accord collectif, ce dernier devenant comme un succédané de l'acte unilatéral ou plus généralement un mode de participation au pouvoir de l'employeur. À l'heure où cette cohabitation fusionnelle est constatée et même appelée par ceux qui se font les chantres d'une responsabilisation des syndicats, la différenciation du régime de l'égalité de traitement selon la source, conventionnelle ou unilatérale, paraît inconséquente* »⁴⁶⁴. Ce n'est alors pas un hasard si, pour justifier la solution du 3 avril 2019, l'avocat général dans son avis reprend les termes de Madame Peskine, et se fait le chantre de cette partie de la doctrine voyant d'un mauvais oeil la conventionnalisation du droit du travail⁴⁶⁵.

B/ Les critiques de l'arrêt du 3 avril 2019

238. En refusant de généraliser la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, les magistrats de la Cour de cassation n'opèrent cependant pas un revirement de jurisprudence. Si cette absence de revirement et cette continuation de la présomption de justification est une bonne chose du point de vue de la valorisation de la conventionnalisation, les justifications apportées à ce défaut de généralisation mais à cette absence de revirement sont discutables, et ce pour trois raisons : la reprise surprenante de l'attendu de principe de l'arrêt Pain (1), l'absence de motivation quant à la mise en oeuvre du

⁴⁶⁴ E. Peskine, « La chambre sociale architecte inconséquent de la négociation collective », *op. cit.*, p. 345.

⁴⁶⁵ Selon elle, la présomption générale de justification « *implique (...) un retrait presque total du juge, alors que rien ne permet de penser que les négociateurs des accords collectifs s'attachent au respect du principe d'égalité de traitement entre les salariés. Un tel retrait, intervenant alors que les ordonnances de septembre et décembre 2017 réduisent le champ de l'ordre public et confèrent la primauté, au sein de l'ordre conventionnel, à l'accord d'entreprise par rapport à la convention de branche, serait d'autant plus dangereux que le rapport de force y est nécessairement déséquilibré. (...) L'extension de la présomption de justification des différences de traitement, contraire au droit de l'Union et indifférente aux conditions de travail des salariés les moins bien défendus, ne paraît pas souhaitable* », A. Berriat, « Pas de présomption générale de justification des différences de traitement conventionnelles », RJS 06/2019, p. 431.

droit de l'Union européenne dans ce cas d'espèce (2), et la systématisation injustifiée des situations pour lesquelles la présomption s'applique (3).

1. La reprise surprenante de l'attendu de principe de l'arrêt *Pain*

239. La reprise de l'attendu de principe de l'arrêt *Pain*⁴⁶⁶ dans l'arrêt précité du 3 avril 2019 ouvre des questions relatives à la distinction des principes de non-discrimination⁴⁶⁷ et d'égalité de traitement. Cet attendu n'avait nullement besoin d'être repris : il n'y a pas en l'espèce de discrimination au sens du droit français, mais simplement une différence de traitement, qui plus est d'origine conventionnelle. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, en revanche, il y a bien atteinte au principe de non-discrimination, les différences de traitement entre salariés à temps partiel et à temps complet relevant bien d'une discrimination qui ne peut être mise en oeuvre par un accord collectif, et à plus forte raison ne peut justifier une présomption de justification⁴⁶⁸. Si les différences de traitement peuvent être présumées justifiées, faisant des règles probatoires sur le sujet une spécificité française, le juge européen balaye de fait cette spécificité en n'admettant pas une telle différence entre

⁴⁶⁶ Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, préc.

⁴⁶⁷ Sur le contrôle judiciaire des stipulations discriminatoires, v. Cass. soc. 16 juillet 1998, CNAVTS, n° 90-41.231, Bull. civ. V, n° 392 ; Dr. soc. 1995, p. 1036, obs. M.-A. Moreau ; RJS 10/1998, n° 1171. Discrimination liée à l'état de santé, v. Cass. soc. 25 février 2009, n° 07-41.724, Bull. civ. V, n° 51 ; D. 2009, p. 735 ; RDT 2009, p. 303, obs. F. Debord ; Cass. soc. 8 octobre 2014, n° 13-11.789, D. 2014, p. 2055 ; *ibid.* 2015, p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; RDT 2015, p. 119, obs. M. Mercat-Brun et M. Miné, « Indemnisation conventionnelle du licenciement d'un salarié inapte pour une cause non professionnelle : la fin d'une discrimination liée à l'état de santé ». Discrimination liée à l'orientation sexuelle, v. Cass. soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341, D. 2012, p. 1487 ; *ibid.* p. 1765, chron. P. Bailly, E. Wurtz, F. Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier et A. Contamine ; *ibid.* 2013, p. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 10-18.341, D. 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; Dr. soc. 2014, p. 854, obs. J. Mouly ; RDT 2014, p. 627, obs. A. Gardin. Discrimination syndicale : Cass. soc. 24 septembre 2008, n° 07-40.935. V. égal. M. Miné, « Le juge doit vérifier l'absence d'effet discriminatoire de l'accord collectif », RDT 2018, p. 604 ; M.-A. Souriac, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », Dr. soc. 1996, p. 395 ; C. Radé, « La discrimination n'est pas une inégalité de traitement comme les autres », Dr. soc. 2021, p. 266 ; J.-F. Akandji-Kombé, « En amont du débat sur les recours collectifs en matière professionnelle : éliminer les causes conventionnelles de discrimination », Dr. soc. 2014, p. 68.

⁴⁶⁸ Même si la présence d'une véritable discrimination au sens du droit de l'Union européenne peut être discutée, v. I. Omarjee et G. Loiseau, « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », RDT 2019, p. 301 : « *Dans le domaine des relations de travail, outre les différences fondées sur le sexe, les motifs interdits sont ceux visés à l'article 2 de la directive 2000/78 que la Cour de cassation ignore superbement et dont la Cour de justice estime qu'ils revêtent un caractère exhaustif. Or aucun de ces motifs ne vise la date de recrutement des salariés ou de présence sur un site. Tout au plus, une référence à l'ancienneté pourrait-elle, dans certaines situations, être à l'origine d'une discrimination indirecte en raison de l'âge. En l'espèce, aucune discrimination interdite au sens du droit européen n'était donc caractérisée. Et c'est bien sur le fondement du principe d'égalité de traitement en droit interne que la cour d'appel, sans être désapprouvée par la Cour de cassation, avait conclu à l'ilégitimité du critère de différenciation avant de rejeter la présomption de la justification* ».

non-discrimination et égalité de traitement, en tout cas au sens de notre droit positif⁴⁶⁹. En effet, en droit français, l'article L. 1134-1 du Code du travail⁴⁷⁰ instaure une présomption prévoyant que c'est le salarié qui va présenter au juge des éléments de preuve qui laissent penser qu'une discrimination a été commise, instaurant de fait une « quasi-présomption » qu'il appartient à l'employeur de faire tomber en prouvant que la différence de traitement est étrangère à tout motif discriminatoire. Si le juge national a désormais l'habitude de faire appliquer les deux types de règles probatoires pouvant jouer, selon que le salarié évoque un motif discriminatoire ou pas⁴⁷¹, le juge européen ne reconnaît pas cette différence de régime. Dès lors, en se référant à la conception mise en avant par le droit européen faisant « *peser sur l'employeur la preuve de raisons objectives, la constatation est vite faite que la présomption de justification associée par la Cour de cassation à l'inclusion dans un accord collectif de la différence de traitement est en contradiction avec le régime probatoire du droit de l'Union. Et pour verrouiller toute discussion à ce sujet, l'arrêt précise, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement. Autrement dit, il ne constitue pas, au sens du droit de l'Union, une raison objective* »⁴⁷². Ce qui laisse alors planer un doute quant au raisonnement judiciaire dans la solution précitée du 3 avril 2019 : comment le juge judiciaire peut-il constater que le mécanisme de la présomption est contraire aux règles probatoires du droit de l'Union, tout en continuant de la faire appliquer pour les cas déjà dégagés par la

⁴⁶⁹ « *En droit de l'Union et à la différence du droit français, le principe d'égalité ne peut être appréhendé indépendamment de l'interdiction des discriminations* », *ibid.*

⁴⁷⁰ C. trav. art. L. 1134-1 : « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

⁴⁷¹ V. par exemple, Cass. soc. 5 décembre 2018, n° 17-11.407, non publié : discrimination directe liée au sexe ; Cass. soc. 16 janvier 2019, n° 17-17.475, FS-D, non publié, RDT 2019, p. 252, obs. F. Géa, discrimination directe liée à l'âge ; Cass. soc. 30 janvier 2019, n° 17-23.251, non publié : discrimination indirecte liée à l'âge.

⁴⁷² G. Loiseau, « *L'égalité de traitement à l'heure européenne* », JCP S 2019, 1134.

jurisprudence ?⁴⁷³ L'argument est le suivant : les situations où la présomption a déjà été mise en oeuvre restent applicable car ils ne rentrent pas dans le domaine des règles du droit de l'UE. Un argument peu satisfaisant, dans la mesure où il est difficile, à la lecture de cet arrêt, de comprendre selon quel critère un thème appartient au champ d'application du droit de l'Union.

2. La motivation inexiste d'une mise en oeuvre du droit de l'Union européenne

240. Autre point sensible de l'arrêt du 3 avril 2019 : le recours péremptoire au droit de l'Union européenne. En effet, le simple recours aux décisions et à la vision de la jurisprudence européenne, venant influencer le contrôle du juge national, n'est pas suffisant. Comme nous l'avons démontré précédemment, c'est en se fondant sur les règles européennes que la chambre sociale est venue justifier sa décision. Ce n'est d'ailleurs pas le recours au droit de l'UE qui est problématique, puisqu'il est opportun juridiquement de fonder la solution consistant à ne pas généraliser la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles sur ce droit européen, mais bien plutôt, comme le souligne le professeur Paul-Henri Antonmattei, l'application de celui-ci, et plus encore les conséquences que le juge national en tire⁴⁷⁴.

241. Une première contradiction dommageable existe donc entre la solution des juges, rendue le 3 avril 2019, et la note explicative : à s'en tenir au seul raisonnement des magistrats de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, la portée de l'arrêt était plutôt claire, la présomption de justification générale des différences de traitement conventionnelles est privée d'effet dans tous les domaines que le droit de l'Union vient régir, comme les différences entre temps partiel et temps complet ou entre CDD et CDI. Dès lors, une difficulté surgit de cette argumentation : si la présomption de justification ne peut s'appliquer dans les domaines couverts par le droit de l'Union, en quoi la situation de l'arrêt précité du 3

⁴⁷³ V. I. Omarjee et G. Loiseau, « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », *op. cit.*, p. 305 : « *Quoi qu'il en soit, l'argument de l'incompatibilité de la présomption de justification avec l'aménagement de la charge de la preuve devrait conduire à une condamnation générale de la présomption de justification y compris dans les cas particuliers où elle est actuellement admise. En effet, on ne comprend pas très bien comment la Cour pourrait maintenir ces cas particuliers d'admission de la présomption tout en considérant dans le même temps que cette présomption est intrinsèquement et radicalement contraire au droit de l'Union. Pourtant, l'intention de la Cour de maintenir les cas particuliers d'admission de la présomption semble clairement résulter de sa décision, ces cas étant expressément rappelés* ».

⁴⁷⁴ P.-H. Antonmattei, A. Donnette, C. Mariano, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2019, p.1054.

avril 2019 relève de l'application du droit de l'UE ? La Haute juridiction ne justifie en rien que « *des avantages compensant des mobilités géographiques et fonctionnelles relevaient du champ d'application du droit de l'Union* »⁴⁷⁵. Dès lors, « *on ne voit pas en quoi l'accord collectif litigieux constituait, en l'espèce, une « mise en oeuvre du droit de l'Union » si bien que la référence à cette condition s'avère pour le moins paradoxale puisqu'elle conduit à faire douter de l'applicabilité du principe d'égalité garanti par la Charte sur lequel la Cour entend pourtant s'appuyer* »⁴⁷⁶. Il est en effet contradictoire de faire reposer la validité de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles sur la non-application des règles du droit de l'Union européenne, sans expliquer en quoi, en l'espèce, la situation relève du droit communautaire pour écarter le mécanisme de ladite présomption. Ce défaut d'explication laisse donc à penser que l'inapplicabilité de la présomption au cas d'espèce repose sur un raisonnement erroné. En réalité, un lien entre la différence de traitement casuistique et la mise en oeuvre du droit de l'UE peut se deviner : « *En l'absence de dispositions de droit dérivé, autres que celles touchant la santé et le temps de travail, relatives aux conditions de travail, le rattachement de l'accord collectif au droit de l'Union ne relevait nullement de l'évidence, sauf à constater qu'en vertu de l'article 153 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les conditions de travail sont visées en tant que matière pouvant faire l'objet d'une harmonisation. Ce n'est ainsi que par un rattachement très indirect aux compétences de l'Union que la situation à l'origine du litige pouvait être considérée comme relevant du champ d'application du droit de l'Union* »⁴⁷⁷. Il n'en reste pas moins que le raisonnement des juges de la Haute juridiction, de par son côté extrêmement lacunaire, ne tient qu'à un fil. Outre cette difficulté, et dans l'hypothèse où l'on accepterait que la situation d'espèce entrerait dans le champ des règles de l'UE, une nouvelle contradiction vient immédiatement s'additionner.

3. La systématisation injustifiée des cas d'application de la présomption

242. Le juge judiciaire avait, avant cette jurisprudence de la chambre sociale du 3 avril 2019, créé une présomption de justification des différences conventionnelles dans toute une

⁴⁷⁵ I. Omarjee et G. Loiseau, « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », *op. cit.*, p. 304.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*

série de situations. Néanmoins, il n'avait nullement affirmé que ces cas étaient exhaustifs et que la présomption ne pourrait désormais plus s'appliquer à une nouvelle situation. A la lecture de l'arrêt précité, et plus encore de la note explicative rédigée par la Cour de cassation, seuls cinq cas - et pas un de plus - précédemment exposés peuvent faire l'objet d'une présomption de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif⁴⁷⁸. Une généralisation et une systématisation surprenante, car en venant figer les situations concernées par la présomption de justification et en écartant de fait toute présomption aux litiges non traités par la jurisprudence depuis le 27 janvier 2015, la Haute juridiction vient s'enfermer dans un raisonnement étiqueté puisque toutes les situations instaurant une différence de traitement conventionnelle n'ont pas été soumises à son appréciation. On ne comprend dès lors pas bien pourquoi les hauts magistrats, par cette solution, viennent s'empêcher de reconnaître tout autre cas de présomption de justification des différences de traitement. S'il est logique de justifier le refus d'une généralisation de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles par le droit de l'Union européenne, il paraît en revanche tout à fait discutable de figer la liste des situations concernées par cette présomption de justification. Le simple fait pour le juge d'affirmer qu'il n'y a pas de principe général de présomption de justification semblait bien suffisant, sans avoir besoin de tomber dans la facilité d'une systématisation visant à n'appliquer cette présomption qu'à cinq cas limitativement énumérés. La Cour de cassation s'interdit donc, sous couvert des règles européennes, de dégager d'autres différences de traitement où la présomption de justification pourrait s'appliquer, alors que rien, pas même la reconnaissance du refus de généraliser cette présomption, ne l'y obligeait. Elle aurait dû, « *tout en écartant la généralisation d'une présomption de justification, s'en tenir au seul énoncé de l'application*

⁴⁷⁸ « *En définitive, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, les différences de traitement : entre catégories professionnelles, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc. 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8, Soc. 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 et Soc. 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10) ; entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc. 8 juin 2016, pourvois n° 15-11.324, Bull. 2016, V, n° 130) ; entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement (Soc. 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206) ; entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'entreprise (Soc. 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, Bull. 2017, V, n° 170) ; entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'accord collectif (Soc. 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925, en cours de publication). En présence d'autres différences de traitement, établies par le salarié, il appartient à l'employeur de justifier de raisons objectives dont le juge contrôle concrètement la réalité et la pertinence », Note explicative relative à l'arrêt n° 558 du 3 avril 2019 (17-11.970), Chambre sociale.*

*du droit de l'Union, quitte à connaître d'autres épisodes dans la mise en oeuvre de la présomption de justification »*⁴⁷⁹.

243. Il n'est pas difficile de comprendre ce qu'a voulu faire la Cour de cassation : empêcher la généralisation de la présomption sans pour autant opérer un revirement de jurisprudence. Par conséquent, les cas ayant donné lieu à l'application de la présomption restent en vigueur. Pour justifier sa solution, la Haute juridiction a alors cru bon d'affirmer que dans tous les cas soumis aux règles du droit de l'Union européenne, la présomption ne saurait s'appliquer. Mais en admettant que la référence à la mise en oeuvre du droit de l'Union soit opportune, pourquoi avancer un critère chronologique, consistant à dire que toutes les solutions dégagées depuis le 27 janvier 2015 par la chambre sociale sont toujours et resteront soumises à la présomption de justification, et que toutes les solutions postérieures, à compter de cet arrêt du 3 avril 2019, échapperont à la présomption ? La note explicative de la Cour de cassation, sûrement par maladresse, a fait jouer le critère chronologique venant figer les positions d'un contentieux évidemment extrêmement mobile. Une fois de plus, toutes les hypothèses de différences de traitement conventionnelles non régies par le droit européen, n'ont pas été portées devant les juges de la Cour de cassation. Affirmer alors de manière péremptoire, en se fondant sur un critère chronologique inapproprié et déconnecté de la réalité, que toutes les futures différences de traitement conventionnelles ne tomberont pas sous le coup de la présomption et répondront de fait aux règles probatoires du droit de l'Union européenne⁴⁸⁰, est une erreur de raisonnement. La réciproque est également entachée d'une telle erreur : en quoi les cinq cas pour lesquels la présomption est applicable ne relèvent pas du droit de l'UE ? On ne saurait que trop conseiller aux juges de se prononcer sur l'existence de critères objectifs permettant d'affirmer avec précision quel thème relève du droit de l'Union et quel thème n'y figure pas. A défaut, et en se contentant d'affirmer que les cinq thèmes sur lesquels la Cour de cassation s'est déjà prononcée ne relèvent pas du droit de l'Union (premièrement), que le thème en l'espèce relève du droit communautaire (deuxièmement), et que plus aucun thème ne pourra désormais entrer dans le domaine du droit de l'UE (troisièmement), le raisonnement de la note explicative est on ne peut plus lapidaire. Selon Grégoire Loiseau,

⁴⁷⁹ P.-H. Antonmattei, A. Donnette, C. Mariano, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *op. cit.*, p. 1066.

⁴⁸⁰ A savoir faire peser sur le salarié la preuve de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, à charge pour l'employeur, en présence de tels faits, d'établir qu'il n'y a pas eu de violation du principe d'égalité de traitement.

c'est bien la note explicative de l'arrêt en question qui fait émerger toutes ces difficultés , en laissant « entendre que la répartition entre les différences de traitement présumées justifiées et les autres devrait se faire sur la base d'un critère chronologique : la présomption resterait applicable aux types de différences de traitement pour lesquels elle avait été admise avant l'arrêt du 3 avril 2019 ; elle ne serait plus opératoire dans toute autre situation, à commencer par celle de l'espèce dans laquelle était en cause une différence fondée sur la date de présence sur un site. Cette représentation photographique du domaine utile de la présomption n'a cependant, à y réfléchir, aucun sens au regard de la justification de l'éviction de la présomption tenant à sa contrariété avec les règles de preuve du droit de l'Union en cas d'atteinte au principe d'égalité de traitement. À suivre le raisonnement de l'arrêt, l'approche est au contraire dynamique : des différences de traitement auparavant couvertes par la présomption pourraient ne plus en bénéficier si elles sont réalisées dans des domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union ; inversement, l'accord collectif pourrait conserver son effet justificatif probatoire dans des situations dans lesquelles la chambre sociale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer si elles ne font pas intervenir des règles du droit de l'Union »⁴⁸¹. Il est donc souhaitable de s'en tenir à la lecture de l'arrêt, et non de sa maladroite note explicative.

244. Ce qui est certain, c'est que l'influence du droit de l'Union européenne est aujourd'hui on ne peut plus prégnante concernant les différences de traitement conventionnelles. Une influence qui traduit de fait une primauté, d'après la classique hiérarchie des normes, celle du droit européen sur le droit national, y compris dans ce domaine de l'égalité de traitement entre salariés. Car l'égalité de traitement entre salariés existe également dans le droit communautaire, sous la bannière de principe de « non-discrimination ». De fait, le juge national refuse de reconnaître une présomption générale de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif en se référant à la spécificité de ses règles probatoires européennes s'agissant de principe de non-discrimination qui met bien en oeuvre une présomption mais en faveur du salarié qui apporte un simple commencement de preuve de faits discriminatoires, à charge pour l'employeur de renverser cette présomption. Au nom de ce principe appliqué selon le droit européen, il n'est pas concevable de mettre en oeuvre une généralisation de la présomption : cela suppose de clairement faire une distinction entre «

⁴⁸¹ G. Loiseau, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *op. cit.*, p. 1134 et s.

*les régimes probatoires qui relèvent du droit de l'Union et ceux qui ne dépendent que du droit national »*⁴⁸². Les règles probatoires du droit national, acceptant la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles, ne pourront dès lors s'appliquer que dans les domaines où le droit européen ne se prononce pas : le droit national et ses règles probatoires s'appliquent donc par soustraction, négativement, que dans des domaines inconnus du juge communautaire. C'est en cela que les différents arrêts intervenus depuis janvier 2015 ne sont pas remis en cause, car ils traitent de situations qui échappent à ce que régie le droit de l'Union européenne. Il n'y a donc pas, comme l'affolement général juste après la sortie de l'arrêt a pu le laisser penser, ou encore la publicité extrêmement importante autour de celui-ci, de revirement de jurisprudence : les solutions antérieures persistent, et même mieux, la présomption « franco-française » de justification des différences de traitement conventionnelles pourra continuer à s'appliquer dans les domaines que le droit de l'Union ne traite pas dans une de ses normes⁴⁸³.

Paragraphe 2 : La confirmation de la limite et l'amélioration des justifications

245. Si l'absence de généralisation de la présomption par les magistrats de la Haute juridiction nous paraît logique, sa justification, comme cela vient d'être rappelé, fait naître une difficulté : la remise en cause maladroite de la distinction classique entre différence de traitement et discrimination⁴⁸⁴. Cette remise en cause doit cependant être nuancée, et nous pouvons avoir toute confiance en notre juge national pour continuer de différencier nettement ces deux notions, et par conséquent de différencier leurs régimes juridiques applicables. On peut donc penser que la lecture de cet arrêt du 3 avril 2019 devrait plutôt être faite de la sorte : si s'agissant des différences de traitement, il y a une présomption de justification si

⁴⁸² C. Radé, « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », *op. cit.*, p. 450.

⁴⁸³ C'est en tout cas ce que devra préciser la Cour de cassation, afin d'éviter toute confusion avec le raisonnement étiqueté produit par la note explicative de l'arrêt, elle qui semblait vouloir figer les positions et appliquer la présomption aux cinq cas déjà connus, et pas à un de plus, n'ayant finalement que faire de l'applicabilité des règles européennes ou pas, v. en ce sens : G. Loiseau, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *op. cit.*, p. 1134 et s.

⁴⁸⁴ « *Le contrôle du respect du principe d'égalité de traitement au sens du droit de l'Union repose sur un mécanisme probatoire tel que lorsqu'un employé fait valoir que ce principe a été violé et établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation dudit principe (CJUE, arrêt du 10 mars 2005, Nikouloudi, C-196/02, point 75). 21. Par ailleurs, en vertu du même principe, le juge national est tenu d'écartier toute disposition nationale discriminatoire, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par le législateur, et d'appliquer aux membres du groupe défavorisé le même régime que celui dont bénéficient les personnes de l'autre catégorie (CJUE, arrêt Milkova, du 9 mars 2017, C-406/15, point 67) », Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, préc.*

elles émanent d'un accord collectif, en revanche, les discriminations ne peuvent aucunement être prônés dans un accord collectif, le fait qu'elles proviennent d'une négociation et qu'elles aient été acceptées par les partenaires sociaux ne les justifiant en rien. C'est d'ailleurs ce qu'est venu rappeler un arrêt de la chambre sociale plus récent, en date du 9 octobre 2019⁴⁸⁵, dans un énoncé marqué par un raisonnement empli de pédagogie : « *lorsque survient un litige relatif à l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, le salarié présente des éléments de fait en laissant supposer l'existence et au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que, dès lors, même lorsque la différence de traitement en raison d'un des motifs visés à l'article L. 1132-1 du code du travail résulte des stipulations d'une convention ou d'un accord collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, les stipulations concernées ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination* ». Un entendu de principe on ne peut plus clair, rappelant que lorsque la différence de traitement résulte d'un procédé discriminatoire - comme c'est le cas en l'espèce puisqu'il y avait une différence de traitement basée sur l'âge -, il ne peut y avoir de présomption de justification. De surcroît, c'est au défendeur - soit à l'employeur, après que le salarié ait apporté des éléments pouvant laisser penser à une discrimination - de prouver que sa décision ne résulte d'aucune discrimination directe ou indirecte, mais repose sur des éléments objectifs. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire applique parfaitement cet attendu de principe en l'espèce puisque l'employeur n'apporte pas cette preuve de non-discrimination.

246. Cette solution est une nouvelle fois réitérée dans un arrêt de la chambre sociale du 9 décembre 2020⁴⁸⁶. En l'espèce, l'employeur avait bien entendu tenté de s'appuyer que la

⁴⁸⁵ Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 17-16.642, D. 2019, p. 1999 ; *ibid.* 2020, p. 1136, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. ouv. 2020, p. 158, obs. S. Maillard-Pinon ; JCP S 2019, 1336, obs. J. Daniel. V. égal., pour une solution identique, Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.553. V. not. H. Nasom-Tissandier, « Discrimination et présomption de justification des différences de traitement nées d'un accord collectif », JSL 2019, n° 487, p. 26 ; v. du même auteur : « Absence de présomption de justification des discriminations établies par accord collectif », JSL 2021, n° 515.

⁴⁸⁶ Cass. soc. 9 décembre 2020, n° 19-17.092, D. 2021, p. 23 ; C. Radé, « La discrimination n'est pas une inégalité de traitement comme les autres », *op. cit.*, , p. 266 et s. ; P.-H. Antonmattei, L. Enjorlas et C. Mariano, « Actualité du droit et pratique de la négociation collective », *op. cit.*, p. 346 et s. ; C. Couëdel, « Différences de traitement négociées en cas de fondement discriminatoire », D. actu. 7 janvier 2021.

jurisprudence du 27 janvier 2015⁴⁸⁷ concernant l'égalité de traitement et la présomption de justification d'une telle différence instaurée par accord collectif. Le juge de l'ordre judiciaire, à juste titre, démontre une nouvelle fois que la frontière entre discrimination et différence de traitement n'est absolument pas poreuse, même lorsque c'est une convention ou un accord collectif qui met en exergue ladite différence de traitement discriminatoire en vertu de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁴⁸⁸. La limite à l'élargissement de la présomption continue d'être assurée, les juges refusant de généraliser cette dernière. La justification des magistrats est beaucoup plus satisfaisante que le raisonnement alambiqué de la solution du 3 avril 2019 : la seule limite à la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle reste la reconnaissance d'une différence de traitement discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁴⁸⁹. Néanmoins, est-ce à dire pour autant que le juge ne pourra en aucun cas se prévaloir du fait que la discrimination soit prévue conventionnellement ? Rien n'est moins sûr. Bien sûr, l'origine conventionnelle de la différence n'aura aucun impact probatoire puisqu'aucune présomption de justification d'une discrimination ne peut exister même lorsque celle-ci serait prévue par accord. En revanche, le juge pourrait bel et bien s'octroyer un rôle plus important quant à la reconnaissance des cas de dérogations à ce principe de non-discrimination ; les dérogations seraient validées par les partenaires sociaux, ce qui pourrait inciter le juge à ne pas remettre en cause leur volonté. C'est l'idée que soumet le professeur Christophe Radé lorsqu'il estime, à propos de l'arrêt précité du 9 décembre 2020, que la question « *de l'objet de la preuve, et singulièrement de l'appréciation des cas de dérogations autorisées permises par référence à des notions aussi flexibles que l'exigence « professionnelle » « essentielle » et « déterminante », l'objectif « légitime » et l'exigence « proportionnée », méritent attention dans la mesure où la marge d'interprétation du juge est grande. Lorsqu'il s'interroge sur la nécessité ou la*

⁴⁸⁷ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

⁴⁸⁸ « *Au regard des principes qui doivent gouverner les conditions d'application des deux principes en concurrence (non-discrimination et égalité de traitement), la solution est doublement imparable. Le principe de non-discrimination puise en effet son autorité directement dans le droit de l'Union européenne, ce qui suffit à écarter la règle nationale contraire, ce qui est le cas de la présomption prétorienne de justification admise en 2015 qui heurte de plein fouet le régime probatoire des discriminations. De surcroît, le principe d'égalité de traitement fait figure de règle de principe et le principe de non-discrimination, au domaine d'application plus étroit, de règle spéciale, ce qui conduit ici encore à privilégier logiquement cette dernière* », C. Radé, « *La discrimination n'est pas une inégalité de traitement comme les autres* », *op. cit.*, p. 266 et s.

⁴⁸⁹ « *Cette affaire offre l'occasion aux juges de rappeler que les partenaires sociaux sont tenus de respecter le principe de non-discrimination édicté dans le code du travail. Reconnaître l'existence d'une présomption aurait d'ailleurs été contradictoire avec l'esprit de l'article L. 1134-1 du code du travail qui vise justement à aménager le régime de la preuve en matière de discrimination en faveur des salariés s'en estimant victimes, ainsi qu'avec les règles européennes applicables en la matière* », P.-H. Antonmattei, L. Enjorlas et C. Mariano, « *Actualité du droit et pratique de la négociation collective* », *op. cit.*, p. 346 et s.

proportionnalité des atteintes, le juge tient en effet compte d'un certain nombre de données qui ne sont pas toutes prédéterminées avec précision, et il n'est pas aberrant de penser que le fait que les partenaires sociaux aient considéré tel ou tel motif comme « légitime », ou telle ou telle qualité comme « professionnelle », ou « essentielle », ou « déterminante » n'influencera pas le juge au moment de statuer. Il ne s'agirait pas ici de donner aux partenaires un chèque en blanc (ou presque) pour déterminer librement pourquoi et dans quelle mesure des dérogations au principe de non-discrimination pourraient être admises, mais d'intégrer leurs objectifs dans la réflexion menée sur la légitimité des objectifs poursuivis »⁴⁹⁰. Une confiance légitime en ce que décident les partenaires sociaux, associée à la marge de manœuvre dont dispose ce juge en vertu de l'article L. 1133-1⁴⁹¹, pourraient tout à fait permettre de dégager de nouvelles dérogations, prévues conventionnellement et confirmées par la juge, sans que la loi ne vienne apporter son aval.

⁴⁹⁰ C. Radé, « La discrimination n'est pas une inégalité de traitement comme les autres », *op. cit.*, , p. 266 et s.

⁴⁹¹ Justifiant des exceptions « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Conclusion du Chapitre 2

247. Le domaine de la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle s'est, à la suite des arrêts du 27 janvier 2015, élargi. Nombreux sont ceux qui pensaient alors que dès qu'un accord collectif prévoyait une différence de traitement, celle-ci devait être présumée justifiée, quel que soit le thème qu'elle traitait. L'arrêt de la chambre sociale du 3 avril 2019 est venu mettre un coup d'arrêt à cette présomption. Le juge énonce qu'il ne saurait y avoir de généralisation de la présomption, au seul motif que la différence de traitement soit prévue par accord. Pour justifier leur solution, les magistrats de la Haute juridiction affirment tout d'abord que le mécanisme de la présomption est contraire au droit de l'Union européenne, sans pour autant revenir sur les cas précédents où la Cour de cassation avait reconnu une présomption de justification. A cette première erreur de raisonnement, vient s'ajouter le fait que les magistrats n'expliquent nullement en quoi le cas d'espèce relève du droit de l'Union européenne, contrairement aux hypothèses déjà consacrées depuis le 27 janvier 2015. Enfin, une troisième critique peut être apportée à la motivation du juge judiciaire, puisqu'il vient figer, selon un critère chronologique, les cas où la présomption a vocation à s'appliquer, et les cas où elle doit être exclue : il est tout à fait envisageable qu'une situation non prévue par le droit de l'UE, et différente des hypothèses où la présomption est déjà consacrée, fasse l'objet d'une différence de traitement mentionnée dans un accord collectif. Fort heureusement, le juge judiciaire a corrigé ses errances de raisonnements dans des arrêts postérieurs, pour venir indiquer, plus simplement, que la différence de traitement d'origine conventionnelle ne peut être présumée justifiée si elle est discriminatoire.

CONCLUSION DU TITRE 2

248. A la différence de l'intégration du principe de loyauté dans l'activité jurisprudentielle du juge de l'accord collectif, celui de l'égalité de traitement ne concerne pas la phase de négociation, mais le contenu de l'accord. Le juge va se servir de ce principe pour valoriser là encore la normativité conventionnelle, non pas en l'intégrant dans ses solutions jurisprudentielles, mais en l'adaptant aux conventions et accords collectifs. Par adaptation, il faut comprendre que le juge a instauré une différence selon l'origine de la différence de traitement. En effet, il a décidé de présumer justifier, dans certains cas de figure, les différences de traitement prévues par accord collectif. A l'inverse, les différences de traitement nées d'une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent souffrir d'aucune présomption de justification, et il reviendra alors à l'employeur d'apporter la preuve que la différence en question repose sur des motifs objectifs.

249. La valorisation de la norme conventionnelle par l'adaptation du principe d'égalité de traitement touche précisément l'application de l'accord collectif. En dégageant cette présomption de justification, le juge vient de fait modifier son contrôle judiciaire sur l'application de l'accord, sur son contenu. En effet, la conventionnalisation du droit du travail vient non seulement bouleverser l'activité jurisprudentielle du juge, mais aussi une partie de son activité juridictionnelle, à l'image du contrôle du contenu de l'accord collectif. C'est en raison de la valorisation de la norme conventionnelle due à la création jurisprudentielle de la présomption de justification, que le juge judiciaire modifie la nature de son contrôle dans le but de promouvoir encore un peu plus la conventionnalisation : d'un contrôle de pertinence subjectif, il passe à un contrôle de légalité. De ce changement de nature, certains auteurs en ont alors déduit une concurrence, se traduisant par un phénomène de vases communicants : si la normativité des accords collectifs est accrue, celle des prérogatives judiciaires ne peut qu'être en baisse. Inversement, lorsque le juge semble mettre un coût d'arrêt au mouvement de conventionnalisation, en refusant de généraliser la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, d'aucun ont pu y voir un renouveau du contrôle judiciaire. Or, pour qu'il y ait renouveau, encore aurait-il fallu qu'il y ait affaissement préalable. Dès lors, même si cette présomption ne peut être générale, elle reste d'actualité et permet au juge d'opérer un contrôle renforçant davantage la normativité conventionnelle sans pour autant restreindre son ampleur. Le contrôle de l'application de

l'accord, grâce à l'exemple de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles, cherche donc à valoriser la normativité de celui-ci, sans pour autant disparaître ou même s'auto-restreindre. Le juge judiciaire change simplement de référentiel, en prenant acte du mouvement de conventionnalisation, et en adaptant son pouvoir de contrôle à un acte de plus en plus normatif.

250. On ne peut que constater qu'activité jurisprudentielle et juridictionnelle sont intimement liées. Si la valorisation de la conventionnalisation par le mécanisme de la présomption expliquée précédemment relève bien évidemment de l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire, le renforcement de la normativité conventionnelle a alors un effet immédiat sur son contrôle juridictionnel. La création d'une présomption de justification des différences de traitement issues de normes conventionnelles (relevant de l'activité jurisprudentielle) valorise la négociation collective, ce qui, par voie de conséquence, oblige le juge à renouveler son pouvoir de contrôle sur l'application de l'accord. Un renouvellement qui se traduit par une modification de sa nature, et ce en raison de l'évolution de l'objet du contrôle, un objet gagnant en normativité.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

251. Avec la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire dans quelques domaines présents dans le Code du travail, le juge judiciaire est venu consolider la normativité renforcée de la négociation. La consolidation de la phase de négociation entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives se fait également par le biais du durcissement des exigences de loyauté. Il est important d'observer que le législateur a insufflé ce mouvement de conventionnalisation du droit du travail, et qu'il a incité le juge judiciaire à le consolider en valorisant la norme conventionnelle, et plus particulièrement la négociation à proprement parler. Car c'est de l'interprétation des dispositions légales que la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire est née, et *de facto* que la valorisation de la négociation de droit commun (et plus globalement de la conventionnalisation) au sein des jurisprudences du juge judiciaire a eu lieu.

252. Mais à la différence de la valorisation par l'interprétation de la norme légale, le durcissement de l'exigence de loyauté de la négociation ne se fait pas du fait de l'incitation du législateur. Dans ce second cas de figure, le juge judiciaire, de façon autonome, intègre le principe de loyauté à ses jurisprudences pour renforcer ses exigences. Il mobilise la loyauté de la négociation entre employeur et syndicats représentatifs pour donner plus de légitimité aux accords à naître, et donc pour valoriser encore davantage le mouvement de conventionnalisation. Mieux, c'est ici le juge qui incite la loi à valoriser davantage la conventionnalisation, par le biais notamment des accords de méthode. Si cette philosophie d'accompagnement de la valorisation de la phase de négociation est bel et bien présente, que ce soit dans la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire ou dans la mobilisation et le durcissement du principe de loyauté, ces deux pans de l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire révèlent des différences. Tantôt ce dernier consolide et valorise la conventionnalisation en interprétant la norme légale (ce qui lui permet de consacrer un préalable de négociation obligatoire), tantôt il intègre des principes d'origine prétorienne dans sa jurisprudence (comme le principe de loyauté de la négociation) qui vont lui servir à promouvoir davantage la norme conventionnelle. L'intégration de principes et leur adaptation au contexte de conventionnalisation ne cesse d'appuyer le fait que le juge, de façon

autonome, se met au service de la valorisation de la négociation collective dans son ensemble.

253. En effet, la négociation collective ne concerne pas seulement la phase de négociation à proprement parler. Dès lors, l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire consiste aussi à valoriser l'application des conventions et accords collectifs. Cette valorisation se fait également par l'intégration et l'adaptation d'un principe d'origine prétorienne : le principe d'égalité de traitement. En dégageant de ce principe une présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle, le juge vient accroître sa confiance en l'accord collectif, une confiance qui rime donc avec la valorisation jurisprudentielle dudit accord. Par ailleurs, en accordant au fil de ses jurisprudences une confiance plus grande au contenu des conventions et accords collectifs par le mécanisme de la présomption, le juge judiciaire vient par conséquent bouleverser son contrôle juridictionnel de l'application de l'accord. En créant cette présomption de justification, il vient se doter d'un nouveau pouvoir de contrôle qui aura pour résultat de promouvoir, lui-aussi, la norme conventionnelle. On assiste alors à un mouvement circulaire : de par la volonté légale de renforcer la normativité des accords collectifs, le juge a modifié son activité jurisprudentielle en intégrant et en adaptant des principes pour accompagner la conventionnalisation, en valorisant tantôt la négociation, tantôt l'application de l'accord. Par suite, cette valorisation de la négociation collective lui a permis de modifier son activité juridictionnelle en faisant évoluer son pouvoir de contrôle. Le premier mouvement révèle donc l'incitation du législateur envers le juge judiciaire, ce dernier modifiant ses différentes activités judiciaires suite à la hausse de normativité d'origine légale de la négociation collective. Une fois que le juge a pris connaissance de cette volonté d'accroître la normativité conventionnelle, il est indéniable qu'il s'est lui aussi emparé de cette idée en y participant activement.

254. C'est en raison de la conventionnalisation d'origine légale que le juge a fait évoluer son activité jurisprudentielle dans le but de promouvoir davantage ce mouvement, comme en témoigne parfaitement la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire. Dans d'autres domaines, cette valorisation de la conventionnalisation permet au juge de justifier les modifications de son pouvoir de contrôle juridictionnel sur les accords collectifs, que ce soit sur la phase de négociation en durcissant son contrôle sur la loyauté, et sur leur contenu grâce à la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles. Une

modification du contrôle qui, au bout de la chaîne, a pour cause et pour conséquence ce même renforcement de la normativité de la négociation collective. C'est particulièrement le mouvement de valorisation de l'activité juridictionnelle du fait de la conventionnalisation qui sera à l'étude dans la seconde partie.

SECONDE PARTIE :
LA VALORISATION DE
L'ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE
NÉE DE LA CONVENTIONNALISATION
DU DROIT DU TRAVAIL

255. Suite à la conventionnalisation du droit du travail, l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire a consisté à valoriser l'accord collectif, et plus globalement la négociation collective dans son ensemble. Dès lors, la conventionnalisation, insufflée à l'origine par le législateur, a été renforcée grâce à l'activité jurisprudentielle du juge. Mais tout ce qui relève du rôle du juge ne se résume pas à l'activité jurisprudentielle. Comme cela a été démontré dans la première partie, les différentes solutions jurisprudentielles rendues suite au mouvement de conventionnalisation du droit du travail mettent en exergue différentes prérogatives qui auront également pour objectif de valoriser ce mouvement, de valoriser la normativité des conventions et accords collectifs.

256. Ce fut non seulement le cas du contrôle de la phase de négociation, par le respect notamment du principe de loyauté, mais aussi du contenu de la norme conventionnelle instaurant une différence de traitement. Le contrôle du contenu de l'accord collectif peut être englobé dans une phase qu'il est judicieux de nommer « application de l'accord ». A l'intérieur de cette phase, outre le contrôle des différences de traitement, le juge judiciaire se doit de contrôler l'articulation des conventions et accords collectifs. Mais l'activité juridictionnelle du juge sur tout ce qui a trait à l'application de l'accord ne se réduit pas à une prérogative de contrôle. En effet, l'interprétation des conventions et accords collectifs relève également de cette activité juridictionnelle⁴⁹². De surcroît, cette interprétation judiciaire est au service d'une vision jurisprudentielle, témoignant une nouvelle fois des liens étroits existants entre activité jurisprudentielle et juridictionnelle⁴⁹³. Quoi qu'il en soit, le contrôle de l'articulation des accords et l'interprétation de ceux-ci sont des illustrations de la valorisation judiciaire au stade de l'application desdits accords (**Titre 2**), valorisation judiciaire née de la conventionnalisation. Cette valorisation judiciaire, qui peut prendre le nom de valorisation de l'activité juridictionnelle, est illustrée dans une autre phase de la négociation collective, celle du sort de l'accord collectif. En contrôlant l'applicabilité de ce dernier, le juge judiciaire développe un certain nombre de pouvoirs apparus suite à la conventionnalisation. C'est alors en ce qui concerne les sanctions de l'illicéité de l'accord collectif que le juge judiciaire voit ses prérogatives valorisées (**Titre 1**) grâce au législateur, qui, pour renforcer davantage la normativité de la négociation collective, lui laisse plus de marge de manœuvre. Une liberté

⁴⁹² *supra*, n° 29 et s.

⁴⁹³ *Ibid*, n° 40.

qui va alors traduire la valorisation de l'activité juridictionnelle du juge, et lui permettre de consolider davantage la conventionnalisation.

TITRE 1 :

La valorisation juridictionnelle
par la sanction de l'illicéité de l'accord collectif

257. La valorisation de l'activité juridictionnelle se fait grâce au législateur, du moins dans un certain nombre de domaines. C'est donc le cas lorsque ce dernier laisse au juge de l'ordre judiciaire le soin de se prononcer sur la validité ou non d'un accord collectif. S'il ne fait pas l'ombre d'un doute que le juge aura le dernier mot quant à la sanction du caractère illicite des conventions et accords collectifs, il existe tout de même un paradoxe. La loi a bel et bien cherché à réduire d'une certaine façon les prérogatives judiciaires. Ce fut le cas par les ordonnances du 22 septembre 2017, desquelles il se dégage une volonté de restreindre la saisine du juge⁴⁹⁴ (**Chapitre 1**), comme le constate Emmanuelle Filipetto lorsqu'elle énonce qu'il « *fait face au mouvement de déjudiciarisation souhaité et impulsé par le législateur - qui dépasse par ailleurs le seul droit de la négociation collective*⁴⁹⁵ -, et donc à une mise en retrait imposée »⁴⁹⁶. Néanmoins, l'activité juridictionnelle de ce dernier ne se résume pas à son activité contentieuse et à sa propension à trancher un litige. C'est ici que s'opère tout le paradoxe : si le législateur a eu la volonté de restreindre le contentieux lié aux accords collectifs en rendant plus difficile la saisine du juge, il a également souhaité, corrélativement et une fois le juge saisi, renforcer les prérogatives juridictionnelles. De fait, il renforce le contrôle judiciaire à propos des cas d'illicéité⁴⁹⁷ de l'accord collectif (**Chapitre 2**).

⁴⁹⁴ M. Guedon, « L'accord collectif pour éviter l'intervention et le contrôle du juge », Dr. ouv. avril 2008.

⁴⁹⁵ V. not. G. Loiseau et A. Martinon, « La déjudiciarisation du droit social », BJT avril 2019, p. 1 ; A. Lyon-Caen, « Discrète juridiction », RDT 2019, p. 217 ; F. Bergeron et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre » (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038 ; M. Grévy et P. Henriot, « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173 ; F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », SSL 28 janvier 2013, p. 1569.

⁴⁹⁶ E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif*, op. cit., n° 573.

⁴⁹⁷ Nous aurions pu choisir le terme d'*illégalité*, souvent employé de façon synonyme à celui d'*illicéité*. Ce dernier nous semblait néanmoins plus juste, dans la mesure où le contrôle judiciaire de l'accord collectif ne se fait pas que par rapport à la loi, mais aussi au regard de principes, de droits fondamentaux ou de textes supranationaux.

Chapitre 1 : **La volonté légale de réduire la saisine du juge judiciaire**

258. Plusieurs dispositions légales viennent étayer l'idée selon laquelle le but du législateur serait de réduire l'activité contentieuse du juge judiciaire en tant que juge de l'accord collectif. C'est d'abord le cas en instaurant, au sein du Code du travail, une présomption de légalité des conventions et accords collectifs (**Section 1**). En outre, le législateur a mis en place une réduction du délai permettant de contester la légalité de l'accord devant le juge (**Section 2**). Autant de dispositions visant à restreindre la saisine du juge judiciaire et donc à accroître la normativité conventionnelle.

Section 1 : **La présomption de légalité des accords collectifs**

259. L'article L. 2262-13 du Code du travail, qui met en oeuvre une présomption de légalité des conventions et accords collectifs, révèle en réalité une tautologie, en raison de la préexistence des règles classiques du droit de la preuve (Paragraphe 1). Mais si les accords collectifs sont présumés justifiés, le contrôle du juge judiciaire reste assuré, en témoigne l'exemple du travail de nuit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La tautologie de l'article L. 2262-13 du Code du travail

260. Un nouvel article a fait son apparition dans le Code du travail après la réforme de 2017, même si son importance est à relativiser. En effet, le projet d'ordonnance prévoyait que « *les conventions ou accords collectifs répondant aux règles de validité applicables à la date de conclusion sont présumés négociés et conclus conformément à la loi* », un intitulé abandonné, abandonnant de fait la présomption qui prenait exemple sur la présomption de justification des différences de traitement prévues par accord collectif. On peut alors s'interroger sur l'intérêt de cet article L. 2262-13⁴⁹⁸ qui ne fait qu'énoncer une tautologie en reprenant le principe selon lequel c'est au demandeur qu'il incombe de prouver les éléments

⁴⁹⁸ C. trav. art. L. 2262-13 : « *Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* ».

nécessaires au succès de sa prétention⁴⁹⁹. Rien n'a évolué concernant les règles probatoires touchant aux conventions et accords collectifs, ce qui ne changera donc pas le rôle du juge judiciaire, comme l'a reconnu le Conseil d'Etat en considérant « *qu'une interprétation de cette jurisprudence comme une présomption de conformité à la loi des accords collectifs présenterait des risques, notamment constitutionnels, au regard du droit au recours* »⁵⁰⁰. En outre, l'arrêt de la chambre sociale du 3 avril 2019⁵⁰¹ vient d'autant plus enlever tout son intérêt à cet article. Si la première rédaction de l'article a été abandonné, ce qui ne vient dès lors consacrer qu'un principe de preuve de droit commun dans sa rédaction actuelle, cette solution va même dans le sens contraire de la volonté législative, qui voulait en réalité donner plus de poids, de par une assise légale assez générale, à la présomption de justification née avec les arrêts successifs qui ont vu le jour à partir du 27 janvier 2015⁵⁰². Déjà que la rédaction de cet article avait accouché d'une déception, en ce sens qu'elle n'énonçait aucune nouveauté contrairement à l'ambition de départ, l'esprit de ce texte est lui aussi mis à mal par cette nouvelle jurisprudence, dans laquelle le juge contredit la mouvance actuelle consistant à encourager la négociation collective.

Paragraphe 2 : Le maintien du contrôle du juge par le biais du travail de nuit

261. Il existe néanmoins une exception, où une présomption de légalité des accords collectifs est mise en place, dans le domaine du travail de nuit, dans le but justement de contrecarrer le rôle du juge. Ce dernier avait, dans un arrêt rendu par la chambre sociale, décidé que l'employeur qui ne justifiait pas de l'impossibilité de recourir à un autre mode de travail que le travail de nuit (celui-ci devant être exceptionnel), y recourrait donc en violation de la loi⁵⁰³ : « *L'employeur n'ayant pas pu démontrer dans cette affaire « qu'il lui était*

⁴⁹⁹ D. Baugard, « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », Dr. soc. 2018, p. 59 : « *La phrase tente maladroitement de combiner les art. 1353 du code civil et 9 du code de procédure civile* » ; v. en ce sens : E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, numéros 188 s., p. 193 s.

⁵⁰⁰ CE, 22 juin 2017, n° 393357 ; « *L'avis est intéressant en ce qu'il suggère que la présomption posée par la Cour de cassation, dont on peut douter qu'elle puisse être vraiment écartée (dans quel cas les signataires d'accord ont-ils pu prévoir des différences de traitement sans aucune considération de nature professionnelle, et comment le prouver, puisqu'il s'agit de sonder leur intention ?), est fondamentalement critiquable* », D. Baugard, « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰¹ Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, préc.

⁵⁰² Assise légale qui veut plus générale puisque ces arrêts ne concernent que la présomption de justification des différences de traitement instaurées par accord collectif, *supra*. n° 190 et s.

⁵⁰³ Cass. soc. 24 septembre 2014, n° 13-24.851.

impossible d'envisager d'autres possibilités d'aménagements du temps de travail, non plus que son activité économique supposait le recours au travail de nuit », la Haute Juridiction en avait déduit que le recours à ce dernier était contraire à la loi »⁵⁰⁴. Le contrôle du juge s'est donc vu restreint sur ce point par ce nouvel article L. 3122-15. En vertu de cette présomption de justification des stipulations de l'accord collectif mettant en place le travail de nuit, on peut légitimement penser, par un raisonnement par analogie avec les nombreux arrêts concernant les différences de traitement instaurées conventionnellement, que le juge opèrera de fait un contrôle de légalité sur ces stipulations en question. S'est alors posée la question de la constitutionnalité de cette disposition législative instaurant la présomption : le Conseil constitutionnel a cherché à « relativiser l'ampleur de la présomption »⁵⁰⁵, en affirmant que « les dispositions contestées se bornent à instituer une présomption simple, qui peut être renversée ; elles ne modifient pas les conditions de recours au travail de nuit posées par l'article L. 3122-1 du Code du travail ni ne dispensent les accords collectifs du respect de ces conditions »⁵⁰⁶. Dès lors, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est emparée de la question, venant fortement nuancer l'affirmation consistant à dire que le juge aurait désormais moins de pouvoirs sur cette thématique des accords collectifs instaurant un travail de nuit. Dans l'arrêt du 7 janvier 2020⁵⁰⁷, un accord collectif de branche vient organiser le travail de nuit, accord présumé légal en vertu de l'article L. 3122-15 du Code du travail qui énonce dans son dernier alinéa qu'un tel accord est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1.

262. Les hauts magistrats vont néanmoins affirmer que cette présomption de légalité de l'accord collectif régissant le travail de nuit ne doit pas empêcher le juge judiciaire de procéder à un contrôle du contenu de l'accord. En effet, les juges du fond auraient tout de même dû contrôler les stipulations de l'accord, quand bien même une présomption de légalité de celui-ci serait mise en place par la loi. Les juges de la cour d'appel auraient donc dû en l'espèce contrôler que les dispositions d'ordre public de l'article L. 3122-1 du Code du travail

⁵⁰⁴ G. François, « La neutralisation par la chambre criminelle de la présomption de conformité des accords collectifs sur le travail de nuit », note sous Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, BJT, mars 2020, p. 27 et 28.

⁵⁰⁵ S. Tournaux, « Les supérettes, hauts-lieux des nuits parisiennes ? », Lexbase hebdo., éd. soc. 6 février 2020, n° 812.

⁵⁰⁶ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761, DC, préc.

⁵⁰⁷ Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, D. 2020. Actu, p. 543 ; RDT 2020, p. 341, obs. M. Véricel ; RJS 3/2020, n° 134.

ont bel et bien été respectées par l'accord collectif. Même si cette solution vient remettre en cause la portée de la présomption de l'article L. 3122-15⁵⁰⁸, elle apporte surtout une preuve de plus à propos de la démonstration consistant à dire qu'il n'y a en réalité pas la moindre concurrence, quelle qu'elle soit, entre l'office du juge, la normativité jurisprudentielle, et la négociation collective. Ce n'est pas parce que la loi cherche, de par un certain nombre de directives, à cantonner le rôle du juge, en faisant l'analyse que si le rôle du juge judiciaire est trop fort, cela va pâtir sur la normativité de l'accord collectif (analyse selon nous erronée), que le contrôle des juridictions judiciaires va de fait être évincé. Le véritable problème résulte donc sans doute de la volonté législative de restreindre, voire d'évincer le rôle du juge, dans le but, entre autres⁵⁰⁹, de promouvoir la négociation collective et la normativité des accords collectifs. Les directives législatives en question concernent donc cette présomption de légalité des stipulations conventionnelles sur le travail de nuit, mais également l'article L. 2262-13, dans une moindre mesure vu la tautologie et le peu d'intérêt que présente cette disposition puisque « *chacun sait que la règle est inutile puisqu'elle ne fait qu'exprimer ce qui découle déjà du droit positif et processuel, mais en réalité la règle pose en creux une sorte de présomption de légalité des accords collectifs de travail. C'est du moins le message envoyé au juge* »⁵¹⁰. Une dernière directive touchant directement à la nullité des accords collectifs démontre, selon Jean-Yves Frouin, la volonté d'éviter le contrôle du juge, celle de l'article L. 2262-15. En réalité, cette nouvelle disposition donne davantage de prérogatives au juge judiciaire, puisque cela lui ouvre la faculté de moduler dans le temps les effets de l'annulation d'un accord collectif⁵¹¹. Dès l'instant où l'office du juge est élargi, en lui offrant

⁵⁰⁸ « *L'argument de la chambre criminelle, en l'espèce, consiste à en appeler aux dispositions d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger par voie d'accord, en l'occurrence l'article L. 3122-1 du Code du travail (selon lequel le recours au travail de nuit doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale) pour considérer que les juges du fond doivent écarter les stipulations d'un accord collectif qui ne prend pas en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et qui ne serait pas justifié, en considération de la situation propre à chaque établissement, par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale. Le raisonnement demeure toutefois en contradiction avec la présomption posée à l'article L. 3122-15 du Code du travail, ce d'autant que ce texte, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, n'a jamais interdit que celle-ci puisse être renversée par ceux qui contestent le recours au travail de nuit en application d'un accord collectif de travail. Espérons donc que la chambre sociale reviendra à une lecture plus conforme au texte et respectueuse de la règle probatoire posée à l'article L. 3122-15 du Code du travail* », G. François, « La neutralisation par la chambre criminelle de la présomption de conformité des accords collectifs sur le travail de nuit », *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰⁹ J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op. cit.*, p. 24 : « *Dernière illustration de mesures tendant à circonscrire l'office du juge, ce sont les directives données au juge. Il n'est pas sûr que ce soit là une véritable manifestation d'un recul du juge car, s'agissant d'une directive, il n'appartient qu'au juge de ne pas la suivre mais, dans l'esprit, c'est bien d'une volonté de réduction du rôle du juge dont il s'agit car l'objectif est de l'inciter à statuer dans un certain sens* ».

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *infra.* n° 282 et s.

une plus grande marge d'appréciation dans son contrôle, il ne peut, selon nous, s'agir d'une directive visant à l'évincer, ou en tout cas à restreindre ses prérogatives, bien au contraire. En revanche, cette disposition législative révèle une incitation : la loi incite le juge à faire en sorte que la nullité d'un accord collectif n'ait pas d'effet rétroactif. Une incitation que l'on retrouve également s'agissant des articles L. 3122-15 et L. 2262-13 : le législateur voulait implicitement que le juge, par la présomption de l'article L. 3122-15 du Code du travail, ne contrôle plus le contenu d'un accord, tout comme pour l'article L. 2262-13. En définitive, la loi ne constraint pas le juge judiciaire par ces différentes dispositions, mais elle cherche tout de même à l'orienter vers des solutions qui auront pour effet de restreindre son pouvoir de contrôle. Cependant, il a déjà été démontré que les juges de la Haute juridiction ne se laisse pas guider de la sorte, en témoigne les arrêts de la chambre sociale du 6 juin 2018⁵¹² et de la chambre criminelle du 7 janvier 2020⁵¹³, et ce sans pour autant empiéter sur la normativité des accords collectifs.

Section 2 :

La réduction des délais de contestation devant le juge

263. Le délai de contestation d'un accord collectif devant le judiciaire a été modifié par l'ordonnance n° 2017-1385⁵¹⁴. Par la réduction de ce délai prévue à l'article L. 2262-14 du Code du travail⁵¹⁵, le juge s'est vu restreint dans sa capacité de saisine, ce qui va de fait restreindre son rôle de contrôle sur les accords collectifs (Paragraphe 1). La réduction de ce délai fait également naître une incertitude à propos de la nature de ce délai (Paragraphe 2).

⁵¹² Cass. soc. 6 juin 2018, n° 17-21.068, D. 2018, p. 1262 ; RDT 2018, p. 689, obs. Y. Ferkane.

⁵¹³ Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, préc.

⁵¹⁴ Ordonnance n° 2017-1385, préc.

⁵¹⁵ C. trav. art. L. 2262-14 : « Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter : 1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ; 2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas. Ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24, L. 1235-7-1 et L. 1237-19-8 du code du travail ».

Paragraphe 1 : La restriction de la saisine du juge judiciaire

264. La volonté initiale du législateur était de sécuriser davantage les relations collectives de travail, en témoigne par exemple l'intitulé de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 : « relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ». Cette sécurisation s'inscrit dans la lignée de ce que préconise la loi du 14 juin 2013 et plus récemment l'ordonnance précitée. La volonté politique était, par ces deux textes, de raccourcir les délais de prescription à propos des relations individuelles de travail. Selon le professeur Julien Icard, « *ce mouvement de réduction, assez considérable, lorsqu'on considère le chemin parcouru depuis 2008, est empreint d'une idéologie économique qui affecte d'ailleurs la justice dans son ensemble et dont l'un des ressorts consiste à sécuriser la situation des employeurs en obligeant les salariés à agir rapidement en justice pour dénouer les éventuels conflits. Cette sécurisation de l'employeur procédant d'un encadrement du recours au juge, considéré comme gêneur, a pour corollaire une incitation pour le salarié à se décider rapidement sur les suites contentieuses d'un éventuel litige* »⁵¹⁶. L'auteur milite alors « *pour un retour au droit commun de la prescription en droit du travail* »⁵¹⁷, au même titre que le professeur Alexis Bugada⁵¹⁸. C'est exactement la même logique qui est à l'oeuvre en ce qui concerne les relations collectives de travail, et plus précisément à propos de la réduction du délai de contestation d'un accord collectif. A ce titre, le « *rapport remis au président de la République souligne en ce sens l'importance d'une action réformatrice destinée à libérer les énergies et offrir de véritables protections aux salariés, par la négociation avec les salariés et leurs représentants et la sécurité juridique attendue* »⁵¹⁹ »⁵²⁰. La réduction du délai de contestation s'avère sans doute être une bonne chose pour ce qui est de la sécurité juridique : moins les accords ont la possibilité d'être contestés, plus ceux-ci ont des chances de perdurer dans le temps. Il en va différemment pour le juge - comme le

⁵¹⁶ J. Icard, « La prescription en droit du travail. Etude d'actualité des relations individuelles de travail », RJS 5/2019, pp. 331-344.

⁵¹⁷ J. Icard et A. Bugada, « Controverse : faut-il simplifier la prescription en droit du travail ? », RDT 2021, p. 556.

⁵¹⁸ « *Mais poser une prescription quinquennale commune, au demeurant raccordée à un point de départ flottant, n'était-ce pas suffisant ? Il y avait là, en 2008, un juste milieu permettant de respecter le droit à l'oubli comme élément de paix sociale* », *ibid.*

⁵¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁵²⁰ C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », Dr. soc. janvier 2020, p. 43.

soulignait déjà Julien Icard à propos des délais de prescription touchant les relations individuelles de travail⁵²¹ -, qui voit son rôle restreint par le législateur concernant le contrôle de l'accord collectif, par un raccourcissement de son délai de saisine. Par conséquent, ce délai de deux mois, particulièrement court, est-il conforme aux exigences constitutionnelles ou supra-nationales, comme le droit d'accès au juge ? Le Conseil constitutionnel a répondu par la positive, notamment au regard de l'existence et de la mise en oeuvre possible des voies d'exception⁵²².

265. On a vu jusqu'à maintenant que la promotion de la négociation collective n'allait pas forcément de pair avec le recul du rôle du juge, contrairement à ce qu'il serait simple de penser au premier abord. Néanmoins, ce nouvel article L. 2262-14 ne va pas dans ce sens puisque le juge devrait être moins saisi s'agissant de la contestation d'un accord, les demandeurs devant agir au plus vite, et passé ce délai de deux mois ils n'auront plus la possibilité d'agir en justice, se heurtant à une fin de non-recevoir. C'est là une hypothèse tendant, selon les dires de Jean-Yves Frouin⁵²³ à limiter le recours au juge en l'empêchant au-delà d'un certain délai. S'agissant de la contestation d'un accord collectif, ce délai particulièrement court de deux mois sert à éviter l'intervention du juge judiciaire, à restreindre sa saisine⁵²⁴.

266. Cette opinion ne fait cependant pas l'unanimité. Certains auteurs refusent de voir dans ce raccourcissement drastique du délai de contestation des conventions et accords collectifs une volonté légale de restreindre la saisine du juge. On pourrait même être tenté de voir dans ce nouvel article L. 2262-14 du Code du travail une volonté de responsabiliser les organisations syndicales non signataires de l'accord collectif litigieux, en leur indiquant

⁵²¹ J. Icard, « La prescription en droit du travail. Etude d'actualité des relations individuelles de travail », *op. cit.*, pp. 331-344.

⁵²² Cons. constit. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, relative à la loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures par le renforcement du dialogue social, *infra*. n° 288 et s.

⁵²³ J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op. cit.*, p. 18 et s.

⁵²⁴ Tout comme dans les autres hypothèses de réduction des délais de prescription, puisque « quelques années après la réforme du régime général des prescriptions en matière civile (2008) qui avait déjà réduit les délais de la prescription extinctive en fixant un délai de droit commun de cinq ans, la loi relative à la sécurisation de l'emploi de 2013 a encore raccourci les délais de prescription dans les litiges du travail à deux ans pour les actions portant sur l'exécution du contrat de travail et trois ans pour les actions portant sur la rupture du contrat de travail (et les actions en paiement du salaire) avant que, poursuivant ce mouvement, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne limite à douze mois le délai d'action en contestation de la rupture du contrat de travail (C. trav., art. L. 1471-1) », *ibid.*

clairement que dès qu'un doute survient sur la légalité de l'accord, elles doivent immédiatement saisir le juge judiciaire. Le législateur n'aurait pas raccourci le délai de contestation des conventions et accords collectifs pour éviter l'intervention du juge et *de facto* restreindre ses prérogatives ; il l'aurait fait au contraire pour inciter ceux qui peuvent contester la validité d'un accord collectif, notamment les syndicats non signataires, à le faire le plus vite possible afin qu'un accord collectif illégal ne perdure pas, et qu'il ne puisse pas être remis en cause des années plus tard (ce qui aurait pour conséquence de porter une atteinte désastreuse à la sécurité juridique). Ce nouvel argument confirme la volonté affichée de sécuriser les relations collectives de travail sans pour autant amputer le juge de ses prérogatives, bien au contraire. Les rédacteurs de l'article précité se gardent d'ailleurs bien d'invoquer une quelconque volonté d'éviter l'intervention judiciaire, tandis qu'ils expriment explicitement leur objectif de sécuriser les conventions et accords collectifs⁵²⁵. Dans leur esprit, il n'y aurait donc pas de lien de causalité entre sécurisation des accords collectifs et restriction de la saisine du juge.

267. Pourtant, en pratique, cette sécurisation des accords collectifs se fait bien par le biais d'un cantonnement de la saisine du juge judiciaire. Le temps de s'informer de la potentielle illégalité du contenu d'un accord collectif, le délai de deux mois peut déjà être largement dépassé. L'idée de responsabilisation des organisations syndicales ne convainc pas : si une d'entre elles était sûre de l'illégalité d'un accord, on peut supposer qu'elle saisissait déjà le juge dans le délai de deux mois. Si un syndicat non signataire prend du temps pour contester la légalité d'une norme conventionnelle, c'est que ce temps lui est nécessaire pour prendre connaissance de l'accord dans son entiereté et avec précision. La saisine du juge pour contester la légalité d'une convention ou d'un accord devient par conséquent de plus en plus compliquée, et c'est bien cet obstacle qui en pratique sécurise les accords collectifs. Dès lors, même si nous n'avons pas encore le recul nécessaire pour savoir si la saisine du juge est mise à mal depuis l'instauration de l'article L. 2262-14 dans le Code du travail, il s'agit bien là selon nous de l'exemple le plus frappant de concurrence entre la conventionnalisation et l'activité juridictionnelle du juge judiciaire. Ce serait véritablement un des seuls cas de figure où il ne pourrait pas être démenti que le renforcement de la négociation collective, et plus

⁵²⁵ « *Préciser les délais de recours et les délais de prescription pour un recours introduit par les organisations syndicales et les organisations professionnelles (permet) de sécuriser les conventions et accords collectifs* », Etude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances des mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 19.

précisément de la normativité de l'accord collectif, a comme corollaire le recul du juge, en ce sens que sa saisine est volontairement empêchée par un délai extrêmement bref (donc si le juge peut difficilement être saisi, la normativité de l'accord collectif devient par conséquent plus sûre)⁵²⁶. Le juge voit son champ d'action restreint en ce qui concerne le sort de l'accord collectif, qui n'englobe d'ailleurs pas uniquement le cas de la nullité conventionnelle. Ce sera le cas pour les rapports entre salarié et employeur, lorsque c'est le salarié qui souhaite contester une stipulation de l'accord collectif : la sanction ne sera alors pas obligatoirement l'annulation de la clause, mais que cette dernière soit « réputée non écrite », comme c'est le cas par exemple s'agissant d'une clause d'un accord collectif prévoyant que la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence variera selon le mode de rupture du contrat du travail⁵²⁷ ou selon quelle partie rompt ce contrat.

Paragraphe 2 : L'incertitude autour la nature du délai de deux mois

268. Il nous faut à ce stade répondre à la question suivante : le délai de deux mois pour intenter une action en nullité de la convention ou de l'accord collectif est-il un délai de prescription ou de forclusion ? Même si la Cour de cassation a répondu à cette interrogation en faveur de la forclusion (B), le débat doctrinal reste ouvert, dans la mesure où des auteurs voyaient plutôt dans ce délai un délai de prescription (C). Mais afin de mieux comprendre les enjeux autour de ce débat, il nous revient tout d'abord de définir ces deux notions (A).

A/ Définition des notions de prescription et de forclusion

269. S'agissant de la prescription, le Code civil la définit à l'article 2219 en énonçant qu'elle « *est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* »⁵²⁸. Selon Monique Bandrac, le délai de « *prescription extinctif n'est pas un simple délai, c'est un mécanisme plus complexe. Analogue (en tout cas dans la pensée jusqu'à présente reçue) à celui de la prescription acquisitive, ce mécanisme est constitué par*

⁵²⁶ De surcroît, ne vaut-il mieux pas porter atteinte à la sécurité juridique afin de faire respecter la légalité ? Le législateur a fait le choix inverse, en préférant laisser perdurer un accord illégal, passé le délai de contestation de deux mois. Surtout, un accord illégal qui perdure assure-t-il bien la sécurité de ceux sont concernés ? Une réponse négative s'impose, d'où l'importance cruciale des voies d'exception.

⁵²⁷ Cass. soc. 14 avril 2016, n° 14-29.679.

⁵²⁸ C. civ. art. 2219.

un comportement prolongé pendant une durée donnée : possession dans le cas de la prescription acquisitif, abstention, dans le cas de la prescription extinctif. Dans les deux cas, l'effet produit (acquisitif ou extinctif) est celui d'un fait juridique de constitution successif. Le délai de la prescription extinctive est donc une durée que doit remplir un comportement d'abstention relatif à l'exercice d'une prérogative quelconque : le droit d'agir en justice ou une autre prérogative, notamment un droit substantiel »⁵²⁹. La prescription extinctive permettrait alors « d'assurer la concordance du fait et du droit lorsqu'une situation caractéristique d'une irrégularité, comme un défaut de paiement ou une nullité, ne suscite durablement aucune réaction de l'ensemble des parties intéressées »⁵³⁰.

270. Comment différencier ce mécanisme de celui de la forclusion ? Madame Bandrac définit ce dernier comme « *la durée, exceptionnellement limitée, d'un droit d'action donné (un droit d'action au sens précis de C. pr. civ., art. 30). En France, le principe est que les actions sont perpétuelles, sauf à subir la prescription. Certaines actions, toutefois, sont temporaires : la mesure de leur existence est alors enfermée dans une durée « préfixée ». Il s'agit, en de nombreux cas, d'actions attitrées, dont le rôle est étroitement compris et dont le régime est restrictif. Envisagé en tant que fait extinctif, le délai préfix est un fait simple et instantané : le délai prend fin, et au même instant le droit d'agir dont il limite la durée d'existence. La constitution d'un tel facteur d'extinction ne tient pas compte de ce qui s'est passé pendant la durée du délai »*⁵³¹. La distinction est assurée en théorie. En pratique, elle semble plus délicate à établir. Elle existe assurément, comme en témoigne l'article 2220 du Code civil indiquant que les « *délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre* » : le législateur continue d'affirmer qu'il existe une distinction entre la prescription extinctive et la forclusion.

271. Le juge judiciaire a lui dans un premier temps cherché à « *atténuer la différence* », comme le démontre un arrêt rendu par la Cour de cassation en chambre mixte le 24 novembre 2006. Les magistrats « *avaient admis que la citation en justice devant un juge incomptétent*

⁵²⁹ M. Bandrac, « Droit et pratique de la procédure civile : les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008 », Dalloz Action, 2021/2022.

⁵³⁰ X. Lagarde, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », D. 2018, p. 469, citant M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive*, Economica, 1986, préf. P. Raynaud.

⁵³¹ M. Bandrac, « Droit et pratique de la procédure civile : les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008 », *op. cit.*, p. 79.

*interrompt la prescription comme la forclusion, alors même qu'une interprétation littérale⁵³² de l'article 2246, dans sa rédaction alors en vigueur, incitait plutôt à résERVER l'effet interruptif de la demande en justice devant un juge incompétent aux seuls délais de prescription »⁵³³. Ils ont finalement continué d'entériner cette distinction entre les deux types de délai⁵³⁴. La doctrine a alors tenté de dégager une véritable clé de répartition effective. On a pu alors penser que la distinction entre prescription et forclusion reposait sur une nature différente. Si ces deux mécanismes relèvent une différence de nature, celle-ci pourrait se caractériser par des fonctions différentes. C'est ce que préconise Monsieur Rouvière, en s'appuyant sur la distinction entre preuve et sanction : les délais de prescription ne seraient « *que des mécanismes de preuve* »⁵³⁵, tandis que ceux de forclusion révèleraient « *l'idée de sanctionner un comportement peu diligent* »⁵³⁶. Dans la continuité, il serait alors possible d'affirmer que « *chaque fois qu'un délai a pour fonction de punir civillement un comportement tardif, il s'agit d'un délai de forclusion* »⁵³⁷. Si le but de notre démarche n'est pas de résoudre les divergences doctrinales à ce sujet, il convient néanmoins de constater que ce critère de distinction, reposant sur la nature des mécanismes, n'est pas pleinement satisfaisant, au même titre que le critère de distinction tiré de l'objet respectif de la prescription et de la forclusion. En effet, comme le souligne Nicolas Balat, « *prescription extinctive et forclusion semblent bien partager une même fonction, une même cause finale : éteindre un droit par l'effet de la passivité prolongée de son titulaire. Il est difficile de soutenir des fonctions opposées, ou même simplement distinctes, entre la prescription et la forclusion, alors que les deux mécanismes se soldent l'un comme l'autre, par l'extinction d'un droit, et se nourrissent pour cela de l'effet du temps et de la passivité du titulaire de ce droit* »⁵³⁸. L'auteur continue sa démonstration en expliquant que l'objet des mécanismes n'est pas non plus un critère opérant, puisque selon lui « *prescription extinctive et forclusion se**

⁵³² Critiquée en doctrine, v. L. Levener, note sous Cass. com. 10 décembre 1991, CCC mars 1992, p. 3, n° 45.

⁵³³ X. Lagarde, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *op. cit.*, p. 469.

⁵³⁴ V. par ex. Cass. civ. 1re, 28 octobre 2015, n° 14-23.267, D. 2016, p. 411, note J. Lasserre Capdeville ; RTD civ. 2016, p. 339, obs. H. Barbier ; RTD com. 2015, p. 726, obs. D. Legeais.

⁵³⁵ F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 31 juillet 2009, n° 152, p. 7, spéc. n° 4 et n° 6-7.

⁵³⁶ F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *op. cit.*, n° 7

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ N. Balat, « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751.

*rejoignent : elles portent toutes deux a minima sur l'action en justice. (...) Les deux mécanismes touchent donc, a minima, le droit d'agir, l'action en justice, car si tel n'était pas le cas, ils ne seraient pas des fins de non-recevoir, mais des défenses au fond »*⁵³⁹. Mais alors, est-ce à dire qu'un des deux délais se résumerait au droit d'agir ? L'article 2221 du Code civil énonce que « *la prescription est soumise à la loi qui régit le droit qu'elle affecte* »⁵⁴⁰ : « *le droit, non la seule action. Quant à la forclusion, elle atteint parfois d'autres droits que le seul droit d'action, sans qu'aucune raison technique n'y fasse obstacle. Le droit positif connaît des forclusions qui s'appliquent à des droits « substantiels »* »⁵⁴¹. En ce qui concerne le délai pour intenter une action en nullité contre un accord collectif, la chambre sociale de la Cour de cassation a tranché, témoignant bien de la différence entre ces deux notions.

B/ La reconnaissance jurisprudentielle d'un délai de forclusion

272. Dans une décision du 21 septembre 2022, le juge judiciaire annonce « *que le délai de forclusion pour agir en nullité d'un accord de branche court à compter de la date à laquelle l'accord de branche a été rendu public par sa publication au bulletin officiel des conventions collectives qui, en conférant date certaine, répond à l'objectif de sécurité juridique. Le versement dans une base de données nationale, dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable, n'est qu'une mesure complémentaire répondant à l'objectif d'accessibilité de la norme de droit* »⁵⁴².

273. Plusieurs remarques peuvent être faites à propos de cet arrêt. Tout d'abord s'agissant de la nature du délai de deux mois pour demander la nullité d'une convention ou d'un accord collectif, sans que la question ne lui ait été ouvertement posée, la Haute juridiction énonce explicitement qu'il s'agit d'un délai de forclusion. Pour autant, cet arrêt ne donne aucune

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ C. civ. art. 2221.

⁵⁴¹ N. Balat, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, p. 757.

⁵⁴² Cass. soc. 21 septembre 2022, n° 20-23.500.

motivation quant au choix de la forclusion⁵⁴³. Faute de précisions, nous supputerons que les juges ont préféré la nature de la forclusion en raison de la volonté légale de promouvoir la norme conventionnelle. De fait, dans la mesure où le législateur met en oeuvre le mouvement de conventionnalisation et par suite le confinement de la saisine du juge judiciaire à propos des dispositions inscrites dans un accord collectif, ce même juge judiciaire, une fois saisi, se met au diapason de la volonté législative. En effet, « *l'intérêt principal à qualifier le délai de l'article L. 2262-14 du code du travail de délai de forclusion (...) réside dans l'impossibilité d'aménager conventionnellement ce bref délai. Comme énoncé dans l'exposé des motifs de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, la sécurité juridique suppose d'éviter que les accords collectifs de travail ne puissent être trop facilement remis en cause. Aussi, le régime de la forclusion semble bien plus adapté que celui de la prescription lorsqu'est envisagé le délai pour agir en nullité d'un accord collectif, car les délais de forclusion ne sont pas susceptibles, en principe, d'aménagements conventionnels*544.

274. Quelles vont être les conséquences de la consécration prétorienne de la notion de forclusion ? Comme le rappelle Gwennhaël François, la Cour de cassation, dans un avis rendu le 9 octobre 1992⁵⁴⁵, avait estimé que le délai de forclusion faisait exception à « *la règle selon laquelle l'exception survit à l'action* »⁵⁴⁶. Cela ne pose pas de difficulté apparente dans la mesure où l'exception d'illégalité - différente de l'exception de nullité - est toujours applicable, conformément à ce qu'ont déjà préconisé les magistrats de la Haute juridiction dans des affaires antérieures⁵⁴⁷. La reconnaissance du délai de l'article L. 2262-14 du Code

⁵⁴³ « *La lecture de larrêt permet d'avoir au moins une certitude : le délai pour agir en nullité de deux mois, énoncé à l'article L. 2262-14 du code du travail, est un délai de forclusion et non un délai de prescription. À deux reprises, la Cour de cassation retient cette qualification, sans néanmoins donner la moindre explication sur les raisons qui l'amènent à la retenir (et à écarter, par voie de conséquence, celle de prescription)* », G. François, « Nature et point de départ du délai relatif à l'action en nullité de l'accord de branche », Dr. soc. 2023, p. 63.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ Cass., avis, 9 octobre 1992, n° 92-06.000, Bull. avis, n° 4, D. 1993, p. 188, obs. P. Julien ; RTD com. 1996, p. 334, obs. G. Paisant.

⁵⁴⁶ G. François, « Nature et point de départ du délai relatif à l'action en nullité de l'accord de branche », *op. cit.*, p. 64.

⁵⁴⁷ V. par exemple : Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, D. 2022, p. 463 ; *ibid.*, p. 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. soc. 2022, p. 531, note G. Auzero et L. Bento de Carvalho ; *ibid.*, p. 539, note J. Icard ; RDT 2022, p. 395, obs. D. Baugard ; RJS 5/2022, n° 262 ; Dr. ouv. 2022, p. 163, note C. Pernot ; SSL 2022, n° 1995, p. 9, note P.-H. Antonmattei ; JSL 2022, n° 541, obs. Q. Chatelier ; JCP 2022, 321, obs. G. Dedessus-le-Moustier ; JCP S 2022, 1093, obs. J.-F. Cesaro.

du travail comme délai de forclusion ne traduit alors pas d'incohérence au sein des solutions jurisprudentielles de la chambre sociale⁵⁴⁸.

275. Autre apport de la décision du 21 septembre 2022, le point de départ de ce délai de deux mois. La chambre sociale considère que la parution d'un accord de branche au bulletin officiel des conventions collectives répond, tout comme la mise en ligne sur le site de Légifrance, à l'exigence légale d'une publication « *en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable* »⁵⁴⁹ et fait courir le délai de deux mois pour demander la nullité. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de la forclusion par le juge judiciaire ne clôt pas le débat théorique sur la véritable nature de ce délai.

C/ Controverse doctrinale autour de la nature du délai et proposition de solution

276. Il paraît délicat, en pratique, de trouver une clé de répartition efficace et effective entre prescription et forclusion. Il reste néanmoins possible d'avancer que la différence n'est pas une différence de nature, mais de degré, reposant sur une intensité distincte. L'intensité de chaque mécanisme se révèle dans la sévérité respective de chaque type de délai. La forclusion serait alors une prescription plus sévère, n'acceptant pas d'éventuels aménagements, comme le souligne Madame Bandrac lorsqu'elle affirme que « *les mécanismes de la suspension et de l'interruption ne lui sont pas naturels, et encore moins cette immunité à l'encontre du temps que la suspension représente* »⁵⁵⁰. Par conséquent, si l'on s'en tient à cette théorie, le régime de la forclusion étant plus sévère, plus strict, il relèverait de l'exception, et de fait il ne pourrait y avoir de forclusion si aucun texte légal ne le prévoit expressément. Une théorie qui aurait le mérite d'avoir une clé de répartition effective ayant des répercussions simples en pratique : si une disposition légale mentionne la prescription, c'est un délai de prescription ; si une disposition légale mentionne la forclusion, c'est un délai de forclusion ; si une disposition légale est muette sur le type de délai, c'est en l'absence de précision un délai de prescription.

⁵⁴⁸ « *Il a donc été soutenu que la qualification de forclusion appliquée au délai d'action en nullité de l'accord collectif de travail n'est pas incohérente, puisque la jurisprudence n'a pas consacré l'exception de nullité, mais un mécanisme distinct et encore en construction, à savoir l'exception d'illégalité* », G. François, « Nature et point de départ du délai relatif à l'action en nullité de l'accord de branche », *op. cit.*, p. 64.

⁵⁴⁹ Cass. soc. 21 septembre 2022, n° 20-23.500, préc.

⁵⁵⁰ M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », RDC 2008, p. 1413, spéc. n° 10.

277. Cette conception théorique permettrait d'assurer une certaine sécurité juridique du régime de contestation des conventions et accords collectifs : en l'absence de précision dans l'article L. 2262-14 du Code du travail, le délai de deux mois aurait pu être reconnu comme un délai de prescription. De plus, certains affirment qu'il faut retenir la qualification de délai de prescription⁵⁵¹, et ce pour une raison simple : si le Conseil constitutionnel ouvre la possibilité de recourir aux voies d'exception, et donc de contourner ce délai de deux mois pour contester la validité d'un accord collectif, nous se sommes par conséquent pas en présence d'un régime extrêmement sévère, ce qui fait alors pencher en faveur de la prescription. Voilà deux arguments relatifs au caractère strict et indépassable du délai de deux mois qui laissent à penser que la qualification de prescription était plus adaptée.

278. Toutefois, l'analyse du professeur Dirk Baugard est intéressante dans la mesure où elle prend en compte l'intention du législateur, qui était bien de sécuriser la conclusion des accords collectifs en restreignant la possibilité de saisine du juge judiciaire, ce qui se rapproche plus volontiers du régime de la forclusion⁵⁵². Or, la volonté du législateur est bel et bien de restreindre la saisine du juge judiciaire, donc une certaine cohérence juridique plaiderait en faveur du délai de forclusion. A ce titre, on ne saurait alors que trop conseiller au législateur de mentionner de façon claire et non équivoque le type de délai dont relève ce délai de contestation de deux mois, et donc, s'il veut faire appliquer clairement sa volonté, d'indiquer au sein de l'article L. 2262-14 du Code du travail qu'il s'agit d'un délai de forclusion⁵⁵³. Les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ne l'ont pas attendu, et on finit par affirmer la nature de ce délai de deux mois afin de sécuriser davantage les conventions et accords collectifs de travail, dans le sens où l'entendait le législateur. Si cette sécurisation passe par la restriction de ce délai et une volonté de ne pas pouvoir le remettre en cause⁵⁵⁴, le juge judiciaire, une fois saisi, se verra néanmoins doté de fortes prérogatives.

⁵⁵¹ J. Mouly, « Les dispositions relatives à la contestation des accords collectifs à l'épreuve des exigences constitutionnelles », Dr. soc. 2018, p. 702.

⁵⁵² D. Baugard, « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », *op. cit.*, p. 64 : « *Tous les commentateurs estiment que l'article L. 2262-14 pose un délai de prescription, mais ne s'agit-il pas plutôt d'un délai de forclusion ?* ».

⁵⁵³ Pour une proposition de modification de l'article L. 2262-14 du Code du travail, *infra*. n° 306.

⁵⁵⁴ Malgré le recours à l'exception d'illégalité, mais qui ne permet pas de demander la nullité de l'accord litigieux, *infra*. n° 293 et s.

Conclusion du Chapitre 1

279. Si aucune concurrence n'existe entre la conventionnalisation et les prérogatives juridictionnelles du juge judiciaire, il existe néanmoins une certaine mise sous tutelle de ce dernier. En effet, le législateur, s'est préoccupé de la phase où le juge n'est pas encore saisi. Deux dispositions légales témoignent de sa volonté de réduire la saisine du juge judiciaire : la présomption de légalité des accords collectifs, bien que parfaitement inutile en ce qu'elle reprend la règle de preuve de droit commun selon laquelle il incombe au demandeur de prouver les éléments nécessaires au succès de sa prétention, et surtout la réduction du délai pour contester la licéité d'un accord collectif. Depuis la réforme du 22 septembre 2017, les salariés et les organisations syndicales n'ont que deux mois pour saisir le juge afin de demander la nullité de l'accord litigieux. La réduction de ce délai de forclusion témoigne de la volonté législative de sécuriser les conventions et accords collectifs. Mais cette sécurisation se fait ici au détriment du juge judiciaire. En revanche, une fois saisi, le juge judiciaire voit son contrôle de la licéité de l'accord collectif augmenté.

Chapitre 2 : **La volonté légale d'augmenter le contrôle judiciaire**

280. Si certaines dispositions légales mettent en oeuvre une certaine concurrence entre la négociation collective et le juge judiciaire, cette concurrence ne concerne que les questions relatives à la saisine de ce dernier. En effet, une fois la contestation de la validité de l'accord collectif - et donc la saisine du juge judiciaire - engagée, l'activité juridictionnelle du juge se voit renforcée par la délégation d'un certain nombre de prérogatives de la part du législateur. Il s'agit notamment de prérogatives touchant à la nullité de l'accord collectif (**Section 1**), mais également aux autres sanctions que le juge peut prononcer (**Section 2**).

Section 1 :

Le rôle du juge sur les modalités de la nullité de l'accord

281. La question de la nullité des conventions et accords collectifs de travail oblige dans un premier temps à traiter de l'invocation de cette nullité et du rôle du juge sur cette invocation (Paragraphe 1), avant de constater que la loi a agrandi la normativité du juge judiciaire en lui permettant de moduler dans le temps les effets de la nullité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La mise en oeuvre de la nullité de l'accord

282. La première interrogation à propos de la mise en oeuvre de la nullité d'une convention ou d'un accord collectif de travail concerne la qualité du demandeur. Qui peut intenter une action en nullité ? Pour pouvoir valablement invoquer la nullité de la norme conventionnelle, il faut avoir un intérêt à agir, selon le Code de procédure civile. Le professeur Guinchard définit ces termes comme une « *condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge du bien-fondé de sa prétention. L'intérêt doit être personnel, direct, né et actuel. Le défaut d'intérêt d'une partie constitue une fin de non-recevoir que le juge peut soulever d'office* »⁵⁵⁵. La chambre sociale de la Cour de cassation a bien sûr reconnu que le salarié pouvait avoir un intérêt à agir, dans le cadre d'un litige individuel avec son employeur. Dans ce cas de figure, comme il s'agit

⁵⁵⁵ S. Guinchard, *Lexique de termes juridiques*, 2018-2019, 26e éd., Dalloz, 2018, v. *Intérêt à agir*.

d'un litige individuel, la juridiction compétente sera le conseil de prud'hommes⁵⁵⁶. Mais il n'est bien sûr pas le seul à pouvoir agir : *quid* des partenaires sociaux et des membres du comité social et économique, ou plus généralement des institutions représentatives du personnel ? Une interrogation en amenant une autre, il s'agit de se demander quel type de nullité peut être demandé, selon la distinction de droit commun : relative ou absolue ? Les deux questions seront traitées simultanément.

283. L'accord collectif, ayant une nature hybride, à la fois contractuelle et réglementaire, si l'on s'en tient à cette distinction prônée par le Code civil aux articles 1180⁵⁵⁷ et 1181⁵⁵⁸, énormément de « particuliers » pourraient avoir un intérêt à agir, que ce soit un intérêt général ou un intérêt privé. Par conséquent, cela ouvrirait la possibilité de contester un accord collectif notamment aux organisations syndicales négociatrices, mais non signataires, dès lors qu'elles invoquent une nullité absolue. Cette possibilité serait également ouverte aux différentes institutions représentatives du personnel, qui pourraient non pas avoir un intérêt privé à ce que soit annulé un accord collectif régissant exclusivement leur cause, mais bien plutôt un intérêt légitime à ce que des accords régissant directement leur sort soient annulés s'ils violent une règle répondant à un cas de nullité absolue (comme par exemple pour un protocole d'accord préelectoral).

284. A propos de l'intérêt à agir des organisations syndicales, celles qui ont signé l'accord ont un intérêt à agir pour demander la nullité d'une clause ou de la totalité de l'accord collectif litigieux. En effet, le fait d'avoir signé l'accord sans émettre la moindre réserve n'a pas pour effet d'entrainer l'irrecevabilité de la demande en annulation. C'est ce que prévoit

⁵⁵⁶ Cass. soc. 2 avril 2014, n° 11-25.442.

⁵⁵⁷ C. civ. art. 1180 : « *La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat.* »

⁵⁵⁸ C. civ. art. 1181 : « *La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. Elle peut être couverte par la confirmation. Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir.* »

les juges du fond, dans un arrêt ancien du 15 octobre 1986⁵⁵⁹. En outre, les organisations ayant cette fois participé à la négociation de l'accord collectif litigieux, mais ne l'ayant pas signé peuvent également en demander la nullité devant le juge judiciaire. C'est ce qu'affirme la Haute juridiction dans un arrêt de la chambre sociale du 9 juillet 1996, dans la mesure où le syndicat non signataire demande la nullité absolue⁵⁶⁰. En l'espèce, les syndicats invoquaient la nullité pour deux raisons : indétermination de l'objet de l'accord et condition purement potestative. Le juge judiciaire s'est alors référé aux articles du Code civil, respectivement les articles 1129, devenu article 1163⁵⁶¹, et 1174, devenu 1304-2⁵⁶², pour arguer que ces deux nullités avaient la nature de nullité absolue. Cette demande de nullité se fera alors devant le tribunal judiciaire, tribunal compétent en ce qui concerne les litiges collectifs de droit de travail. La question du tribunal compétent est intéressante, dans la mesure où le juge administratif peut aussi être saisi dans le cas d'une demande en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif. Ce sera l'hypothèse où une convention collective a fait l'objet d'un arrêté d'extension, et que c'est cet arrêté qui est contesté : dans ce cas-là, le juge

⁵⁵⁹ CA Paris, 15 octobre 1986, n° 10.492, Fédération générale agroalimentaire CFDT c/ Fédération nationale du Crédit agricole : « *Considérant que la signature de la F.G.A.- C.F.D.T. qui n'est assortie d'aucune réserve, vaut adhésion à l'ensemble de l'accord du 28 Juin 1984 et, par voie de conséquence, aux dispositions de l'accord précédent du 18 Juin 1984 relatives à l'emploi des auxiliaires de vacances, auxquelles il est fait expressément référence. Que, dès lors, l'appelante n'a pu valablement limiter ultérieurement la portée de son engagement définitif en informant la FEDERATION NATIONALE du CREDIT AGRICOLE, par lettre du 19 Décembre 1984, de son opposition formelle à ces dispositions. Considérant, cependant, que l'agrément ainsi donné à l'accord du 18 Juin 1984 ne fait pas obstacle, même de la part de la F.G.A.-C.F. D.T., à une demande en annulation sur le fondement d'une violation des dispositions d'ordre public qui régissent les conventions collectives ; qu'au demeurant, il n'est pas prétendu qu'il constitue une cause d'irrecevabilité.* ».

⁵⁶⁰ Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 95-13.010, RJS 8-9/96, n° 953 ; Bull. civ. V n° 269 : « *Attendu, cependant, que les syndicats qui ont participé à une négociation sont recevables à agir en nullité contre un accord collectif dès l'instant qu'ils invoquent une nullité absolue, même s'ils ne l'ont pas signé ; qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les nullités invoquées, quelle que soit leur valeur, relevaient du régime des nullités absolues, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* ».

⁵⁶¹ C. civ. art. 1163 : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* ».

⁵⁶² C. civ. art. 1304-2 : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* ».

administratif sera compétent pour apprécier la nullité de l'arrêté d'extension⁵⁶³. En revanche, pour contester la validité de la convention ou de l'accord collectif en eux-mêmes, pas de l'arrêté d'extension dont ils ont fait l'objet, le juge judiciaire reste compétent, comme l'a récemment rappelé le tribunal des conflits⁵⁶⁴. Qu'en est-il, enfin, des organisations syndicales qui n'ont même pas participé à la négociation de l'accord ? Le juge judiciaire s'est une nouvelle fois prononcé sur ce point, dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 26 mai 2004. Il énonce en l'espèce « *qu'un syndicat d'entreprise peut, dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente, joindre son action à celle de la fédération à laquelle il a adhéré pour demander la nullité d'un accord collectif d'entreprise* »⁵⁶⁵. Il a donc une vision moins restrictive qu'auparavant s'agissant de la demande en nullité par une organisation syndicale. Pour ce faire, il émet une interprétation extensive de l'article L. 2132-3 du Code du travail, qui va aller à l'encontre du droit commun de la nullité des obligations contractuelles qui refuse qu'un tiers à un contrat puisse en demander l'annulation. Désormais, en se fondant sur l'intérêt collectif de la profession, tout syndicat, même ceux n'ayant pas participé à la négociation de l'accord, peuvent invoquer sa nullité. Ce fondement de la nullité, qui rend par nature inopérante la distinction classique entre nullité relative et absolue, peut non seulement être invoquée quel que soit le type d'accord collectif contesté, d'entreprise ou national, étendu ou non, mais aussi quelle que soit la qualité du syndicat, représentatif ou non, signataire ou non, négociateur ou non⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Cass. soc. 27 novembre 2019, n° 17-31.442 : « *En application du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire n'a pas compétence pour vérifier la régularité des conditions de négociation et de conclusion d'un accord collectif étendu, dès lors que ce contrôle incombe ainsi que rappelé ci-dessus au seul juge administratif dans le cadre de son contrôle de la légalité de l'arrêté d'extension. (...) lorsqu'il s'agit d'un accord collectif professionnel, l'arrêté d'extension suppose nécessairement, sous le contrôle du juge administratif, vérification de la représentativité dans ce champ des organisations syndicales et patronales signataires ou invitées à la négociation. Il y a lieu dès lors de juger désormais que le juge judiciaire n'a pas à vérifier, en présence d'un accord professionnel étendu, que l'employeur, compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord en est signataire ou relève d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de celui-ci* ».

⁵⁶⁴ T. confl. 8 juin 2020, n° 4182 : « *L'accord collectif du 14 décembre 2015 et ses avenants, sur la nature juridique desquels les arrêtés ministériels d'extension sont sans incidence, ont été adoptés en application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale et de celles de l'article L. 911-3 du même code, qui renvoient aux dispositions du code du travail suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales, et ont été conclus entre personnes privées. Ils ont, dès lors, le caractère d'actes de droit privé dont la validité ne peut être appréciée que par la juridiction judiciaire* ».

⁵⁶⁵ Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-18.756, RJS 8-9/04, n° 924 ; Bull. civ. V, n° 143

⁵⁶⁶ V. J.-M. Verdier, « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », Dr. soc. 2004, p. 845.

285. Enfin, le comité social et économique, en tant qu'institution représentative du personnel, peut-il invoquer en justice la nullité d'une convention ou d'un accord collectif ? Le juge judiciaire a apporté une réponse négative, dans une solution où un comité d'entreprise voulait invoquer la nullité d'un accord d'entreprise. Ce dernier, selon la Cour de cassation, n'a pas la qualité à agir pour obtenir l'annulation (ou l'exécution) d'un accord collectif, car il n'est pas une partie dudit accord et qu'il ne possède aucun droit à négociation⁵⁶⁷. Cette solution peut bien sûr être étendu au CSE⁵⁶⁸. Force est de constater que la contestation d'une convention ou d'un accord collectif pourra aboutir à la prise d'une sanction civile, sanction qu'il reviendra au juge de mettre en oeuvre. Dès lors, la nullité n'est pas la seule sanction envisagée, d'autres sanctions relevant du droit commun des contrats pourront se voir appliquer suivant le cas d'espèce porté devant le juge de la Haute juridiction, et notamment suivant que l'on se trouve au stade de la conclusion de l'accord ou au stade de son exécution. Avant d'envisager ces sanctions, précisons que la loi a permis au juge judiciaire de moduler les effets de la nullité d'un accord collectif, ce qui va alors lui permettre de renforcer son pouvoir de contrôle judiciaire.

Paragraphe 2 : La modulation judiciaire des effets de la nullité de l'accord collectif

286. Le juge judiciaire peut non seulement priver d'effet des conventions collectives, mais également annuler, comme nous l'avons vu, une convention ou un accord collectif qui ne respecte pas les modalités de conclusion, ou que son contenu est illégal. La réforme du 22 septembre 2017 a d'ailleurs cherché à accentuer ce pouvoir du juge sur le sort de l'accord collectif, par le biais du nouvel article L. 2262-15 du Code du travail⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cass. soc. 1er juin 1994, n° 92-18.896, Bull. civ. V, n° 186 ; D. 1994, p. 294 , obs. M.-A. Souriac ; Dr. soc. 1994, p. 715, obs. A. Lyon-Caen ; Cass. soc. 20 septembre 2006, n° 04-10.765, Bull. civ. V, n° 278 ; D. 2006, p. 2417 ; RDT 2007, p. 254, obs. G. Borenfreund.

⁵⁶⁸ Au même titre, le comité social et économique n'a pas non plus la qualité pour demander l'exécution des engagements contractés, dans la mesure où il n'a pas la capacité de conclure une convention ou un accord collectif de travail, Cass. soc. 20 septembre 2006, n° 04-10.76, RJS 12/06 n° 1300 ; Bull. civ. V n° 278. Et ce même si l'accord litigieux a une incidence sur le fonctionnement du comité, Cass. soc. 2 mars 2011, n° 10-13.547, RJS 5/11 n° 434.

⁵⁶⁹ C. trav. art. L. 2262-15 : « *En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement* ».

287. Dans un premier temps, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 6 juin 2018⁵⁷⁰, a limité l'influence de cet article, en restreignant son champ d'application car concernant les accords relatifs à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, l'annulation de ceux-ci n'a point d'effet rétroactif. Pour en revenir à la genèse, au principe, la nullité d'un contrat de travail, d'un accord collectif, ou d'un acte juridique quel qu'il soit, est d'effet rétroactif car l'acte est réputé n'avoir jamais existé conformément à l'article 1178 alinéa 2 du Code civil sur lequel se sont appuyés les juges dans un arrêt du 9 décembre 2014⁵⁷¹. La Cour d'appel qui énonce que l'annulation d'un accord collectif ne doit pas être rétroactive doit être censurée, la nullité - à l'inverse de la caducité notamment⁵⁷² - ne devant laisser perdurer le moindre effet, et devant donc faire jouer un effet totalement rétroactif. La réforme du 22 septembre 2017 était revenue sur ce principe, sans le démentir totalement, mais en laissant une marge d'appréciation importante pour le juge : l'article L. 2262-15 déclare que le juge a la possibilité de décider soit que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir, soit qu'elle prendra effet à compter d'un certain délai, s'inspirant du célèbre arrêt *AC!* du Conseil d'Etat⁵⁷³. Pour cela, il faut que la partie qui conteste la légalité de l'accord fasse état de conséquences manifestement excessives dues à l'annulation rétroactive de tout ou partie de l'accord, et que son maintien soit conforme à l'intérêt général (mais si le juge n'est pas convaincu par les allégations du demandeur, alors il y aura une rétroactivité pure et simple de l'annulation). Une prérogative décidée par le législateur et qui va permettre au juge judiciaire de regarder plus en détails la jurisprudence de son homonyme

⁵⁷⁰ Cass. soc. 6 juin 2018, n° 17-21.068, préc.

⁵⁷¹ Cass. soc. 9 décembre 2014, n° 13-21.766, Bull. civ. V, n° 283, D. 2015, p. 18 ; RDT 2015, p. 269, obs. H. Tissandier.

⁵⁷² « *C'était confondre nullité et caducité. La première, sanctionnant un vice lors de la formation du contrat est rétroactive et ce même à l'égard des contrats à exécution successive ; la seconde, qui frappe un acte régulièrement formé mais perdant, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité, ne le prive d'effet que pour l'avenir. Il en est de même de la dénonciation de l'accord collectif : cet acte de résiliation unilatérale ne produit d'effet que pour l'avenir. Si l'acte nul a déjà fait l'objet d'une exécution, ses effets passés sont remis en cause. Ainsi, l'annulation d'un contrat synallagmatique donne-t-elle lieu à restitutions réciproques. Visant le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé, la Cour de cassation énonce qu'un accord nul ne peut produire aucun effet. L'employeur n'avait donc pas à verser les primes prévues en vertu de l'accord annulé et, principe de rétroactivité oblige, les salariés devaient lui rembourser les sommes perçues en application de cet accord* », F. Bergeron, « Un accord nul ne peut produire aucun effet », Cah. soc. février 2015, p. 104.

⁵⁷³ CE, 11 mai 2004, n° 255886, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* p. 1049, tribune J.-C. Bonichot ; *ibid.* p. 1219, étude F. Berguin ; *ibid.* 2014, p. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004, p. 1499, et les obs. ; *ibid.* p. 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; Just. & cass. 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; Dr. soc. 2004, p. 762, étude P. Langlois ; *ibid.* p. 766, note X. Prétot ; RFDA 2004, p. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.* p. 454, concl. C. Devys ; GAJA, 21ème éd., Dalloz, 2017, n° 105, p. 794.

de l'ordre administratif⁵⁷⁴. *A contrario*, et comme évoqué précédemment, l'article L. 2262-15 n'est pas applicable en ce qui concerne les accords de mise en place des institutions représentatives du personnel⁵⁷⁵ : pour ce type d'accord, le juge ne peut en aucun cas moduler dans le temps la nullité de l'accord, il n'existe pour lui aucun choix. Il n'y aura ni rétroactivité de la nullité, ni modulation dans le temps offerte au juge, seulement une annulation qui ne vaut que pour l'avenir. La solution dégagée dans l'arrêt du 9 décembre 2014, consistant à appliquer à la lettre la rétroactivité de la nullité, ne concerne nullement les accords de mise en place des institutions représentatives du personnel. Et avec l'ajout dans le Code du travail de cet article L. 2262-15, le législateur vient opérer une distinction selon le type d'accord.

288. Mis à part le cas particulier de ce type d'accord⁵⁷⁶, les ordonnances du 22 septembre 2017, qui ont pourtant davantage accéléré la mise en avant et la normativité de la négociation, ont concomitamment renforcé le pouvoir du juge sur le sort de l'accord collectif. Il s'agit bel et bien d'un domaine à l'intérieur duquel le juge, de par son intervention, peut donner plus de normativité à l'accord collectif, alors qu'originellement, le législateur voyait plutôt d'un mauvais œil un trop grand interventionnisme judiciaire dans le mouvement de valorisation de la négociation collective. Dès lors, même pour le législateur, la concurrence entre la négociation collective et le pouvoir du juge judiciaire serait à géométrie variable, la règle posée à l'article L. 2262-15 du Code du travail témoignant du fait que le juge peut tout à fait servir les intérêts de la norme négociée. A propos des accords collectifs autres que ceux relatifs à la mise en place des institutions relatifs du personnel, l'arrêt de la chambre sociale du 9 décembre 2014 (rappelant que la nullité d'un accord collectif a un effet rétroactif) peut encore s'appliquer, mais seulement à la discrétion du juge judiciaire.

⁵⁷⁴ « *La disposition, qui doit être comprise comme exceptionnelle, soulèvera peut-être des questions dont les réponses pourront, parfois, s'inspirer de la jurisprudence du Conseil d'État et que nous ne ferons qu'évoquer : ce pouvoir peut-il être exercé d'office et déroger ainsi au principe du dispositif ? Du fait des règles de compétence territoriale, plusieurs juridictions ne pourraient-elles pas être saisies dans le même temps de la question ? Quid, enfin, d'un accord collectif qui méconnaîtrait des normes invocables du droit de l'Union européenne (principe général du droit de l'Union, disposition suffisamment précise de la Charte UE) ?* », D. Baugard, « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », *op. cit.*, p. 64.

⁵⁷⁵ Cass. soc. 6 juin 2018 n° 17-21.068, préc.

⁵⁷⁶ Pour lequel il ressort que « *C'était donc davantage le domaine concerné que le fait qu'il s'agisse d'un accord collectif qui avait conduit les juges régulateurs à écarter l'effet rétroactif* », J. Cortot, « La limitation de l'impact de l'annulation d'une convention collective par le juge », obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, D. actu. 29 janvier 2021.

289. Cette solution reprenant l'exégèse de l'article L. 2262-15 du Code du travail est renforcée par un arrêt récent de la Haute juridiction. Les juges du droit ont largement validé le raisonnement de juges du fond qui avaient décidé de limiter l'impact de l'annulation d'une convention collective, en énonçant que cette nullité ne produira effet que huit mois après le rendu de sa solution. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 janvier 2021⁵⁷⁷ donne raison à la Cour d'appel concernant la modulation de l'annulation de la convention et de son effet rétroactif. La subtilité de ce cas d'espèce réside dans le fait « *que les dispositions conventionnelles en cause, dont l'annulation était demandée par des organisations représentatives des salariés, étaient bien antérieures à la mise en place de cette possibilité par l'ordonnance. Celles-ci avaient été conclues en 2008 et le litige était en cours depuis 2009*⁵⁷⁸. Se posait alors la question de l'applicabilité du nouveau dispositif à cette situation »⁵⁷⁹. En l'espèce, des syndicats non signataires de l'accord collectif assignent les syndicats patronaux et les autres syndicats signataires en annulation d'une de ses clauses. La Cour d'appel fait droit à leur demande, tout en appliquant l'article L. 2262-15 permettant au juge de moduler dans le temps les effets de la nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif. Les syndicats, souhaitant que la nullité de la clause litigieuse l'empêche de produire le moindre effet (non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé, arguant que la nullité emporte un effet rétroactif), forment un pourvoi en cassation. Selon eux, l'article L. 2262-15 n'était pas applicable au cas d'espèce, en raison de la prétendue existence de dispositions transitoires annihilant l'application dudit article de loi pour les accords collectifs conclus antérieurement à la publication de l'ordonnance le mettant en place. Les magistrats n'ont pas retenu l'argumentaire des demandeurs au pourvoi, consistant à dire que cet article L. 2262-15 ne pouvait s'appliquer pour une convention antérieure à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui avait institué ledit article. Les syndicats se basaient notamment sur « *l'article 15 de l'ordonnance n° 2017-1385, d'après lequel, notamment, lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de ladite ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne*⁵⁸⁰. Sauf que

⁵⁷⁷ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, D. actu. 29 janvier 2021, obs. J. Cortot ; Dr. soc. 2021, p. 377, obs. F. Bergeron ; RJS 3/2021, n° 167 ; JSL 2021, n° 514-3, obs. M. Hautefort ; SSL 2021, n° 1943, note E. Peskine ; JCP 2021, 240, obs. G. Loiseau ; JCP S 2021, 1081, obs. Y. Pagnerre.

⁵⁷⁸ Sur les dispositions en cause, v. P. Tafforeau, « La convention collective nationale de l'édition phonographique dans la tourmente judiciaire », Dalloz IP/IT 2019, p. 383.

⁵⁷⁹ J. Cortot, « La limitation de l'impact de l'annulation d'une convention collective par le juge », *op. cit.*

⁵⁸⁰ F. Bergeron, « Modulation dans le temps des effets de l'annulation de tout ou partie d'un accord collectif : premières réponses de la Cour de cassation », obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, *op. cit.*, p. 380.

« cette disposition ne vise que l'article L. 2262-14 du code du travail, relatif au délai d'action en nullité de deux mois d'un accord collectif. La note explicative de l'arrêt du 13 janvier 2021 justifie la solution de l'application immédiate du texte, qu'elle qualifie « d'évidence », par le fait qu'il s'agissait d'une disposition procédurale. Il est vrai que, contrairement au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, les lois de procédure s'appliquent aux instances en cours à la date de leur entrée en vigueur »⁵⁸¹. En revanche, la Cour de cassation vient casser l'arrêt d'appel en ce qui concerne « la modulation des effets de la décision de l'annulation (qui) ne peut être opposée à l'encontre des demandes contentieuses formées par les syndicats, agissant dans l'intérêt collectif de la profession, avant la décision »⁵⁸² ; les syndicats demandeurs pourront alors percevoir des dommages et intérêts pour atteinte à l'intérêt professionnel de la profession.

290. Le juge vient non seulement se prononcer sur l'application de l'article L. 2262-15 du Code du travail à une convention ou un accord collectif qui avait commencé de produire des effets bien avant l'entrée en vigueur de cette loi, mais aussi sur l'application de cet article pour une convention ou accord collectif quelle que soit sa date de signature. Le juge judiciaire fait donc une lecture on ne peut plus exégétique de l'article L. 2262-15, en refusant d'appliquer le principe selon lequel « *un accord nul ne peut produire aucun effet* »⁵⁸³ en vertu de la nouveauté instaurée par la loi. Il accorde alors toute sa confiance aux juges du fond sur la caractérisation de l'atteinte à l'intérêt général comme motif de régulation de l'annulation. Le juge se reconnaît donc un pouvoir discrétionnaire évident s'agissant de la reconnaissance des conséquences manifestement excessives sur l'intérêt général, démontrant une fois de plus sa volonté d'accroître sa normativité, et ce non pas au détriment de celle de la négociation collective, bien au contraire. Cette solution a alors le mérite de définitivement différencier l'application de cet article L. 2262-15 selon le type d'accords collectifs : à propos des accords relatifs à la mise en place des institutions représentatives du personnel, l'arrêt de la chambre sociale du 6 juin 2018 pouvait laisser croire à une application de l'article L. 2262-15, puisque la nullité de l'accord n'avait point d'effet rétroactif à l'inverse de ce que préconisait la Cour de cassation jusqu'alors. Pourtant, en ne reprenant pas l'attendu de principe qui ne faisait

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² C. Berlaud, « Conséquences de l'annulation d'une clause de convention collective : modulation par le juge », Gaz. Pal. 2 février 2021, n° 395p2, p. 34.

⁵⁸³ Cass. soc. 9 décembre 2014, n° 13-21.766, préc.

écho qu'à l'absence de rétroactivité⁵⁸⁴, les juges du fond, dans leur solution du 13 janvier 2021, ont entériné la distinction à faire entre l'ensemble des conventions et accords collectifs et ceux portant exclusivement sur la mise en place des institutions représentatifs du personnel. Les hauts magistrats, en reprenant explicitement les termes de l'article L. 2262-15, chose qu'elle n'avait pas fait dans l'arrêt du 6 juin 2018, viennent affirmer que cet article ne s'applique pas aux accords relatifs à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, et par conséquent que le juge judiciaire ne voit pas ses prérogatives étendues dans ce domaine en ne pouvant moduler dans le temps les effets de la nullité.

291. Pour conclure, l'argument temporel évoqué par les syndicats n'a pas convaincu la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette loi étant d'application immédiate, elle accentue une nouvelle fois l'objectif consistant à sécuriser la norme négociée, une sécurisation allant de pair avec la volonté initiale d'accroître la normativité de la négociation collective. En modulant les effets d'une annulation d'un accord collectif dans le but de renforcer la sécurité juridique des salariés soumis à l'accord en question, le juge va permettre à ce dernier de continuer à produire des effets au détriment du sens premier de la nullité, et *de facto* permettre également une plus grande normativité de la négociation collective. Voilà un domaine où l'activité juridictionnelle est bel et bien au service de la normativité conventionnelle. Une réciprocité se met alors en oeuvre : d'un côté, la conventionnalisation voulue par le législateur a renforcé le contrôle judiciaire sur les effets de la nullité d'un accord collectif ; par effet miroir, cette prérogative judiciaire va permettre de valoriser la normativité conventionnelle en sécurisant les conventions et accords collectifs, qui pourront par exemple voir leur annulation ne produire aucun effet rétroactif.

⁵⁸⁴ « *Mais attendu que la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif* », Cass. soc. 6 juin 2018, n° 17-21.068, préc ; v. sur ce point F. Bergeron, « Nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel : absence de rétroactivité », Cah. soc. juillet 2018, p. 351 : « *Faut-il voir dans cette décision la volonté de la Cour régulatrice d'appliquer par anticipation le nouvel article L. 2262-15 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ? En vertu de cet article, « en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement* ». Si l'on comprend la volonté de la Cour de cassation, clairement encouragée en ce sens par le législateur, de limiter les conséquences graves de la rétroactivité consécutive aux effets rétroactifs de l'annulation d'un accord collectif, l'on comprend moins la restriction, figurant dans l'attendu de principe, de la limitation pour l'avenir des effets de l'annulation aux seuls accords relatifs à la mise en place d'institutions représentatives du personnel. La formule laisse entendre que la nullité ne serait jamais rétroactive en ce qui concerne les accords mettant en place des IRP ».

Section 2 :

Le rôle du juge sur les modalités de contestation par voie d'exception

292. La question du contentieux des accords collectifs ne concerne pas seulement le recours devant le juge par voie d'action. Or, tout l'intérêt de recourir à la voie d'exception est de faire obstacle au nouvel article L. 2262-14 du Code du travail, et au délai extrêmement court de contestation des conventions et accords collectifs, de deux mois. En faisant une lecture exégétique de cet article, ce délai n'est applicable qu'aux actions directes. Il convient alors de se demander si les voies de l'exception sont ouvertes également aux litiges entourant les accords collectifs, et si, par conséquent, le salarié pourra contester un accord au-delà du délai de deux mois. Deux voies de recours empruntant au domaine de « l'exception » peuvent être mobilisées par le salarié (mais également, dans une moindre mesure, par l'employeur), avec plus ou moins de succès : l'exception de nullité, qui semble être peu adaptée aux litiges entourant les accords collectifs (Paragraphe 1), et l'exception d'illégalité, plus pertinente et consacrée par la jurisprudence, mais entachée également de quelques limites d'application (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'inadaptation de l'exception de nullité

293. S'agissant de l'exception de nullité, qui va amener le juge à annuler purement et simplement l'acte litigieux, de nombreuses limites existent, empêchant le salarié qui veut voir annuler un accord collectif illégal et lui portant préjudice, d'agir selon cette voie. La première limite tient au fait que seul le défendeur peut invoquer cette voie de recours (A). La seconde concerne l'exécution de l'accord collectif litigieux, qui ne doit pas avoir commencé (B).

A/ Fondement invoqué seulement par le défendeur à l'instance

294. Si, comme toute voie de recours d'exception, elle ne se prescrit pas⁵⁸⁵, l'exception de nullité n'est invocable que par le défendeur à l'instance⁵⁸⁶. Une telle action n'est pas

⁵⁸⁵ V. en ce sens : c. civ. art. 1185 : « *L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution* ».

⁵⁸⁶ V. c. proc. civ. art. 71 : « *Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ».

applicable au contentieux de l'accord collectif, car dans un tel litige le salarié sera quasiment toujours demandeur à l'instance, comme par exemple en contestation d'un licenciement suite à une mobilité prévue par l'accord collectif, mobilité qu'il conteste en raison d'une clause de mobilité illégale. En effet, « *dans la très grande majorité des cas, le salarié est demandeur et soumet au conseil de prud'hommes une prétention reposant sur l'illégalité d'un accord collectif afin d'obtenir un avantage : une demande d'annulation de sa convention de forfait (avec les conséquences salariales subséquentes) ; la requalification de son contrat de travail intermittent (avec les rappels de salaire qui l'accompagnent) ; le bénéfice d'une règle de « droit commun » ou « supplétive » écartée par l'accord collectif contesté ; l'octroi d'avantages non accordés par un accord collectif prétendument discriminatoire ou violant le principe d'égalité de traitement. Le traitement privilégié de l'exception de nullité, fondé sur la position de défendeur, ne correspond donc pas à ces cas très largement majoritaires* »⁵⁸⁷. De surcroît, l'action en nullité de l'accord collectif s'accompagne toujours de demandes autres que la simple nullité de l'accord collectif : il s'agira alors de demandes reconventionnelles, pour lesquelles la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en assemblée plénière a jugé « *qu'ayant relevé que le cessionnaire ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole, mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans leur état antérieur la signature de l'acte et la condamnation des demanderesses lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle* »⁵⁸⁸. Dès lors que le défendeur ne limite pas son action à l'unique rejet des prétentions adverses, le régime juridique de l'exception de nullité ne peut s'appliquer.

295. Pour autant, il ne faut pas cloisonner trop fermement le recours à l'exception de nullité dans le contentieux de l'accord collectif, et ce pour deux raisons. Le cas de la clause de non-concurrence est un cas à part, dans lequel le salarié pourra se trouver en position de défendeur à l'instance s'il refuse d'appliquer cette clause, prévue par l'accord collectif, entachée de vices de légalité, et que de fait l'employeur (demandeur à l'instance) intente une action en justice pour faire jouer cette clause de non-concurrence qu'il estime légale. A côté de ça, rien n'empêche l'employeur, en qualité cette fois de défendeur, de lui aussi invoquer l'exception

⁵⁸⁷ D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité », JCP S 2019, 1297.

⁵⁸⁸ Cass. ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008.

de nullité : c'est l'hypothèse d'une majoration salariale prévue par un accord collectif, et que l'employeur refuse d'octroyer aux salariés pouvant en bénéficier. Le salarié va alors intenter une action en justice pour se voir appliquer cette majoration de salaire, et l'employeur n'aura qu'à invoquer la nullité de l'accord *via* l'exception de nullité, en tant que défendeur à l'instance, et sans rajouter la moindre demande reconventionnelle. Mais une telle situation se fera extrêmement rare, et cette rareté empêche de reconnaître l'adéquation de ce mécanisme aux litiges entourant les accords collectifs. Le fait que l'exception de nullité soit applicable que si l'acte litigieux n'a reçu aucun commencement d'exécution est une autre limite d'importance à l'invocabilité de cette voie de recours pour les accords collectifs.

B/ Fondement invoqué seulement pour un acte n'ayant reçu aucune exécution

296. Pour être recevable, l'exception de nullité doit toucher un acte - en l'occurrence ici une convention ou accord collectif - qui n'a pas commencé à être exécuté. Est-ce là une dernière limite à l'application de l'exception de nullité concernant les accords collectifs ? Il semble de prime abord difficile d'imaginer l'hypothèse où un salarié contesterait un accord collectif qui n'aurait pour le moment reçu aucun commencement d'exécution⁵⁸⁹. Si cette exception de nullité a surtout de l'intérêt pour les salariés, ces derniers ne négocient pas et ne signent pas l'accord en question. Le salarié n'est pas « cocontractant ». Dès lors comment pourrait-on arguer d'un commencement d'exécution pour un tiers à la conclusion de l'accord ? En effet, « *il serait pour le moins incongru de lui reprocher d'avoir exécuté un accord auquel il ne pouvait s'opposer, sauf à commettre une faute disciplinaire* »⁵⁹⁰. On ne peut donc pas reprocher au salarié d'agir une fois que l'accord a commencé à être exécuté. Mais si le salarié peut agir une fois la convention ou l'accord exécuté - en témoigne l'exemple des forfaits-

⁵⁸⁹ « *Il faut ajouter que l'illégalité du contrat ne peut être utilement invoquée comme un moyen de défense au fond par le défendeur que si le contrat (illégal) n'a reçu aucune exécution. Bien que cette exigence ait soulevé de réelles difficultés dans son application prétorienne et repose sur un fondement discuté, elle est rappelée par l'article 1185. Elle est évidemment difficile à satisfaire dans les circonstances envisagées, le salarié invoquant rarement l'illégalité d'une disposition conventionnelle sans qu'elle lui ait déjà été appliquée* », D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité », *op. cit.*, p. 1299.

⁵⁹⁰ C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », *op. cit.*, p. 47.

jours⁵⁹¹ -, c'est que l'exception de nullité n'est pas le bon fondement. Les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont d'ailleurs, récemment, reconnu l'application de l'exception d'illégalité pour contester la validité d'un accord collectif, en affirmant explicitement sa différence avec l'exception de nullité⁵⁹².

Paragraphe 2 : La consécration et les limites de l'exception d'illégalité

297. L'exception d'illégalité paraît plus appropriée aux contentieux des accords collectifs que l'exception de nullité. Pour rappel, cette exception est en principe un moyen contentieux qui consiste à écarter, à l'occasion d'un litige, l'application d'un acte réglementaire illégal. Contrairement donc à l'exception de nullité, elle n'a pas pour effet d'annuler rétroactivement et pour l'avenir l'acte litigieux, mais simplement de le rendre inapplicable au cas d'espèce, tout en le laissant subsister pour l'avenir. Le but sera d'exciper de l'illégalité d'un acte réglementaire en vue d'obtenir l'annulation d'un acte individuel en découlant. Le fondement de l'exception d'illégalité était déjà connu en droit du travail, et plus précisément s'agissant du caractère illicite d'un accord collectif. La Cour de cassation l'avait d'ores et déjà reconnu à propos du litige des forfaits-jours⁵⁹³. Il s'agit en effet d'un schéma similaire, puisque concernant les forfaits-jours, les salariés vont attaquer leur convention individuelle de forfait car elles seraient fondées sur un accord collectif illicite. Les conventions individuelles tirées de cet accord collectif seront annulées par la juge, alors que celui-ci sera simplement privé d'effet, ce qui revient à ne pas l'appliquer concernant les clauses relatives aux forfaits-jours,

⁵⁹¹ « *Faudrait-il en déduire que le salarié ne peut se prévaloir de l'illégalité d'un texte conventionnel que si celui-ci n'a reçu aucune application, de façon générale ou dans les rapports entre l'employeur et le salarié, ce qui ne correspond pas au droit positif, notamment en matière de forfaits jours ?* », D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité », *op. cit.*, p. 1299.

⁵⁹² Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc. : « *l'exception d'illégalité d'une convention ou d'un accord collectif ne relève pas des dispositions de l'article 1185 du Code civil* ».

⁵⁹³ Sur les litiges propres aux conventions de forfait en jours, v. Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, D. actu. 19 juillet 2011, p. 1830, obs. J.-J. Perrin ; *ibid* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Déjouys ; *ibid* p. 474 ; JSL 2011, n° 3042, obs. M. Hautefort ; JCP S 2011, 1333, note P. Morvan ; RJS 2011, p. 587, chron. F. Favennec-Héry ; *ibid* p. 636, n° 696 ; SSL 2011, n° 1499, p. 11, note M.-F. Mazars et P. Florès ; Dr. ouv. 2011, p. 723, obs. C. Richard ; *ibid* 2012, p. 171, obs. A. Lyon-Caen. V. aussi Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807 P. D. 2012, p. 445 ; *ibid*, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012, p. 536, obs. P.-H. Antonmattei ; RTD eur. 2013, p. 292-28, obs. B. Le Baut-Ferrarese. V. égal. P. Florès et A. Fabre, « Forfait jours : « La souplesse ne doit pas permettre de se désintéresser de la charge de travail réelle du salarié » », Cah. soc. novembre 2013 ; G. Pignarre, « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », RDT 2014, p. 746 ; M. Véricel, « Forfaits-jours : validité d'un avenant de sécurisation antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail », RDT 2020, p. 129 ; M. Morand, « Forfait en jours : tout recommencer ou tout arrêter ! », SSL, n° 2028, 9 janvier 2023.

sans pour autant l'annuler⁵⁹⁴. L'analogie avec l'exception d'illégalité propre aux actes réglementaires administratifs est criante, les conventions individuelles étant envisagées comme des mesures d'application de l'accord collectif illicite.

298. Plus récemment, les magistrats de la Haute juridiction ont donc consacré l'exception d'illégalité comme voie de recours d'exception, tout en explicitant son régime juridique (A). Toutefois, malgré cette consécration jurisprudentielle, il existe des limites à l'application de l'exception d'illégalité concernant les litiges relatifs aux accords collectifs (B).

A/ Le régime juridique de l'exception d'illégalité

299. Le régime juridique de l'exception d'illégalité relative aux conventions et accords collectifs a été construit par la Cour de cassation, selon un modèle *sui generis*. Dès lors, les magistrats de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire reprennent des conditions d'application posées par le droit administratif (1), tout en établissant des conditions propres au droit du travail (2).

1. Des conditions insufflées par le droit administratif

300. La reprise des conditions posées par le droit administratif concerne le délai pour invoquer l'exception d'illégalité (a), ainsi que la qualité de demandeur ou de défendeur à l'instance (b).

⁵⁹⁴ *infra*, n° 367 et s. Pour d'autres exemples jurisprudentiels des litiges relatifs aux conventions de forfait en jours, v. Cass. soc. 22 juin 2016, n° 14-15.171, RJS 10/2016, n° 632 ; JSL 2016, n° 415-3, obs. M. Patin ; JCP S 2016, 1320, obs. M. Morand. Cass. soc. 2 juillet 2014, n° 13-11.940 , Bull. civ. V, n° 172 ; RJS 2014, n° 693. Cass. soc. 15 décembre 2016, n° 14-29.701. Cass. soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314 et 17-23.375, D. 2019, p. 705 ; *ibid.*, p. 1558, chron. A David, F. Le Masne de Chermont, A. Prache et F. Salomon ; C. Radé, « De la prescription de l'exception de nullité de la convention individuelle de forfait », Lexbase hebdo, éd. soc., 11 avril 2019. Cass. soc. 16 octobre 2019, n° 18-16.539, D. 2019. Actu., p. 1997 ; RDT 2020, p. 129, obs. M. Véricel ; RJS 12/2019, n° 698 ; SSL 2019, n° 1881, p. 10, obs. F. Bergeron ; JCP S 2019, 1334, obs. M. Morand. Cass. soc. 13 octobre 2021, n° 19-20.561, A. Fabre, « Dispositifs de contrôle des salariés en forfait-jours : la fin et les moyens », JCP S 2021, 1292 ; Cass. soc. 21 septembre 2022, n° 21-15.114, M. Morand, « Salariés en forfait-jours : quand les moyens justifient la fin », JCP S 2022, 1264. Cass. soc. 14 décembre 2022, n° 20-20.572, v. M. Morand, « Forfait en jours : tout recommencer ou tout arrêter ! », *op. cit.*

a) Les conditions tenant au délai pour invoquer l'exception d'illégalité

301. Le premier intérêt de reconnaître l'exception d'illégalité pour contester la licéité d'un accord collectif tient au délai pour agir. Si la délai pour intenter cette voie d'exception était trop court, son intérêt serait somme toute très relatif, dans la mesure où son utilité réside dans le droit à un recours juridictionnel effectif. Or, le seul délai de deux mois pour intenter une action en nullité de l'accord, sans possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité, n'assurerait pas ce droit. Dans un des arrêts rendu le 2 mars 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu qu'une organisation syndicale non signataire pouvait invoquer l'exception d'illégalité « *sans condition de délai* »⁵⁹⁵. A l'instar de l'exception d'illégalité dégagée par le droit administratif, le juge judiciaire apprécie la temporalité de cette voie d'exception de façon assez large. Il l'apprécie même moins sévèrement que le juge administratif : ce dernier, dans l'arrêt *Czabaj* du 13 juillet 2016, estimait que le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable. Pour le Conseil d'Etat, ce délai raisonnable devait être d'un an. Cette restriction ne peut exister concernant l'exception d'illégalité applicable aux conventions et accords collectifs, en raison de leur nature dual, et partant de leur effet également réglementaire. En effet, cette nature réglementaire est absente des décisions administratives individuelles visées par l'arrêt *Czabaj*, justifiant la restriction temporelle.

302. Bien que le droit administratif influence le droit du travail, ce dernier, par le biais du juge judiciaire, prend quelque peu ses distances en instituant des aménagements au régime de l'exception d'illégalité dégagée par les juridictions administratives. A défaut de « délai raisonnable » pour invoquer l'exception d'illégalité d'un accord collectif, un second arrêt du 2 mars 2022 vient néanmoins déterminer la durée à l'intérieur de laquelle une telle exception peut être invoquée. Le juge judiciaire prévoit que « *lorsque l'illégalité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif est invoquée par une voie d'exception, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande* »⁵⁹⁶. L'hypothèse la plus fréquente sera celle du salarié qui demande un rappel de salaire sur le fondement de

⁵⁹⁵ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, D. 2022, p. 464 ; *ibid.*, p. 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. soc. 2022, p. 531, note G. Auzero et L. Bento de Carvalho ; *ibid.*, p. 562, obs. F. Petit ; RDT 2022, p. 395, obs. D. Baugard ; SSL 2022, n° 1995, p. 9, note P.-H. Antonmattei ; RJS 5/2022, n° 262 ; JCP S 2022, 1102, obs. L. Dauxerre.

⁵⁹⁶ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc.

l’illégalité d’un accord collectif. Selon l’article L. 3245-1 du Code du travail, « *l’action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l’exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l’exercer* ». Par conséquent, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que le délai pour invoquer l’exception d’illégalité d’une convention ou d’un accord collectif est, dans ce cas, de trois ans. Outre l’alignement de la temporalité de l’exception d’illégalité sur la prescription des créances alléguées, cet arrêt du 2 mars 2022 permet de s’interroger sur la possibilité pour le demandeur à l’instance d’invoquer cette voie d’exception.

b) L’ouverture de l’exception d’illégalité au demandeur à l’instance

303. Contrairement à l’exception de nullité, ouverte seulement au défendeur à l’instance, les magistrats de la Cour de cassation ont vraisemblablement ouvert l’exception d’illégalité au demandeur. Dans les arrêts précédemment cités, force est de constater que ceux qui invoquent l’exception d’illégalité sont tous défendeurs à l’instance. Néanmoins, la formulation utilisée par la Cour de cassation permet d’envisager sérieusement l’ouverture d’une telle voie d’exception au demandeur à l’instance. En effet, le juge précise que « *lorsque l’illégalité de tout ou partie d’une convention ou d’un accord collectif est invoquée par une voie d’exception, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande* »⁵⁹⁷ : non soulignons ici la dernière partie de la citation faisant état d’une « *demande* », laissant supposer que l’exception d’illégalité est ouverte au demandeur. Une solution contraire serait selon nous surprenante, voire inopportune, dans la mesure où elle ne permettrait pas d’assurer le droit à un recours juridictionnel effectif. Surtout, l’exception d’illégalité du droit administratif ne reconnaît nullement la distinction entre demandeur et défendeur à l’instance. Dès lors, nous ne voyons pas au nom de quoi le demandeur ne pourrait pas invoquer l’exception d’illégalité d’un accord collectif, qui est influencée par le droit administratif. Cependant, les magistrats de l’ordre judiciaire reconnaissent des conditions propres au droit du travail.

⁵⁹⁷ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc.

2. Des conditions propres au droit du travail

304. Le juge judiciaire a été reconnu compétent pour répondre à un litige concernant l'exception d'illégalité (1), et a de fait déterminé qui pouvait invoquer ce fondement (2).

a) La compétence du juge judiciaire

305. L'exception d'illégalité, connue pour rendre inapplicable un acte réglementaire, relève logiquement de la compétence du juge administratif. Mais le Conseil constitutionnel, dans une décision du 21 mars 2018, a prévu que « *l'article L. 2262-14 du code du travail ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre* »⁵⁹⁸. Le juge constitutionnel accepte alors que le salarié saisisse la juridiction judiciaire par la voie de l'exception d'illégalité afin de rendre inapplicable l'accord collectif. Une décision qui, selon Célia Pernot et le professeur Lucas Bento de Carvalho, amorce le débat : selon eux, ouvrir cette spécificité de nature administrative à la compétence du juge judiciaire « *est donc loin de s'imposer avec la force de l'évidence* »⁵⁹⁹. Pour autant, dès l'instant où l'exception d'illégalité s'avère être un moyen de contester l'accord collectif illicite sans être empêché par le délai de l'article L. 2262-14, la compétence du juge judiciaire est logique et cohérente, l'accord collectif ne pouvant être pleinement assimilé à un acte réglementaire⁶⁰⁰. La décision du Conseil constitutionnel est donc, selon nous, tout à fait rationnelle.

b) Les conditions tenant à la qualité de celui qui invoque l'exception d'illégalité

306. Outre cette problématique de compétence contentieuse, il est important de se demander, comme cela a été fait pour la nullité de l'accord collectif, qui peut invoquer cette exception d'illégalité. Cette demande est ouverte aussi bien aux salariés, qu'aux organisations syndicales et même aux institutions représentatives du personnel, comme le comité social et

⁵⁹⁸ Cons. constit. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc.

⁵⁹⁹ C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », *op. cit.*, p. 45.

⁶⁰⁰ Sur la nature duale des accords collectifs, v. « Nature duale de la convention collective », *op. cit.*

économique. Si aucune condition particulière n'a été dégagée par la jurisprudence concernant les salariés, pour qu'un syndicat ou les membres du CSE puissent invoquer cette exception d'illégalité, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser que la clause de la convention ou de l'accord collectif contestée doit violer « *ses droits propres résultants des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi* »⁶⁰¹. S'agissant de l'intérêt à agir du comité social et économique, les magistrats de la Cour affirment de manière constante que le comité d'entreprise, devenu CSE (et pour lequel les solutions antérieures sont bien évidemment toujours applicables), ne peut nullement intenter ou intervenir dans une action pour faire respecter ou pour prôner l'exécution d'une disposition conventionnelle générale, étant donné que la défense des salariés ainsi que l'intérêt collectif de la profession sont assurés par les organisations syndicales⁶⁰². Cette question de l'intérêt à agir a récemment été précisée par le juge judiciaire dans un arrêt du 2 mars 2022 précité⁶⁰³. La chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que le CSE peut contester la clause d'un accord collectif qui porte sur ses dispositions légales propres, comme c'était le cas en l'espèce. Les juges se réfèrent à la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 relative à l'exception d'illégalité que les salariés peuvent soulever sans conditions de délais, comme l'explique la note explicative de l'arrêt de la chambre sociale précité : « *Dans la mesure où le Conseil constitutionnel a seulement précisé les conditions de la constitutionnalité de l'article L. 2262-14 du code du travail au regard du droit à un recours juridictionnel effectif, sa décision ne pouvait conduire à exclure la possibilité pour d'autres personnes que le salarié de soulever, dans un litige individuel, une telle exception d'illégalité* »⁶⁰⁴. Par suite, la note justifie le recours au visa pour appuyer le fait que le comité social et économique est tout à fait légitime à invoquer l'exception d'illégalité d'un accord collectif, et ce d'autant plus qu'il n'est en principe pas recevable « *à intenter une action ou intervenir dans une action tendant au respect ou à l'exécution de dispositions conventionnelles générales, car ce n'est pas lui qui assure la défense des salariés et de l'intérêt collectif de la profession, mais les organisations syndicales* (Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.812, Bull. 2016, V, n° 255; Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.899, Bull. 2014, V, n° 271). (...) *C'est ce qu'admet au profit d'un*

⁶⁰¹ Cass. soc. 14 décembre 2016, n° 15-20.812, D. 2017, p. 2278, obs. J. Porta ; JCP E 2017, 1514, obs. E. Jeansen ; JCP S 2017, 1045, obs. B. Gauriau.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc.

⁶⁰⁴ Note explicative relative à l'arrêt du 2 mars 2022 (n° 20-16.002), Chambre sociale.

comité d'établissement l'arrêt du 2 mars 2022 prononcé en plénière de chambre par la chambre sociale »⁶⁰⁵. Néanmoins, l'illégalité de la clause ne pouvait être reconnue par le juge car selon la loi, un accord majoritaire peut déterminer le niveau des consultations récurrentes quand il y a des établissements distincts. Le CSE peut bien invoquer l'exception d'illégalité pour contester une clause qui lui semblerait contraire aux dispositions légales déterminant son régime juridique⁶⁰⁶, mais en revanche la clause d'un accord collectif disant que les consultations récurrentes ne se feront qu'au niveau du CSE central est donc tout à fait légale⁶⁰⁷.

307. Le second arrêt précité de la chambre sociale de la Haute juridiction, rendu le même jour, porte lui sur l'intérêt à agir d'une organisation syndicale non signataire de l'accord collectif litigieux⁶⁰⁸. Le juge judiciaire a conclu qu'un syndicat non signataire peut tout à fait contester une clause conventionnelle par la voie de l'exception d'illégalité. En justifiant sa solution de façon analogue à l'arrêt rendu le même jour à propos de la qualité à agir du comité social et économique, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que « *refuser le droit à l'organisation syndicale ayant procédé à la désignation de soulever par voie d'exception l'illégalité de l'accord collectif aurait conduit à une situation étrange d'un*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc. : « *Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a précisé que l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre, de sorte que l'article L. 2262-14 ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable en l'espèce du fait de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un comité social et économique est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif aux motifs que cette clause viole ses droits propres résultant des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi* ».

⁶⁰⁷ « *Vu l'article L. 2323-7, 1°, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 : 15. Selon ce texte, un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12, peut définir les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise sur la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que sur la politique sociale de celle-ci, les conditions de travail et d'emploi. Il en résulte qu'un accord d'entreprise peut définir, dans les entreprises comportant des établissements distincts, les niveaux auxquels les consultations récurrentes sont conduites et, le cas échéant, leur articulation. 17. L'arrêt retient qu'à la date de la signature de l'accord du 25 mai 2017 sur le dialogue social, l'article L. 2323-7 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015 applicable aux accords collectifs définissant les modalités d'organisation des consultations récurrentes des institutions représentatives du personnel, ne prévoyait pas la possibilité de conclure un accord dérogatoire quant au niveau de la consultation et que, par suite, les dispositions de l'accord du 25 mai 2017 réservant au seul comité central d'entreprise les consultations périodiques sur la politique sociale et la situation économique et financière de l'entreprise n'étaient pas conformes aux dispositions légales alors applicables* », *ibid.*

⁶⁰⁸ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, préc.

accord collectif dont le tribunal pourrait constater l'illégalité au regard du salarié mais non au regard du syndicat l'ayant désigné »⁶⁰⁹. Néanmoins, au même titre « que pour l'institution représentative du personnel (voir Soc. 2 mars 2022, pourvoi n° 20-16.002), cette possibilité est limitée à la situation où l'accord collectif prive un syndicat des droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi »⁶¹⁰. Cependant, si la justification apportée par les magistrats de la Cour de cassation concernant la qualité à agir des institutions représentatives du personnel est pertinente, dans le sens où le CSE ne peut pas demander la nullité de l'accord dans le délai de prescription de deux mois, il en va différemment pour le syndicat non signataire. En effet, ce dernier a la possibilité de soulever la nullité des conventions et accords collectifs selon l'article L. 2262-14 du Code du travail. En conséquence, l'argument consistant à dire que l'ouverture de l'exception d'illégalité aux organisations syndicales non signataires assure le recours à un droit juridictionnel effectif (recours mentionné dans la solution précitée de la Cour de cassation, par le biais de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) est peu convaincant. Dirk Baugard précise d'ailleurs à ce titre « que les textes internationaux précités n'imposaient pas d'étendre mécaniquement l'exception d'illégalité à d'autres personnes que le salarié. Il est fermement acquis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les restrictions apportées au droit effectif d'accès à un tribunal ne sont admissibles que si elles satisfont à un double « test » : elles ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit ; en outre, il est, d'une part, nécessaire qu'elles poursuivent un but légitime et, d'autre part, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé doit exister⁶¹¹. On aurait pu penser que l'application concrète de ces principes s'imposait pour répondre aux questions complexes soulevées dans les affaires en cause. À cet égard, en effet, les salariés ne se trouvent pas forcément dans la même situation qu'un syndicat non signataire »⁶¹². De surcroît, l'illégalité a été reconnue car un délégué syndical peut être désigné dans un établissement, peu important le périmètre de mise en place des CSE d'établissements. Dès lors, un accord collectif qui subordonne la désignation du délégué

⁶⁰⁹ Note explicative relative à l'arrêt du 2 mars 2022 (n° 20.18-442), Chambre sociale.

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ V. dans ce sens, Cass. soc. 20 avril 2022, n° 19-17.614, D. 2022, p. 796 ; Dr. soc. 2022, p. 559, obs. J. Mouly ; RJS 7/2022, n° 396.

⁶¹² D. Baugard, « L'extension de l'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires », RDT 2022, p. 395.

syndical à la présence d'un CSE dans un des établissements de l'entreprise viole une disposition légale propre aux syndicats, à savoir l'article L. 2143-3 alinéa 4⁶¹³. Dans ce cas de figure, l'accord collectif ne sera pas annulé, il ne disparaîtra pas de façon rétroactive - comme cela aurait été le cas si le syndicat avait demandé dans le délai de deux mois sa nullité. En revanche, la clause reconnue illégale par le juge ne sera pas appliquée par celui-ci, qui pourra l'écartier, comme il l'a fait en l'espèce, ce qui témoigne d'une différence fondamentale entre les effets de l'action en nullité et ceux de l'exception d'illégalité.

308. En tout état de cause, ces deux solutions démontrent une nouvelle fois le rôle primordial du juge judiciaire en ce qui concerne le développement du régime juridique du sort de l'accord collectif, et plus particulièrement de l'exception d'illégalité⁶¹⁴. Cette dernière peut toujours être invoquée même si le législateur a réduit les délais pour contester la validité de l'accord *via* l'action en nullité.

309. Enfin, une précision mérite d'être apportée. Dans l'arrêt précité du 2 mars 2022, la chambre sociale indique explicitement qu' « *une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer*

⁶¹³ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, préc. : « *Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a précisé que l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre, de sorte que l'article L. 2262-14 ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. 9. Eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi. 10. En second lieu, aux termes de l'article L. 2143-3, alinéa 4, du code du travail, la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques. 11. Ces dispositions, même si elles n'ouvrent qu'une faculté aux organisations syndicales représentatives, sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux. 12. Il s'ensuit que ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail concernant la mise en place du comité social et économique et des comités sociaux et économiques d'établissement ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement au sens de l'article L. 2143-3 du code du travail. 13. C'est dès lors à bon droit que le tribunal judiciaire a retenu que l'avenant signé le 11 décembre 2019 ne pouvait priver le syndicat CGT de son droit légal de désigner un délégué syndical sur le périmètre contesté ».*

⁶¹⁴ Un rôle qui l'emmènera sans doute très prochainement à répondre à la question explicitement posée dans la note explicative de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 mars 2022 (n° 20-18.442) : l'exception d'illégalité peut-elle être invoquée par un syndicat non signataire au titre de la seule défense de l'intérêt collectif de la profession au sens de l'article L. 2132-3 du code du travail ? Le juge judiciaire devra se prononcer, et par la même occasion renforcer son pouvoir juridictionnel en ce qui concerne les sanctions de l'illicéité d'une convention ou d'un accord collectif.

*à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi »*⁶¹⁵. Cette solution, qui peut être contestable, surtout vis-à-vis de l'argument reprenant l'effectivité du recours à un droit juridictionnel, n'est pas réitérée pour une organisation syndicale signataire de l'accord collectif litigieux. Pour un syndicat signataire, seule la voie d'action, c'est-à-dire la demande de nullité dans le délai de deux mois comme le prévoit l'article L. 2262-14 du Code du travail, peut être invoquée.

B/ Les limites de l'exception d'illégalité sur les litiges relatifs aux accords collectifs

310. L'exposé des limites de l'exception d'illégalité sur les litiges relatifs aux accords collectifs (1) permet d'en proposer une alternative : l'action en inopposabilité autonome (2).

1. L'exposé des limites

311. Les limites à l'application de l'exception d'illégalité concernent la nature de l'accord collectif (a), et surtout l'invocation de griefs de forme (b).

a) Les limites tenant à la nature de l'accord collectif

312. Le schéma de l'exception d'illégalité ne convient pas toujours au litige de l'accord collectif. L'application de ce dernier est très loin d'être continuellement tributaire d'une mesure individuelle de concrétisation ou d'application. Or, l'exception d'illégalité concerne par nature un acte réglementaire - ce que n'est pas l'accord collectif de travail, malgré son effet *erga omnes* - renvoyant à une mesure individuelle d'application qui ne peut avoir d'autre objet que l'application de l'acte administratif fondateur. En droit du travail, s'il est vrai qu'on peut répertorier des cas où un acte unilatéral de l'employeur est nécessaire à la mise en oeuvre de l'accord (comme par exemple s'agissant d'une proposition de modification du contrat de travail telle une baisse de rémunération, possibilité offerte par un accord de performance collective), de nombreuses hypothèses ne nécessitent nullement le besoin d'une mesure d'application individuelle. L'exemple de la clause de non-concurrence est le plus parlant, dans la mesure où la jurisprudence a depuis longtemps admis que « *les obligations*

⁶¹⁵ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, préc.

*mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance »*⁶¹⁶. En l'absence de mesure d'application, « *l'exception d'illégalité semble ici privée du support intermédiaire lui permettant d'appréhender la licéité de l'acte originel* »⁶¹⁷.

b) Les limites tenant à la nature des griefs invoqués

313. En outre, et ce sera la dernière limite à l'utilisation de l'exception d'illégalité dans le contentieux de l'accord collectif, le recours à cette voie d'exception ne devrait pas pouvoir concerner la procédure et le formalisme de la convention collective. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 18 mai 2018, a affirmé cette solution concernant les actes réglementaires : « *si la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'éviction de cet acte, des vices de forme et de procédure dont il serait entaché* »⁶¹⁸. Par analogie, il ne devrait pas non plus être possible de contester, pour vice de forme ou de procédure, un accord collectif au-delà du délai de forclusion de deux mois. Dans une telle hypothèse, la seule possibilité serait d'intenter contre l'accord collectif un recours en annulation par voie d'action dans les deux mois à compter de sa publication.

Cette transposition des règles administratives au contentieux de l'accord collectif peut paraître trop simpliste, dans la mesure où il faudrait commencer par déterminer ce que sont un vice de forme et un vice de procédure s'agissant des conventions et accords collectifs. De fait, comment appréhender la « compétence des auteurs » de l'acte ? S'agit-il de se pencher sur la condition de représentativité des organisations syndicales signataires, et ensuite de l'exigence de conclusion majoritaire de l'accord ? Peut-on englober également dans cette terminologie le contrôle du consentement non vicié des auteurs ? La procédure de négociation, qui fait essentiellement référence à l'exigence de loyauté, peut-elle être vue comme un vice de forme ou de procédure empêchant le recours à l'exception d'illégalité ?

⁶¹⁶ Cass. soc. 8 janvier 1997, n° 93-44.009.

⁶¹⁷ C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », *op. cit.*, p. 50.

⁶¹⁸ CE, ass. plén., 18 mai 2018, n° 414583, AJDA 2018, p. 1009.

314. Un premier élément de réponse peut se déduire d'un des arrêts rendus le 2 mars 2022 par la chambre sociale de la Cour de cassation⁶¹⁹. En effet, les défendeurs faisaient « *valoir l'inopposabilité de l'avenant au CSE au motif que les conditions de révision d'un accord d'entreprise prévues par l'article L. 2232-16 du code du travail n'[avaient] pas été respectées* »⁶²⁰. Comme le soulignent les professeurs Gilles Auzero et Lucas Bento de Carvalho, « *dans la mesure où l'article L. 2232-16 prend place dans un paragraphe intitulé « Modalités de la négociation », on peut légitimement se demander s'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un grief tenant à « la procédure de négociation et de signature » de l'avenant. Ainsi, en accueillant le moyen des défendeurs de première instance, la Cour de cassation paraît étendre l'objet du contrôle juridictionnel aux conditions de forme, sans se cantonner aux griefs portant sur « le fond du droit »* »⁶²¹. Selon ces auteurs, l'exception d'illégalité concernant les conventions et accords collectifs pourrait être élargie à des conditions de forme comme les modalités de la négociation entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives. Par conséquent, en suivant un tel raisonnement, l'exigence de loyauté, entrant bel et bien dans le champ des modalités et des conditions de la négociation, pourrait être contestée au-delà du délai de deux mois par le biais de l'exception d'illégalité. Une telle solution est, selon nous, à privilégier : empêcher le recours à l'exception d'illégalité concernant un manquement à la loyauté de la négociation reviendrait à remettre en cause trop sérieusement le principe de légalité ; son atteinte serait disproportionnée, même en le mettant en balance avec le principe de sécurité juridique, en raison de la place centrale qu'occupe aujourd'hui l'exigence de loyauté de la négociation dans le contentieux des accords collectifs⁶²².

315. Pourtant, ce n'est pas ce qu'a retenu la Haute juridiction dans un arrêt en date du 31 janvier 2024. Les magistrats de la chambre sociale sont venus préciser que « *si un salarié, au soutien d'une exception d'illégalité d'un accord collectif, ne peut invoquer un grief tiré des conditions dans lesquelles la négociation de l'accord a eu lieu, il peut, en revanche, invoquer à l'appui de cette exception le non-respect des conditions légales de validité de l'accord*

⁶¹⁹ Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-20.077, JCP S 2022, p. 1093, note J.-F. Cesaro ; SSL 2022, n° 1995, note P.-H. Antonmattei.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ G. Auzero et L. Bento de Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », Dr. soc. 2022, p. 531.

⁶²² G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in Mélanges G. Pignarre, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 33. Pour une illustration de la difficulté de faire du non-respect de l'exigence de loyauté un vice de forme ou de procédure, *infra*. n° 379.

*collectif, relatives notamment à la qualité des parties signataires, telles que prévues, pour les accords d'entreprise ou d'établissement, par les articles L. 2232-12 à L. 2232-14 du code du travail »*⁶²³. Autrement dit, le juge judiciaire fait le choix d'empêcher le recours à l'exception d'illégalité pour contester notamment un manquement à l'exigence de loyauté : c'est ce qu'il mentionne explicitement lorsqu'il rappelle les différentes exigences essentielles pour respecter le principe de loyauté de la négociation collective⁶²⁴. Selon le juge, le respect de l'exigence de loyauté est bien « *un grief tiré des conditions dans lesquelles la négociation de l'accord a eu lieu* »⁶²⁵ empêchant d'invoquer l'exception d'illégalité. En revanche, il permet de soulever le non-respect des conditions légales de validité de l'accord, comme la qualité des parties signataires, sans dresser une liste exhaustive desdites conditions légales de validité⁶²⁶. En se fondant sur l'exception d'illégalité connue en matière administrative, laquelle interdit d'invoquer un vice de procédure et un vice de forme, on aurait pu douter de l'élargissement des griefs invocables au soutien de l'exception d'illégalité concernant les accords collectifs. La Cour de cassation ne s'aligne donc pas complètement sur le régime de l'exception d'illégalité dégagé par le juge administratif, et préfère adapter sa solution aux particularités du droit du travail. Cependant, ne pas reconnaître que le non-respect de l'exigence de loyauté de la négociation ouvre droit à l'invocabilité de l'exception d'illégalité nous semble critiquable d'un point de vue du principe de légalité.

⁶²³ Cass. soc. 31 janvier 2024, n° 22-11.770.

⁶²⁴ « *Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci (Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-18.080, Bull. 2017, V, n° 46). Selon cette même jurisprudence, l'employeur est tenu de mener loyalement les négociations d'un accord collectif notamment en mettant à disposition des organisations participant à la négociation les éléments d'information indispensables à celle-ci (Soc., 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-10.975, Bull. 2016, V, n° 2 ; Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 19-10.780, publié) », *ibid.**

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Il reviendra donc au juge judiciaire de compléter cette solution jurisprudentielle. Nous pouvons d'ores et déjà affirmer que les articles L. 2231-1 à L. 2231-9 du Code du travail, insérés dans un chapitre intitulé « *Conditions de validité* », peuvent aussi faire l'objet d'un recours à l'exception d'illégalité en cas de manquement. De plus, au même titre que la qualité des signataires, le non-respect du principe de conclusion majoritaire, et plus généralement des modalités de conclusion d'un accord collectif, pourra aussi être évoqué par le truchement de l'exception d'illégalité.

2. Proposition de solution : l'action en inopposabilité autonome

316. Il ressort des démonstrations précédentes que l'exception d'illégalité, et plus encore l'exception de nullité, renferment des limites d'application en ce qui concerne l'illicéité de l'accord collectif. Une autre sanction pourrait alors être envisagée : l'inopposabilité, sanction qu'on pourrait imaginer autonome (et ce d'autant plus maintenant qu'on sait que l'exception d'illégalité ne peut être invoquer pour contester un manquement à l'exigence de loyauté de la négociation). En effet, pour consacrer l'inopposabilité de l'accord collectif, il faut partir du constat que l'illicéité d'un acte ne veut pas forcément dire que celui-ci est nul. Le juge judiciaire l'a déjà reconnu dans les trois arrêts du 2 mars 2022 précités, en estimant que soulever la nullité d'un accord collectif par la voie de l'exception est inapproprié. L'illicéité peut se définir comme « *le caractère de ce qui est contraire à un texte ordonnant ou prohibant* »⁶²⁷. On comprend alors aisément que la nullité ne se confond pas avec l'illicéité, tout d'abord parce que cette dernière n'est pas une sanction, mais un état. Tout acte illicite mérite d'être sanctionné, et la nullité n'est qu'une sanction parmi d'autres, une sanction qui entraînera l'annulation rétroactive de l'acte litigieux. En ce sens, Messieurs Planiol et Ripert remarquaient que l'illicéité d'un acte entraîne « *sa contestabilité* »⁶²⁸ : l'acte illicite, en l'occurrence ici l'accord collectif, n'est pas nul, il est simplement potentiellement annulable. Il se pourrait aussi qu'il soit, dans le même ordre idée, potentiellement inopposable. D'ailleurs, les hauts magistrats, dans les trois arrêts précédemment étudiés, assimilent les effets de l'exception d'illégalité à l'inopposabilité. C'est donc fort logiquement que l'exception d'illégalité a été préférée à l'exception de nullité. Néanmoins, une question vient immédiatement à l'esprit : pourquoi ne pas avoir consacré directement l'action en inopposabilité, au lieu d'adapter une exception d'illégalité en provenance du droit administratif, qui produit en l'espèce exactement les mêmes effets ? Sans doute en raison du « *halo mystérieux* »⁶²⁹ qui entoure cette sanction, dont le régime juridique est

⁶²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd., 2012. Ce terme a d'ailleurs été choisi à dessein, au détriment du terme d'*invalidité*. L'*illicéité* se distingue de l'*invalidité*, cette dernière se confondant avec la *nullité* : un acte invalide est un acte nul, la sanction s'appliquant lorsqu'une condition de validité fait défaut ne pouvant être que la nullité, v. J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2020, p. 936 : « *La nullité est en effet le reflet de l'invalidité formelle d'un acte juridique ; sa sanction commune à en croire l'article 1178 du code civil. Un acte est annulable parce qu'il ne satisfait pas à l'une des exigences nécessaires à sa validité* ». Pour une application de l'*invalidité* d'un acte engendrant sa nullité, *infra*. n° 367 et s.

⁶²⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, Obligations, 1ère partie, collab. P. Esmein, LGDJ, 1930, n° 176.

⁶²⁹ Y. Pagnerre, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - *De lege lata*, une action en inopposabilité », JCP S 2019, 1298.

vraisemblablement plus difficile à établir que celui de l'exception d'illégalité, déjà largement précisé par le droit administratif.

317. Cela ne nous empêche pas de plaider l'autonomie de la sanction de l'inopposabilité. Il a déjà été prouvé que la Haute juridiction judiciaire admet que les salariés peuvent agir individuellement afin de faire reconnaître le caractère illicite de l'accord collectif⁶³⁰. Comme énoncé précédemment, les effets de cette action ne sont pas de rendre nul en son entier l'accord collectif, mais simplement de le rendre inopposable aux relations entre l'employeur et les tiers à l'accord. Célia Pernot et Lucas Bento de Carvalho ont d'ailleurs révélé que malgré leur qualité de tiers à l'accord, les salariés peuvent agir en nullité de celui-ci ; mais cette « *action n'a pas pour effet d'annuler l'acte, mais de le rendre inefficace dans les relations des salariés avec l'employeur* ». Rien ne sert alors de se fonder sur l'exception de nullité quand celle-ci a pour effet de rendre l'accord inopposable au salarié qui en conteste l'application : « *Dès l'instant où l'action en nullité produit déjà les effets de l'inopposabilité, les salariés seraient tout à fait fondés à solliciter à titre principal l'inopposabilité de l'accord, sans le truchement de la nullité* »⁶³¹. Un raisonnement similaire peut être appliqué concernant l'exception d'illégalité, dont l'effet principal sera également l'inopposabilité des clauses litigieuses. Néanmoins, la reconnaissance d'une action en inopposabilité autonome n'aurait qu'un intérêt limité, puisque contrairement aux voies d'exception, elle se heurterait au délai de prescription de deux mois de l'article L. 2262-14 du Code du travail. C'est sans doute une des raisons pour laquelle le juge judiciaire a préféré adapter l'exception d'illégalité aux conventions et accords collectifs. Il n'en reste pas moins que c'est une piste à explorer, et ce d'autant plus que la volonté du législateur - à savoir sécuriser les relations collectives de travail - serait respectée. Le rôle prochain du juge judiciaire pourrait alors consister à créer un régime de sanction autonome, qui permettrait de ne plus se poser les questions relatives aux limites de l'exception d'illégalité, et notamment de pallier à l'impossibilité d'y recourir en cas d'atteinte à l'exigence de loyauté de la négociation.

318. Si le législateur souhaite consacrer l'autonomie de l'action en inopposabilité, il devra en préciser le régime juridique, et notamment son délai de prescription. Car si l'action en

⁶³⁰ Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 04-47.550, D. 2006, p. 2125 ; RDT 2007, p. 48, obs. H. Nasom-Tissandier ; Bull. civ. V, n° 263.

⁶³¹ C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », *op. cit.*, p. 52.

inopposabilité se prescrit dans le même délai de deux mois que l'action en nullité, elle n'a pas le moindre intérêt. On pourrait alors penser, au même titre que le professeur Yannick Pagnerre, que l'action en inopposabilité se prescrit dans un délai de cinq ans, conformément au droit commun⁶³². Si tel est le cas, l'article L. 2262-14 du Code du travail pourrait à la fois intégrer, comme exception au délai de deux mois pour invoquer la nullité de l'accord, le recours à l'exception d'illégalité et la voie de l'action en inopposabilité :

- Article L. 2262-14 : « *Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter :*

1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ;

2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas.

Ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24, L. 1235-7-1 et L. 1237-19-8 du code du travail.

La forclusion du délai de deux mois ne fait pas obstacle à la possibilité d'invoquer l'illicéité de la convention ou de l'accord collectif, sur le fondement de l'exception d'illégalité ou de l'action en inopposabilité.

La durée de la prescription de l'exception d'illégalité est déterminée par la nature de la créance objet de la demande.

La durée de la prescription de l'action en inopposabilité est de cinq ans ».

⁶³² Y. Pagnerre, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - *De lege lata*, une action en inopposabilité », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre 2

319. La conventionnalisation d'origine légale, si elle a réduit la possibilité de saisine du juge judiciaire pour contester la légalité d'un accord collectif, n'a pas entravé les prérogatives juridictionnelles de celui-ci une fois saisi. Les cas de la modulation dans le temps des effets de la nullité offerte au juge, ou de sa liberté dans la possibilité de contourner le délai de forclusion de deux mois en validant le recours à l'exception d'illégalité (et on l'espère, bientôt, à l'action en inopposabilité autonome) témoignent de l'élargissement de ses prérogatives. Réciproquement, le juge judiciaire, en utilisant ses prérogatives, va venir valoriser la conventionnalisation : en énonçant que la nullité d'un accord collectif peut ne pas être rétroactive, il cherche à le faire perdurer. Le juge a la possibilité de sécuriser la norme conventionnelle, ce qui atteste de la valorisation de la conventionnalisation.

CONCLUSION DU TITRE 1

320. L'activité juridictionnelle du juge judiciaire, à propos des conventions et accords collectifs de travail, a elle aussi été bouleversée du fait de la conventionnalisation. En plus de l'incitation à reconnaître de nouveaux mécanismes - ce qui relève de l'activité jurisprudentielle - dans l'optique de valoriser la norme conventionnelle, le législateur peut aussi créer directement des règles, sans passer par la voie de l'implicite. En effet, explicitement, le législateur a introduit dans le Code du travail des règles touchant directement au pouvoir juridictionnel du juge. C'est le cas à propos des dispositions entourant l'illicéité de l'accord.

321. Plusieurs dispositions ont été intégrées à la suite des ordonnances du 22 septembre 2017. Parmi celles relatives aux prérogatives judiciaires lorsque l'accord collectif est illicite, certaines ont pour effet de traiter de la saisine du juge judiciaire, d'autres, une fois ce dernier saisi, renforcent ses prérogatives juridictionnelles. Les dispositions légales, s'agissant des règles relatives à l'illicéité des conventions ou accord collectif, opèrent donc sur le juge à deux niveaux.

322. Concernant la saisine du juge judiciaire, le législateur a souhaité restreindre cette possibilité. Sa volonté était claire : sécuriser les conventions et accords collectifs en évitant que ceux-ci puissent faire l'objet d'un litige devant les juridictions. Cette sécurisation de la norme conventionnelle s'inscrivait alors, fort logiquement, dans le mouvement déjà débuté de conventionnalisation du droit du travail : si les accords peuvent de moins en moins être remis en cause, cela sécurise leur normativité, et de fait valorise cette dernière. Pour sécuriser et valoriser la norme conventionnelle, le législateur a donc commencé par instaurer une présomption de légalité desdits accords. Dans son esprit, il fallait donc que celui qui souhaite remettre en cause la légalité d'un accord collectif en apporte la preuve et renverse cette présomption. En réalité, ce nouvel article du Code du travail n'a pas de véritable impact sur le rôle du juge judiciaire, dans la mesure où il ne fait que reprendre une règle de preuve de droit commun. Le véritable bouleversement relatif à la saisine du juge a eu lieu lorsque le législateur a décidé de restreindre les délais pour contester la validité d'une convention ou d'un accord. En faisant passer ce délai à seulement deux mois à compter de la procédure de notification à l'ensemble des organisations représentatives pour les organisations disposant

d'une section syndicale, ou bien à partir de la date de publicité de l'accord dans la nouvelle base de données publique créée par la loi du 8 août 2016, le législateur restreint la fréquence du contrôle judiciaire. Par définition, plus le délai pour saisir le juge est court, moins il sera saisi, et moins il opérera son pouvoir de contrôle quant à la validité et à la potentielle nullité de l'accord collectif.

323. Mais si la fréquence du contrôle judiciaire à propos de la validité de l'accord devrait être restreinte, l'ampleur de ce contrôle lui n'en pâtit pas, bien au contraire. En effet, une fois l'obstacle du délai de contestation détourné, le juge judiciaire, une fois saisi, se voit attribuer de nouvelles prérogatives s'agissant du prononcé de la nullité des accords. Désormais, il a la capacité de moduler dans le temps les effets de cette dernière. Normalement rétroactive, la nullité ne pourra produire des effets que pour l'avenir, ou même prendre effet à la date à laquelle l'aura décidé le juge judiciaire, sauf en ce qui concerne les accords de mise en place du CSE, où le juge a décidé que la nullité ne pourrait opérer que pour l'avenir, sans effet rétroactif. Contrairement aux autres types d'accords, dans ce cas de figure le juge ne dispose d'aucun choix.

324. Le pouvoir de contrôle judiciaire sur le prononcé de la sanction de l'illicéité de l'accord collectif se trouve donc renforcé, et ce renforcement valorise encore davantage la conventionnalisation. Il n'y a pas la moindre concurrence entre le mouvement de conventionnalisation et les prérogatives judiciaires, et ce d'autant plus que le contrôle du juge ne se résume pas aux contestations par voie d'action. Le juge judiciaire peut également être saisi par voie d'exception, ce qui non seulement peut lui permettre de remédier à la problématique de la fréquence de son contrôle (le délai de deux mois ne jouant pas pour les contestations par voie d'exception), mais agrandi encore davantage l'ampleur de celui-ci, en lui offrant de nouvelles modalités de contrôle sur les sanctions envisagées dans le cas où l'accord collectif est illicite. Le juge a consacré l'exception d'illégalité, bien que son régime présente quelques difficultés : le législateur serait par conséquent bien inspiré de codifier le recours à cette voie d'exception et à l'exception d'inopposabilité, qui pourrait être une alternative efficace. La conventionnalisation du droit du travail a donc, à n'en pas douter, valorisé l'activité juridictionnelle du juge à propos des sanctions entourant l'illicéité de l'accord, mais aussi s'agissant de son application.

TITRE 2 :
La valorisation juridictionnelle
dans l'application de l'accord collectif

324. La conventionnalisation n'a pas seulement permis au législateur d'adapter le contrôle judiciaire aux règles de sanction de l'illicéité de l'accord collectif. Ce contrôle touche également l'application dudit accord. Dès lors, l'activité juridictionnelle du juge, de laquelle découle son pouvoir de contrôle, a également été modifiée, suite à la volonté légale de renforcer la normativité conventionnelle, en ce qui concerne l'exécution des conventions et accords collectifs. Cette modification émerge en premier lieu suite à la nouvelle *articulation*⁶³³ des accords prévue par le Code du travail. Les différentes dispositions légales relatives à l'articulation des accords, entre eux ou avec d'autres normes comme le contrat de travail, vont avoir des répercussions sur le contrôle judiciaire. Le terme d'articulation fait référence à la fois à la résolution des concours entre accords collectifs, et aux rapports existant entre la norme conventionnelle et la norme contractuelle : le rôle du juge sur l'articulation des accords est alors déterminant (**Chapitre 1**). Cependant, il sied de rappeler que l'activité juridictionnelle du juge ne se résume pas à un pouvoir de contrôle. Une de ses prérogatives judiciaires, et pas des moindres, n'est autre que l'interprétation des accords collectifs. Il sera alors nécessaire de voir en quoi la conventionnalisation du droit du travail a valorisé ce pouvoir d'interprétation judiciaire de la norme conventionnelle (**Chapitre 2**).

⁶³³ Nous verrons en réalité que le terme d'articulation pour définir les thèmes privilégiés de tel ou tel niveau de négociation n'est pas adéquat, v. A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, Thèse, Montpellier, 2021.

Chapitre 1 : **Le juge et l'articulation des accords collectifs**

325. Le terme d'articulation a le mérite de recouper à la fois les rapports entre accords collectifs, et entre un accord collectif et un contrat de travail. Il s'agira ici d'étudier successivement le rôle du juge en cas de concours entre accords collectifs (**Section 1**), et lors des rapports entre un accord collectif et un contrat de travail (**Section 2**).

Section 1 : **Le juge et le concours des accords collectifs entre eux**

326. La notion de concours renvoie à l'idée d'une mise en concurrence⁶³⁴. Selon le dictionnaire Larousse, c'est une « *compétition de plusieurs personnes à propos d'un même droit* »⁶³⁵. Ce ne sera pas ici une compétition de personnes, mais une compétition mettant en jeu des accords collectifs de travail. Le rôle du juge judiciaire s'agissant du *concours* entre accords collectifs de travail a été modifié par la volonté légale d'éviter tout concours entre normes conventionnelles. Le législateur met en oeuvre le mécanisme de la *prévalence*⁶³⁶ de l'accord d'entreprise, alors que le concours permet de s'interroger sur l'applicabilité de tel ou tel accord entrant en concurrence avec d'autres. La loi, depuis les ordonnances dites « Macron » du 22 septembre 2017, cherche à éviter cette concurrence en indiquant clairement que l'accord d'entreprise primera sur l'accord de branche dans une majorité de thèmes. Comme l'explique parfaitement Arnaud Lucchini, « *là où le concours renvoie à la question*

⁶³⁴ Cette mise en concurrence se retrouve également dans la notion de *conflit* entre accords collectifs. Ce dernier se veut néanmoins plus général, toutes les hypothèses de *concours* étant par nature un *conflit* entre accords collectifs. En revanche, les deux notions ne se recoupent pas parfaitement, puisqu'un conflit entre accords ne traduit pas nécessaire une situation de concours. Evoquer une situation de conflit pour traiter du concours entre accords collectifs n'est donc pas erroné (ce que nous ferons dans la mesure où cette démonstration n'a vocation qu'à traiter des situations de concours entre accords collectifs), alors que l'inverse peut s'avérer inexact, *infra*. n° 337. Les deux termes sont pourtant utilisés indistinctement par un certain nombre d'auteurs, v. par exemple J. Barthélémy, « Conflit entre accords collectifs. Accord d'entreprise sur des garanties collectives de prévoyance. Accord national de mensualisation de 1977. Nature juridique. Dispositions applicables », Dr. soc. 1996, p. 643 ; G. Vachet, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Thèse, Lyon III, 1977.

⁶³⁵ Larousse (2023), v. *Concours*.

⁶³⁶ « *Que d'autres nomment prééminence ou primauté* », A. Lyon-Caen, « A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, préf. P.-H. Antonmattei et F. Bergeron, LexisNexis, Planète social, 2023, 353 pages + biblio et tables », RDT 2023, p. 296. Nous utiliserons donc indistinctement ces termes dans nos démonstrations ultérieures pour évoquer l'idée de prévalence.

*de savoir quel accord est applicable, la prévalence évite cette interrogation en garantissant l'application prioritaire d'un accord au détriment de tous les autres »*⁶³⁷.

327. Le premier aspect renforçant la primauté de l'accord d'entreprise⁶³⁸ n'est pas en soi un argument de pur droit. L'objectif politique, économique et social, poursuivi par le législateur, était de mieux concilier le sort des salariés avec la compétitivité de l'entreprise sur le marché du travail. Le meilleur moyen d'assurer cette « flexisécurité » à la française⁶³⁹ était alors de promouvoir la négociation d'entreprise, afin de permettre à chaque entreprise, prenant en compte sa spécificité, de s'adapter comme elle le souhaite au marché du travail⁶⁴⁰. Chaque entreprise étant par définition différente dans sa gestion, dans son organisation, il aurait été inadapté de continuer à faire de l'accord de branche le principe, alors que ce niveau de négociation, plus large, ne tenait pas compte de l'ensemble des particularités liées à chaque entreprise. Sauf que la prise en compte de cet objectif politique, économique et social ne pouvait à lui seul légitimer la primauté de l'accord d'entreprise, comme le précise le professeur Paul-Henri Antonmattei : « *Cet objectif ne confère qu'une légitimité supposée et partielle à la primauté de l'accord d'entreprise* »⁶⁴¹. C'est donc dans cette optique que la légitimité des négociateurs, avec la loi du 20 août 2008, et celle des accords en eux-mêmes avec la loi du 8 août 2016, ont connu une hausse certaine. En effet, la « *primauté n'existerait pas sans une légitimité des négociateurs et des accords, assurée par une représentativité syndicale fondée essentiellement sur le critère de l'audience électorale, régulièrement mesurée et une généralisation, au 1er mai 2018, de la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique* »⁶⁴².

⁶³⁷ A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, op. cit., p. 5.

⁶³⁸ Une primauté un temps contesté au nom de « l'inversion de la hiérarchie des normes ». Il a depuis été démontré que cet argument était dénué de sens, v. en ce sens : P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », JCP S 2016, 1159 ; adde. F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 516.

⁶³⁹ Sur le rôle du juge sur cette notion, v. J.-Y. Frouin, *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, Thèse, 2009.

⁶⁴⁰ J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport 2010, p. 63-64.

⁶⁴¹ P.-H. Antonmattei, « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2018, p. 160.

⁶⁴² Ibid. Sur cette thématique, *supra*. n° 11 et s.

328. La primauté de l'accord d'entreprise étant assurée par le mécanisme de la prévalence, celle-ci a considérablement modifié le rôle du juge judiciaire. Mais nous verrons néanmoins que les hypothèses de concours existent toujours. Dès lors, quel sera le rôle dudit juge lorsqu'un concours entre conventions et accords collectifs émerge ? Nous l'avons dit, le concours permet « *de désigner l'accord collectif applicable à une situation particulière lorsque plusieurs sont susceptibles de la régir* »⁶⁴³ ; le rôle du juge dans un tel cas de figure sera alors de tenter de résoudre cette concurrence naissante, par le biais de *l'articulation* des accords. La résolution du concours entre conventions ou accords collectifs se fait grâce à une articulation des accords faite possiblement par le juge judiciaire. Le procédé de l'articulation se définit entre autres comme une technique de résolution du concours entre accords. Or, cette technique peut être l'apanage du juge judiciaire.

329. Afin de répondre à la question de savoir quel accord est applicable dans une situation déterminée, c'est-à-dire de résoudre un concours entre accords collectifs, il faut successivement envisager la volonté légale d'éviter le concours entre accords collectifs (Paragraphe 1), et sa conséquence qui n'est autre que le renouveau du rôle du juge judiciaire suite à l'émergence du mécanisme de la prévalence dans le Code du travail (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La volonté légale d'éviter le concours entre accords collectifs

330. L'évitement des concours entre accords collectifs se manifeste par la prévalence. Cette dernière est mise en oeuvre par ce que la doctrine a appelé les trois « blocs » (A). L'exemple de la politique salariale témoigne parfaitement de la primauté de l'accord d'entreprise, et par effet miroir de la mise en retrait de la normativité de l'accord de branche (B).

⁶⁴³ *Ibid.* Pour une illustration similaire de la définition du concours entre conventions et accords collectifs de travail, v. G. Vachet, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, op. cit.

A/ La prévalence mise en oeuvre par les trois blocs légaux

331. Une nouvelle articulation⁶⁴⁴ des accords collectifs a été portée par la loi du 8 août 2016, puis renforcée plus récemment par les ordonnances du 22 septembre 2017⁶⁴⁵. Par cette structuration, les accords collectifs deviennent indépendants entre eux, puisqu'il est désormais clairement explicité quel thème est le propre de l'accord de branche, et quel thème est le propre de l'accord d'entreprise⁶⁴⁶. Ce dernier va primer sur bon nombre de sujets, sauf concernant le domaine d'exclusivité de la branche. Avec cette nouvelle hiérarchisation, l'accord d'entreprise ne vient plus écarter une règle impérative établie par l'accord de branche : il n'y a donc plus de dérogation, et comme il n'y a plus de règle impérative établie à un niveau de négociation supérieur, il ne peut y avoir recours au principe de faveur⁶⁴⁷. Chaque niveau de négociation a désormais son propre domaine de compétence. Il nous revient d'étudier successivement les articles du Code du travail créant cette articulation légale : l'article L. 2253-1 (1), L. 2253-2 (2) et L. 2253-3 (3).

1. L'article L. 2253-1 du Code du travail

332. Le bloc 1, mentionné à l'article L. 2253-1 du Code du travail révèle la supériorité de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise dans treize domaines (et ce que l'accord d'entreprise soit conclu antérieurement ou postérieurement à l'accord de branche) sauf à ce que l'accord d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes⁶⁴⁸. Hormis le principe de

⁶⁴⁴ Il faut distinguer l'articulation légale mettant en oeuvre la prévalence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche dans une majorité de thèmes, et l'articulation judiciaire qui est un mode de résolution des concours entre conventions et accords collectifs de travail.

⁶⁴⁵ V. G. Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. soc. 2017, p. 1018 ; C. Nicod, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle répartition », RDT 2017, p. 657 ; A. Sauret, « Accords de branche et accords d'entreprise : focus sur une articulation complexe entre les sources du droit », Gaz. Pal. 2017, n°43, p. 67 ; A. Martinon, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1056 ; A. Bugada, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 688.

⁶⁴⁶ Sur l'ensemble de ces aspects, v. F. Géa, « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. Géa (dir.), *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, p. 21, et plus spéci. p. 35 s., n° 13 s.

⁶⁴⁷ *infra*. n° 346 et s.

⁶⁴⁸ Sur la notion de « garanties au moins équivalentes », *infra*. n° 339 et s.

faveur, sur lequel il faudra revenir ultérieurement⁶⁴⁹, le législateur écarte donc également les principes de résolution des conflits que sont la *lex prior* et la *lex posterior*.

333. Les treize matières pour lesquelles la loi fait primer l'accord de branche à défaut de garanties au moins équivalentes dans l'accord d'entreprise sont : les salaires minima hiérarchiques ; les classifications ; la mutualisation des fonds de financement du paritarisme ; la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ; les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ; les mesures énoncées à l'article L. 3121-14, au 1^o de l'article L. 3121-44, à l'article L. 3122-16, au premier alinéa de l'article L. 3123-19 et aux articles L. 3123-21 et L. 3123-22 ; les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1244-3, L. 1244-4, L. 1251-12, L. 1251-35, L. 1251-36 et L. 1251-37 ; les mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération énoncées aux articles L. 1223-8 et L. 1223-9 ; l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L. 1221-21 du Code du travail ; les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas réunies ; les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1^o et 2^o de l'article L. 1251-7 ; la rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire, mentionnée aux articles L. 1254-2 et L. 1254-9 du Code du travail.

334. Il est intéressant de noter que l'ordonnance du 22 septembre 2017 a quelque peu modifié le domaine de compétence de la branche, puisque « *n'est plus intégrée parmi ces matières celle de la pénibilité, que la loi du 8 août 2016 avait également ajoutée et dont la dénomination a été abandonnée, remplacée par celle de la prévention des risques professionnels* »⁶⁵⁰. *A contrario*, le législateur intègre de nouvelles matières dans ce bloc, « *dont certaines à propos desquelles a été reconnu de manière inédite une capacité d'intervention de la convention de branche (...). Sont en particulier concernées les mesures*

⁶⁴⁹ *infra*. n° 346 et s.

⁶⁵⁰ S. Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions - Interprétation, violation et annulation de l'accord collectif », Répertoire de droit du travail, juin 2022, actualisation juin 2023.

*relatives au contrat indéterminé de chantier, ainsi qu'à certains aspects du contrat à durée déterminée et de contrat de travail temporaire »*⁶⁵¹.

335. Le législateur a ici fait le choix de la primauté de la convention de branche. Comme l'a souligné le professeur Jean-François Cesaro, « *l'article L. 2253-1 transforme en simple supériorité ce qui aurait pu être considéré comme un monopole* »⁶⁵². Cette supériorité est davantage conditionnée dans les thèmes du bloc 2.

2. L'article L. 2253-2 du Code du travail

336. S'agissant du bloc 2, il exprime à l'article L. 2253-2 la supériorité de la branche sur l'accord d'entreprise postérieur dans quatre domaines, uniquement si l'accord de branche le prévoit expressément, et encore une fois à la condition que l'accord d'entreprise ne prévoit pas de garanties au moins équivalentes.

337. Ces 4 matières sont : la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

338. Cette fois-ci, c'est la résolution du conflit selon la *lex posterior* qui est écartée. En effet, l'accord d'entreprise antérieur à la convention de branche prévaudra dans ces quatre matières, quoi qu'il arrive. L'accord d'entreprise postérieur primera en l'absence de clause de mise sous condition d'équivalence, qu'il soit plus ou moins favorable pour les salariés. En revanche, en présence d'une telle clause dite de « verrouillage », pour que l'accord d'entreprise postérieur prime, il faut qu'il prévoie des garanties au moins équivalentes. A défaut, ce sera la convention de branche qui primera.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² J.-F. Cesaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306.

339. Nous retrouvons ici l'hypothèse où la dérogation pourra encore jouer, mais seulement si l'accord de branche le mentionne expressément : ce bloc 2 de l'article L. 2253-2 du Code du travail permet à la branche, sur seulement quatre thèmes, de prévoir qu'un accord d'entreprise pourra y déroger. Pour cela, il suffit que l'accord de branche ne comporte pas de clause de « verrouillage ». C'est donc dans cet unique cas de figure, très encadré, que la dérogation entre accords collectifs sera possible, une dérogation donc soumise au bon vouloir de l'accord de branche, ce qui dénote encore de l'autorégulation des accords collectifs entre eux.

3. L'article L. 2253-3 du Code du travail

340. A propos du bloc 3, mentionné à l'article L. 2253-3, dépeignant la supériorité de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, là encore la *lex prior* et la *lex posterior* sont écartées⁶⁵³. Dans tous les thèmes n'entrant pas dans le champ du bloc 1 ou du bloc 2, la prévalence de l'accord d'entreprise est absolue, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'accord de branche. Par « absolue », il faut comprendre que la prévalence de l'accord d'entreprise n'est en rien conditionnée à l'existence de dispositions dans l'accord de branche instaurant des garanties équivalentes.

341. Le champ d'application de cet article est bien plus large que les deux précédents, en raison de sa construction par soustraction : tout ce qui ne relève pas du bloc 1 et 2 relève du bloc 3 et donc de la prévalence de l'accord d'entreprise. Les matières entrant dans le champ de l'article L. 2253-3 du Code du travail sont potentiellement extrêmement nombreuses, témoignant de la volonté légale de faire primer l'accord d'entreprise dans une immense majorité de domaines.

⁶⁵³ Ce qui pose le problème des accords de branche conclus postérieurement à la loi du 4 mai 2004 mais antérieurement aux ordonnances du 22 septembre 2017, et prévoyant des clauses de verrouillages conformément à la première loi citée : « *les stipulations d'un accord d'entreprise rendues inapplicables par une clause de verrouillage stipulée par un accord de branche ont-elles vocation à ressurgir... parfois au grand dam de l'employeur, qui n'en demandait pas tant. Reste à savoir si les acteurs de la négociation d'entreprise – aussi bien, pour la partie salariale, délégués syndicaux qu'acteurs substitutifs, en leur absence - s'empareront des marges de manœuvre que le législateur leur offre* », F. Bergeron, « L'articulation des accords collectifs de travail », CSA Lefebvre Dalloz, 20 décembre 2022.

342. De plus, la loi, par cette nouvelle structuration entre accords collectifs, organise également leur autorégulation⁶⁵⁴. En effet, le législateur offre la possibilité aux accords de prévoir leur organisation avec d'autres périmètres de négociation : c'est le cas par exemple, comme le soulève Françoise Favennec-Héry et Raphaël Weissmann⁶⁵⁵, de l'accord de groupe pouvant se substituer à l'accord d'entreprise⁶⁵⁶, ou de l'accord d'entreprise pouvant se substituer à l'accord d'établissement⁶⁵⁷.

B/ Exemple du retrait de l'accord de branche : les salaires

343. L'exemple récent le plus frappant s'agissant du retrait de l'accord de branche, concerne les salaires. Jusqu'aux ordonnances du 22 septembre 2017, la branche pouvait à sa guise gérer la politique salariale. L'accord de branche primait l'accord d'entreprise à la fois sur les salaires minima hiérarchiques, mais également pour ce qui concernait les majorations de salaires et les primes. Un accord d'entreprise, moins favorable pour les salariés, ne pouvait contrevenir aux dispositions prévues par l'accord de branche en ce qui concerne la rémunération, dans toutes ses formes, à verser aux salariés. Désormais, la politique de rémunération n'incombe plus dans son ensemble à la branche : seuls les salaires minima hiérarchiques restent du ressort de ce niveau de négociation⁶⁵⁸. Les primes attribuées aux salariés relèvent de l'accord d'entreprise. Cette primauté du niveau de l'entreprise se fait par élimination, puisque ni le bloc 1, ni le bloc 2 - primauté de la branche uniquement lorsqu'elle le stipule expressément, L. 2253-2 - ne viennent traiter de la question des primes. Seules les primes pour travaux dangereux ou insalubres relèvent du bloc 2, donc de la primauté de

⁶⁵⁴ F. Favennec-Héry et R. Weissmann, « Les dérogations en droit du travail - Le recours à l'accord dérogatoire », Dr. soc. 2017, p. 715.

⁶⁵⁵ « C'est l'accord qui organise son articulation avec les autres niveaux de négociation. Ainsi en est-il de l'accord de groupe qui peut prévoir, expressément, que ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet des accords d'entreprise ou d'établissement conclus dans le périmètre de l'accord, antérieurement ou postérieurement. Il en est de même pour les accords d'entreprise prévoyant expressément leur substitution aux dispositions des accords d'établissement », *ibid.*

⁶⁵⁶ C. trav. art. L. 2253-5 : « Lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord ».

⁶⁵⁷ C. trav. art. L. 2253-6 : « Lorsqu'un accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements compris dans le périmètre de cet accord ».

⁶⁵⁸ C. trav. art. L. 2253-1, 1° : « La convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes : 1° Les salaires minima hiérarchiques ».

l'accord de branche uniquement lorsque celui-ci aura prévu une « clause de verrouillage ». Cet accord, pour s'appliquer, aura expressément prévu que concernant ce type de prime, un accord d'entreprise conclu postérieurement - et seulement postérieurement - à l'accord de branche ne pourra contrevenir aux dispositions de ce dernier, sauf si bien la convention d'entreprise prévoit des garanties au moins équivalentes. Ce qui signifie que dans le cas où rien n'est mentionné expressément par la convention de branche, c'est bien l'accord d'entreprise, même postérieur et même moins favorable aux salariés qui s'appliquera. La branche a la possibilité de « verrouiller » sa primauté, mais si elle ne le fait pas, la primauté revient à l'entreprise. Pour tout autre type de prime, les négociateurs de l'entreprise ont la possibilité de déroger aux dispositions prévues par la branche, ou d'ailleurs à tout complément de salaires comme des majorations, tant que les salaires minima hiérarchiques prévus par la convention de branche eux restent inchangés. Les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche, face à ce désaveu législatif, ont tenté de contourner la difficulté en intégrant directement dans les salaires minima conventionnels les compléments, tels que les primes et les majorations. Elles avaient alors l'ambition de modifier la définition même de « salaire minima hiérarchique », de revenir sur son objet dans l'espoir de garder la main sur l'ensemble de la politique salariale. L'administration du travail a très vite clarifié les choses en se fondant sur une circulaire de 2004 énonçant que « *la notion de salaires minima recouvre quant à elle les salaires minima hiérarchiques horaires ou mensuels et les salaires garantis minima mensuels ou annuels (RAG) correspondant aux grilles de classification fixées par la convention ou l'accord collectif de branche* »⁶⁵⁹. Le Ministère du Travail a pu lors de la présentation des ordonnances du 22 septembre 2017, et plus précisément de l'ordonnance n° 2017-1385, dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, préciser clairement que la négociation d'entreprise disposait de toute l'autonomie nécessaire pour revenir sur les primes imposées par la branche. Il était donc dès l'origine bien délicat pour les négociateurs de la branche d'arriver à leur fin, de tenter de modifier la nature même de la notion de « salaire minima hiérarchique », dans la simple optique de contourner le dispositif instauré par la réforme du 22 septembre 2017 sur la primauté de l'entreprise sur les primes et les majorations salariales. Concrètement, plusieurs arrêtés d'extension avaient

⁶⁵⁹ Circ. 22 septembre 2004, relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, Fiche n° 2, pt 1.3.2.

refusé d'élargir la notion de « salaires minima hiérarchiques » à certains compléments de salaire tels que des primes⁶⁶⁰.

344. Parmi ces quelques arrêtés d'extension du Ministre du travail, celui de l'avenant n° 67 du 31 mai 2018 à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire fut contesté devant le Conseil d'Etat. Ce dernier a voulu restaurer un certain équilibre, tout en tenant compte des arguments de l'administration. A ce titre, il énonce qu' « *il est loisible à la convention de branche, d'une part de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations effectives résultant de leurs salaires de base et de certains compléments de salaire, d'autre part, d'en fixer le montant par niveau hiérarchique* »⁶⁶¹. Par cet arrêt, les négociateurs de la branche retrouvent un semblant de souveraineté, puisqu'ils peuvent déterminer le montant ainsi que la structure des salaires minima hiérarchiques. Il leur est donc possible d'y intégrer des compléments de salaire tels que des primes. En revanche, et c'est là le deuxième apport de cet arrêt, le juge administratif précise aussitôt que « *lorsque la convention de branche stipule que les salaires minima hiérarchiques s'appliquent aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de compléments de salaire qu'elle identifie, elle ne fait pas obstacle à ce que le montant de ces minima soit atteint dans une entreprise par des modalités de rémunération différentes de celles qu'elle mentionne, un accord d'entreprise pouvant réduire ou supprimer les compléments de salaire qu'elle mentionne au titre de ces minima, dès lors toutefois que sont prévus d'autres éléments de rémunération permettant aux salariés de l'entreprise de percevoir une rémunération effective au moins égale au montant des salaires minima hiérarchiques fixé par la convention* ». Même si le Conseil d'Etat redonne une

⁶⁶⁰ V. not. Arr. 5 juin 2019, portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des entreprises d'installation sans fabrication, y compris entretien, réparation, dépannage de matériel aédraulique, thermique, frigorifique et connexes, JO 12 juin : « « *l'exclusion est donc de mise pour les stipulations conventionnelles de branche qui incorporent des compléments de salaires dans l'assiette des minima hiérarchiques et prohibent toute stipulation d'entreprise moins favorable car « elles ne peuvent avoir pour objet et légalement pour effet de faire obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise sur le fondement des dispositions de l'article L. 2253-3 du code du travail et dans les domaines tels que définis par ces mêmes dispositions »* » ; V. égal. Arr. 5 juin 2019, portant extension d'un avenant à la convention collective nationale de l'édition : « « *La réserve est suffisante pour les stipulations qui tout en incorporant des accessoires du salaire dans les minima n'empêchent pas expressément la négociation d'entreprise de les écarter ou de les diminuer* ».

⁶⁶¹ CE 7 octobre 2021, n° 433053, Lebon ; AJDA 2021, 2272, chron. C. Malverti et C. Beaufils ; v. F. Bergeron, « Salaires minima hiérarchiques : le Conseil d'État au secours des branches », JCP 2021, 2094 ; G. Auzero, « Le Conseil d'État aux prises avec les « salaires minima hiérarchiques » », Dr. soc. 2021, p.100 ; F. Morel et A. Cormier Le Goff, « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », SSL 2021, n° 1971, p. 13.

certaine influence à la négociation de branche concernant les salaires, il ne sanctifie que le montant des salaires minima hiérarchiques, leur structure pouvant toujours être modifiée par un accord d'entreprise à condition de prévoir une rémunération effective au moins équivalente aux montants totaux des salaires minima stipulés dans la convention de branche⁶⁶². C'est donc par le biais du juge administratif, et non pas du juge judiciaire, que la notion « de salaires minima hiérarchiques » a été étendue. Reste alors à savoir quelle sera la position de ce dernier, qui pourrait tout à fait prévoir « *que les salaires minima hiérarchiques visés par l'article L. 2253-1 s'entendent du salaire de base et des compléments versés en contrepartie de l'exécution du travail, peu importait l'action normative des négociateurs de branche* »⁶⁶³. Le rôle de juge judiciaire sera une nouvelle fois déterminant, et pourrait ainsi mettre fin au débat en redorant encore un peu plus le blason de la négociation de branche.

345. En pratique, le contrôle du concours entre accords collectifs de niveaux différents est désormais limité pour le juge judiciaire, puisqu'il n'aura qu'à se baser sur les dispositions légales pour rendre sa décision. Il s'agira d'un contrôle de légalité, qui fut également évoqué à propos du rôle du juge judiciaire sur le contenu de l'accord. Ces bouleversements législatifs successifs qui ont refondé l'articulation des accords collectifs entre eux, ont incontestablement eu un effet sur le contrôle du juge, comme l'appelait de ses voeux Yves Struillou en 2012 lorsqu'il était membre de la Cour de cassation : « *La place de négociation dans la hiérarchie des normes a donc connu un bouleversement tel qu'il n'est pas exagéré de constater que l'ensemble des acteurs du processus en cours - organisations syndicales et professionnelles, pouvoirs publics, magistrats - abordent, peut-être sans en avoir encore pleine conscience, un nouveau monde qui comporte bon nombre de terres à explorer (...). Abordant ce monde qui lui est moins familier, la tentation est grande pour tout un chacun, soit de se reporter aux anciennes "cartes" rassurantes car familiaires mais désormais inopérantes, soit de chercher l'eldorado juridique où aucun risque ne menace. (...) Nécessairement, le juge doit définir un nouveau référentiel compatible avec le nouveau monde, qui assure une conciliation entre l'impératif de légalité inhérent à tout État de droit et*

⁶⁶² F. Champeaux, « L'articulation entre la branche et l'entreprise en matière de SMH », SSL 2021, n° 1971, p. 6.

⁶⁶³ P.-H. Antonmattei, L. Enjorlas, C. Mariano, S. Selusi et B. Siau, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2021, p. 992 et s.

*l'autonomie des parties à la négociation, laquelle est renforcée par les nouvelles règles de validité des accords collectifs issues de la loi du 20 août 2008 »*⁶⁶⁴.

346. Ces différentes modifications législatives ont peu à peu abouti à un remodelage du rôle du juge. Il est bien évident que le contrôle judiciaire, en tant que prérogative juridictionnelle, se décompose donc en contrôle de légalité visant à vérifier quel accord s'applique au détriment d'un autre (hypothèse du concours entre accords), et en contrôle de légalité du contenu intrinsèque de l'accord (et plus globalement de la négociation collective). La conventionnalisation du droit du travail a donc bouleversé toutes les facettes de ce contrôle judiciaire, et notamment suite à la prévalence d'origine légale.

Paragraphe 2 : Le nouveau rôle du juge sur l'articulation des accords

347. Afin d'envisager l'articulation d'accords collectifs entrant en concours, il faut tout d'abord se demander si une situation de concours peut exister entre accords collectifs de même niveau de négociation, ou seulement entre accords de niveaux différents. Récemment, il a été émis l'hypothèse que le concours ne pouvait voir le jour qu'entre accords de niveaux différents⁶⁶⁵. Certes, l'immense majorité des cas de concours entre accords collectifs se fera entre deux accords négociés à des niveaux différents. Lorsqu'un conflit survient entre deux

⁶⁶⁴ Y. Struillou, « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », *op. cit.*

⁶⁶⁵ « *L'étude du concours entre accords collectifs est intrinsèquement liée à la pluralité des niveaux de négociation collective. Il n'est en effet de concours que lorsque plusieurs accords, conclus à des échelons différents, sont simultanément applicables dans l'entreprise. En revanche, il existe des interactions entre accords collectifs, conclus à un même niveau, qui ne relèvent ainsi pas de la mécanique du concours, tels que la révision ou succession d'accords. (...) De fait, aucun concours ne survient entre eux, les accords se succèdent sans être simultanément applicables à la relation de travail. Le concours n'existe donc qu'entre accords collectifs de niveaux différents qui coexistent* », A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, *op. cit.*, p. 10.

accords de même niveau, il s'agit régulièrement d'un « *conflit lié à la vie des accords* »⁶⁶⁶. Ceux-ci ne s'apparentent pas à un concours : il s'agit seulement d'une question d'application dans le temps des accords, comme lors de la révision d'un accord, d'une dénonciation ou d'une mise en cause engendrant la conclusion d'un accord de substitution. Pourtant, cette affirmation consistant à dire qu'une situation de concours ne peut exister qu'entre conventions ou accords de niveaux différents doit selon nous être démentie. En effet, lors de la mise en cause d'un accord collectif en raison d'un évènement cité à l'article L. 1224-1 du Code du travail⁶⁶⁷, un concours peut naître. Une fois l'évènement de l'article L. 1224-1 ayant eu lieu (prenons l'exemple de la cession), s'ouvre alors généralement une période quinze mois où l'accord de l'entreprise céduante et celui de l'entreprise cessionnaire vont coexister pour les salariés transférés. Il s'agit bien là d'une situation de concours entre deux accords collectifs de même niveau de négociation, puisqu'il faut bien déterminer, sur tel ou tel sujet, quel accord va s'appliquer durant ce laps de temps, ou jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution⁶⁶⁸.

348. Outre cette hypothèse particulière, il est vrai que fréquemment, un concours est à l'œuvre entre accords collectifs de niveaux différents, et notamment entre les conventions

⁶⁶⁶ F. Bergeron, « De l'application dans le temps des accords collectifs », BJT février 2021, p. 24 ; sur l'application dans le temps des accords collectifs issus de la négociation substitutive, v. C. Mariano, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *op. cit.* Il s'agit notamment de se demander si l'acte de dénonciation d'un accord collectif substitutif doit également être soumis à une validation par un référendum des salariés lorsque l'accord provient d'une négociation nécessitant le mandatement syndical. Cette question sera sans doute la plus délicate à trancher, tant « *d'un côté, le mécanisme unilatéral de la dénonciation nous paraît devoir l'écartier. En matière d'accord négocié ou révisé avec l'employeur, c'est la teneur du compromis trouvé avec l'employeur qui semble devoir justifier la ratification de l'accord par les salariés. Mais d'un autre côté, certains soulignent que « les organisations [syndicales] ne [peuvent] détruire seules ce qui a été formé par le vote des salariés. Or il faut bien admettre qu'il peut paraître incohérent de permettre, sans aucune garantie majoritaire, à toute organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, au niveau interprofessionnel de défaire ce qui a été fait avec le soutien référendaire des salariés – en cas d'accord conclu avec un salarié mandaté – ou par référence à un score électoral majoritaire – en cas d'accord conclu avec des élus non mandatés – lors des dernières élections professionnelles* », E. Jeansen et Y. Pagnerre, « La négociation dérogatoire », JCP S 2009, 1572.

⁶⁶⁷ C. trav. art. L. 1224-1 : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

⁶⁶⁸ C. trav. art. L. 2261-14, al. 1er : « *Lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure* ».

collectives de branche et les accords d'entreprise⁶⁶⁹. Un tel conflit entre accords de niveaux différents était d'autant plus susceptible de voir le jour lorsqu'un accord dérogatoire entrait en jeu. C'était le cas où un accord d'entreprise dérogeait à un accord de branche, ceux-ci venant traiter du même sujet⁶⁷⁰. Il était alors permis de déroger, pour un accord d'entreprise, à un accord de branche, dès lors que la loi l'autorisait dans le domaine visé⁶⁷¹. Pouvait également se poser le problème inverse, soit un conflit de normes entre un accord d'entreprise de droit commun et un accord de branche dérogatoire : l'accord d'entreprise étant postérieur, la résolution du conflit se faisait simplement par l'application de la *lex posterior* plus favorable pour les salariés puisque les partenaires sociaux, de par la conclusion de cet accord d'entreprise, mettaient en avant leur volonté de ne pas faire jouer la dérogation prévue par l'accord de branche⁶⁷². Dans l'hypothèse où l'accord d'entreprise était antérieur à l'accord de branche, si la volonté des négociateurs d'écartier la règle dérogatoire prévue par l'accord de branche ne pouvait plus être présupposée, la résolution d'un tel conflit se faisait alors en application pure et simple du principe de faveur⁶⁷³. Ce dernier, bien que quelque peu secoué par le mécanisme de la dérogation, était donc le mode de résolution des conflits privilégié entre accords de niveaux différents, un principe pouvant seulement être écarté par les accords dérogatoires. Après la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017, qui ont autonomisé les accords entre eux, ce type de conflit ne se résout plus par l'application du principe de faveur. La loi, en déterminant quel niveau de négociation est à privilégier suivant le thème traité, a d'ores et déjà anticipé les difficultés d'articulation entre

⁶⁶⁹ « Chaque niveau de négociation ayant vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de garanties sociales, il est fréquent que convention collective de branche et convention collective d'entreprise s'emparent des mêmes questions », *ibid.*

⁶⁷⁰ La loi du 4 mai 2004 réformant le dialogue social a permis, pour les accords d'entreprise conclus après son entrée en vigueur, de venir déroger à un accord de branche, sans se soucier du principe du faveur.

⁶⁷¹ « L'accord d'entreprise apte à déroger à une loi peut également déroger à un accord de branche qui avait stipulé sur le même objet, le principe de faveur étant là encore écarté ainsi que la hiérarchie ordinaire des niveaux de négociation », Y. Chalaron, « Négociations, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources du droit », Juris-Classeur Travail, 2000, fasc. 1-36, n° 27, p. 8. V. du même auteur, « Conventions et accords collectifs, Contenu, conditions d'applicabilité », Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 19-20, n° 35, p. 18 et « Négociation, conventions et accords collectifs. Qualification et nature juridique », Juris-Classeur Travail traité, fasc. 19-25, n° 52. V. égal. « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », Dr. soc. 1998, p. 355, spé. p. 363.

⁶⁷² « Les principes de la *lex posterior* et de l'application de la disposition la plus favorable devraient se combiner pour assurer la primauté de l'accord d'entreprise, tout au moins s'agissant des thèmes abordés concomitamment par les deux accords. L'accord de branche ne saurait, sous prétexte qu'il est dérogatoire, interdire à l'accord d'entreprise d'améliorer ses propres dispositions, au besoin en adoptant un accord de droit commun », F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit.

⁶⁷³ « L'accord de branche n'a pas le pouvoir d'abroger l'accord d'entreprise, quand bien même telle serait la volonté des signataires au niveau de la branche. Il en résulte donc un concours entre conventions collectives, qui doit être résolu par l'application de la disposition la plus favorable », *ibid.*

accords de branche et accords d'entreprise. En effet, la résolution de tels concours est désormais prévue légalement, la loi dictant dans quel domaine tel ou tel niveau de conclusion des accords va primer. *De facto*, le rôle du juge sur l'articulation des accords de niveaux différents est bouleversé. La résolution de ces concours se fera par le biais du critère de l'équivalence des garanties (A), au détriment du principe de faveur, qui perdure malgré son obsolescence programmée (B).

A/ La résolution du concours par l'appréciation judiciaire des garanties au moins équivalentes

349. Le critère de l'équivalence des garanties doit d'abord être défini (1) avant d'envisager son appréhension par le juge judiciaire et par les partenaires sociaux (2).

1. Définition des « garanties au moins équivalentes »

350. A ce stade, il est indispensable de préciser cette expression de « *garanties au moins équivalentes* »⁶⁷⁴. Selon Arnaud Lucchini, « *ce critère subordonne l'application de l'accord d'entreprise, en cas de concours, à ce qu'il présente des garanties au moins équivalentes à celles de l'accord de branche. L'accord d'entreprise n'est tenu de présenter un contenu plus favorable. Il suffit que l'accord d'entreprise soit au niveau de l'accord de branche, que les garanties respectivement assurées par ces accords valent autant, pour que le premier s'applique. Ceci est remarquable. En effet, entre deux contenus jugés équivalents, il aurait pu être considéré que peu importe lequel s'applique. Or, la règle d'équivalence octroie une priorité certaine à l'accord d'entreprise. (...) Pour s'appliquer au détriment de l'accord d'entreprise, l'accord de branche doit présenter un niveau de garanties que n'atteint pas l'accord d'entreprise, c'est-à-dire un niveau de garanties supérieur* »⁶⁷⁵. Dès lors, dans l'hypothèse où un accord d'entreprise postérieur viendrait disposer de garanties équivalentes

⁶⁷⁴ Cette notion est de plus en plus usitée, en témoigne son introduction récente par le décret n° 2020-802, du 29 juin 2020, dans les nouveaux art. D. 3312-2-1 et D. 3312-47-1 du Code des transports, à propos de toute une série de domaines, que sont le régime d'indemnisation applicable à l'amplitude de la journée de travail, les coupures et les vacations, ainsi que le taux de majoration des heures supplémentaires dans les entreprises de travail routier. Il est intéressant de relever une différence majeure entre ces textes et ceux institués par le Code du travail, et notamment l'article L. 2253-3, puisque dans ce secteur, la primauté est conférée à l'accord de branche, « *sauf lorsque la convention ou l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement offre des garanties au moins équivalentes* ».

⁶⁷⁵ A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, op. cit., p. 120.

à l'accord de branche, on serait alors dans le cadre d'une dérogation⁶⁷⁶ (et dans un domaine appartenant au bloc 1 ou 2), l'accord d'entreprise se substituant à l'accord de branche. En revanche, envisager ne serait-ce qu'une dérogation « minimale » de l'accord de branche à l'accord d'entreprise sera désormais impossible : l'article L. 2253-3 du Code du travail ne prévoit nullement la possibilité pour un accord de branche de venir se substituer à l'accord d'entreprise dans l'hypothèse où il prévoirait des dispositions au moins équivalentes. Le Code du travail, aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, précise que l'équivalence des garanties sera le critère central de résolution des concours entre accords de niveaux de négociation différents. Une fois de critère d'articulation posée, c'est au juge judiciaire de l'appliquer.

2. L'appréhension des « garanties au moins équivalentes »

351. Il faudra envisager successivement l'appréhension de l'équivalence des garanties par le juge judiciaire (a) et par les partenaires sociaux (b).

a) L'appréhension par le juge judiciaire

352. Originellement, on pouvait se demander comment apprécier ces garanties, comment le juge judiciaire allait envisager la comparaison entre les stipulations de l'accord de branche et celles de l'accord d'entreprise, pour déterminer lequel des deux serait applicable en fonction de l'appréciation des « *garanties au moins équivalentes* »⁶⁷⁷. Le projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2017-1385, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 28 novembre 2017, est venu apporter une première réponse à cette interrogation, en énonçant que cette notion s'apprécie par « *l'ensemble des garanties se rapportant au même objet* »⁶⁷⁸. Les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, traitant respectivement des blocs 1 et

⁶⁷⁶ Si l'on s'en tient à la définition de la dérogation donnée par Florence Bergeron, ce mécanisme n'a pas forcément à être défavorable pour les salariés puisque ce serait rajouter une condition à la définition initiale, à savoir « *écartier une règle impérative en tant que norme de conduite ou norme de structure, sans se soucier du caractère plus favorable pour les salariés* », F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit.

⁶⁷⁷ Sur l'appréciation des garanties au moins équivalentes, v. G. Auzero, « *Conventions d'entreprise et conventions de branche* », op. cit., p. 1018 ; C. Nicod, « *Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle répartition* », op. cit., p. 657 ; A. Sauret, « *Accords de branche et accords d'entreprise : focus sur une articulation complexe entre les sources du droit* », op. cit., p. 67 ; A. Martinon, « *Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs* », op. it. ; A. Bugada, « *L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel* », op. cit.

⁶⁷⁸ Projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social.

2, ont d'ailleurs repris cette formulation dans leur dernier alinéa⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰, permettant au juge judiciaire de savoir comment opérer son contrôle sur l'articulation entre les différents niveaux de négociation. Dès lors, s'il était possible de penser que le juge allait devoir faire une comparaison globale des différents accords entrant en concours, et donc prendre en compte l'ensemble des dispositions conventionnelles pour déterminer si un accord d'entreprise était globalement au moins équivalent à l'accord de branche auquel il peut alors déroger, c'est la solution inverse qui a été retenue. En effet, à la lecture du projet de loi de ratification de l'ordonnance, et comme le préconisait le rapport du Président de la République, l'équivalence sera appréciée par la juge domaine par domaine. Il regardera thème par thème si la stipulation de l'accord d'entreprise est au moins équivalente à celle de l'accord de branche. Par conséquent le juge appréciera si l'accord d'entreprise pourra s'appliquer concernant spécifiquement chaque thème, et non pas en faisant une lecture globale, une appréciation d'ensemble de l'accord d'entreprise. Dès lors, le juge aura la capacité de faire appliquer une partie seulement de l'accord d'entreprise, dans un domaine prévoyant des garanties au moins équivalentes à l'accord de branche, ce dernier restant applicable dans les autres domaines où l'accord d'entreprise serait défavorable pour les salariés. S'appliquera alors un statut collectif hybride, empruntant tantôt aux dispositions de l'accord d'entreprise lorsqu'il prévoit une équivalence des garanties par rapport aux dispositions de l'accord de branche, tantôt aux dispositions de l'accord de branche lorsque l'accord d'entreprise prévoit des dispositions moins favorables pour les salariés.

353. Dans l'hypothèse d'un concours entre accords d'entreprise et accord de branche, le juge devra alors opérer un contrôle du contenu des accords en question. La comparaison des stipulations de chaque accord entrant en concours lui permettra de déterminer quel accord aura vocation à s'appliquer. Le rôle du juge est donc modifié en ce que la comparaison des stipulations conventionnelles s'opère grâce à un critère d'articulation différent du principe du faveur. Certes, le législateur a tenté de réduire à peau de chagrin les concours entre accords collectifs par le mécanisme de la prévalence de l'accord d'entreprise, mais dans les thèmes où

⁶⁷⁹ C. trav. art. L. 2253-1, al. 15 : « *Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* ».

⁶⁸⁰ C. trav. art. L. 2253-2, al. 6 : « *L'équivalence des garanties mentionnée au premier alinéa du présent article s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* ».

l'accord de branche a potentiellement la priorité, un concours est envisageable et devra être résolu par le juge en suivant le critère de l'équivalence des garanties. Il convient en outre de constater que « *le champ d'application du critère de l'équivalence de garanties varie en fonction du contenu de l'accord de branche. En effet, si l'article L. 2253-1 du code du travail vise treize matières pour lesquelles l'accord d'entreprise doit nécessairement soutenir la comparaison avec l'accord de branche en cas de concours, l'article L. 2253-2 liste quatre matières où la règle d'équivalence ne joue qu'à la condition que l'accord de branche l'ait décidé. Dans ce dernier cas, il est donc possible pour l'accord de branche de déterminer si ces rapports avec les accords d'entreprise sont régis par la méthode du concours grâce à une clause de verrouillage. A défaut, les stipulations de l'accord d'entreprise prévalent purement et simplement sur celles de l'accord de branche. Ainsi, le champ d'application de la règle d'équivalence varie en fonction de la convention de branche dont relève la relation de travail, certaines conventions pouvant verrouiller une ou plusieurs des quatre matières de l'article L. 2253-2 là où d'autres n'en feraient pas autant* »⁶⁸¹. Il faut donc en conclure que le législateur donne la possibilité à l'accord de branche d'entrer en concours avec l'accord d'entreprise postérieur, en prévoyant une clause de verrouillage. Le concours peut exister, et dans ce cas il sera résolu par le critère d'articulation de l'équivalence des garanties. Mais on peut tout de même noter la volonté législative de restreindre le concours entre accords, car à défaut d'acte positif des négociateurs de branche, c'est-à-dire de conclusion d'une clause de verrouillage, c'est le mécanisme de la prévalence de l'accord d'entreprise qui jouera.

b) L'appréhension par les partenaires sociaux

354. En théorie, on sait comment le juge pourra procéder à la résolution du concours entre un accord de branche et un accord d'entreprise. En pratique, cela pourrait s'avérer plus complexe en raison de l'appréhension de la notion de garanties au moins équivalentes par les partenaires sociaux. Si certains accords d'entreprise mentionnent clairement qu'ils instaurent

⁶⁸¹ A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, op. cit., p. 120-121.

des garanties au moins équivalentes à l'accord de branche⁶⁸², peut-être faut-il y voir simplement une sorte de garde-fou censé témoigner d'un souci de respecter le cadre légal. Cela démontre que bien souvent, l'inscription dans l'accord d'une telle stipulation s'apparente à une précaution plus ou moins justifiée. Des déclinaisons, plus précises et mieux ajustées, figurent dans d'autres accords collectifs, dont il est permis de relever qu'ils ont la plupart du temps été négociés par des délégués syndicaux. Les signataires prennent alors le soin d'énoncer, non seulement que l'accord collectif d'entreprise « *s'inscrit dans le cadre de l'article L. 2253-1 du Code du travail* », dès lors que seul ce texte est concerné, mais encore d'ajouter, par exemple, que « *les parties admettent qu'il assure aux personnels bénéficiaires de cet accord des garanties au moins équivalentes, notamment en matière de classifications et de salaires minima hiérarchiques par le nombre total de points attribués, aux stipulations de la convention collective* »⁶⁸³. D'autres négociateurs ont pu, en matière de garanties complémentaires, préciser qu'ils entendaient mettre en place « *un régime assurant des garanties au moins équivalentes et couvrant les mêmes prestations que celles définies par l'accord de branche avec un niveau au moins égal* »⁶⁸⁴.

355. Certes, le juge pourrait être saisi d'une demande de vérification de l'équivalence des stipulations entre l'accord d'entreprise et de branche. Néanmoins, étant donné que ces accords seront conclus par les partenaires sociaux, il ne serait sans doute pas dans l'intérêt de

⁶⁸² « *Le présent accord est conclu en application des articles L. 2253-1 à 3 du Code du travail qui autorisent l'accord d'entreprise à déroger à l'accord de branche, sous réserve de contenir des garanties au moins équivalentes à celles de l'accord de branche* », Accord d'entreprise relatif au lissage de rémunération des conducteurs de transport en commun - CPS, 10 octobre 2018, « GEIQ Transports Occitanie », accord ratifié par les deux tiers du personnel dans une entreprise de moins de 11 salariés. Or, cette formule s'avère tellement ramassée qu'elle en devient fausse, d'où le fait qu'elle ait été complétée dans certains accords : v. par ex. Accord collectif d'entreprise, 17 septembre 2018, « Mutelis », qui identifie la convention de branche applicable et surtout ajoute l'incise « *en ce qui concerne les thèmes exposés dans l'article L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail* ».

⁶⁸³ Accord collectif d'entreprise relatif à la classification de certains personnels, 13 juillet 2018, « Association d'action sociale du Bas-Rhin ». Dans le même esprit, v. égal., entre autres, Accord collectif relatif à la classification des emplois, 22 octobre 2019, « Spirica », lequel énonce à la fin du préambule que le présent accord « *a pour but, non de remplacer, mais de compléter et préciser les classifications prévues par les Conventions collectives applicables, tout en offrant aux salariés des garanties au moins équivalentes aux stipulations conventionnelles existantes, conformément à l'article L. 2253-1 du Code du travail* » ; Accord d'entreprise portant sur l'application des stipulations conventionnelles relatives à la classification du personnel roulant affecté à une activité touristique, 9 avril 2019, « Cars Hangard », qui précise néanmoins que son objet « *n'est pas de déroger aux stipulations conventionnelles portant sur la classification des [salariés concernés], mais d'en adapter la transposition au sein de l'entreprise en tenant compte de l'historique auquel le personnel est attaché* ».

⁶⁸⁴ Avenant n° 2 à l'accord d'entreprise du 22 mars 1999 sur le régime complémentaire de frais de santé, 18 décembre 2017, Hennessy & C°. « *La référence se dote, en ce cas, d'une autre consistance* », F. Géa, « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes » », RDT 2021, p. 37.

ces derniers d'aller à l'encontre des intérêts des salariés⁶⁸⁵. Raison pour laquelle les litiges dans cette matière sont à ce jour inexistant, et relaie au second plan les interrogations qui se posaient initialement à propos de la marge de manœuvre dont disposerait le juge en cas de concours entre accords. Le principal problème ne se situe donc pas au niveau du contrôle du juge judiciaire, mais plutôt des usages souvent inutiles ou inappropriées de la mention de « *garanties au moins équivalentes* », les négociateurs devant se familiariser avec cette nouvelle articulation possible. Outre la simple précaution injustifiée, certains accords attestent d'une mécompréhension du nouvel ordonnancement entre les niveaux de négociation. C'est le cas lorsqu'un accord fait référence aux garanties au moins équivalentes dans différentes matières dont la plupart relèvent de la primauté de la négociation d'entreprise⁶⁸⁶. La mécompréhension est encore plus évidente lorsque, comme le souligne le professeur Frédéric Géa, des accords utilisent « *cette notion dans les relations avec la loi, avec les « lois et décrets », avec le Code du travail ou avec... le « droit commun ».* À côté de ces accords, d'autres textes conventionnels mettent en oeuvre cette référence dans leurs rapports à d'autres textes négociés, mais en se situant là aussi en marge de l'agencement institué par la loi entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche »⁶⁸⁷. Enfin, il existe même des cas où un accord d'entreprise affirme qu'il primera sur l'accord de branche s'il contient des garanties au moins équivalentes à ce dernier, tout en alléguant que l'entreprise en question n'est soumise à aucune convention collective... Dans une telle situation, il est alors évident que la notion de « *garanties au moins équivalentes* » n'a plus la moindre utilité et devient

⁶⁸⁵ Même si en réalité, les statistiques montrent que les accords d'entreprise instaurant des stipulations au moins équivalentes relèvent de la négociation substitutive : « *Ce qui retient l'attention, c'est que la majorité des conventions et accords concernés ont été conclus dans des entreprises dépourvues de délégué syndical. En effet, seuls 43,6 % de ces textes ont été signés par des organisations syndicales représentatives. Ce constat se double d'un second, tout aussi intéressant : le nombre de conventions et accords comportant une référence aux « garanties au moins équivalentes » adoptés après approbation à la majorité des deux tiers du personnel du projet d'accord soumis par l'employeur aux salariés (entreprises comportant moins de onze salariés ou, en l'absence de membres de la délégation du personnel du comité social et économique, de moins de vingt et un salariés) s'avère très proche du précédent, puisqu'il correspond à 42,1 % des textes. Si l'on y ajoute les 14,3 % d'accords conclus par un ou des élus titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique, a priori sans mandatement syndical, il apparaît que 62,7 % de ces conventions et accords ont été conclus selon ces modalités alternatives* », *ibid.*

⁶⁸⁶ V. par exemple, Accord d'entreprise, 27 mars 2018, UES « ALI Flandres Opales » : « *D'une manière générale, le présent accord est négocié dans le but d'assurer des garanties au moins équivalentes pour les salariés de l'UES, à la Convention collective des ESH* ».

⁶⁸⁷ F. Géa, « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes » », *op. cit.*, p. 37.

même « *sans objet* »⁶⁸⁸. Si la référence aux garanties au moins équivalentes a pour but de remplacer le principe de faveur, celui-ci reste applicable dans une poignée d'hypothèses.

B/ Le juge comme éternel garant d'un principe de faveur à l'obsolescence programmée

356. Avec la nouvelle articulation légale des accords collectifs faisant jouer le mécanisme de la prévalence, le mode de résolution des conflits classique qu'est le principe de faveur devient désuet et ce pour plusieurs raisons. La première, c'est que le législateur prévoit expressément désormais quel niveau d'accord prime dans quelle thématique, ce qui restreint le concours entre accords collectifs de niveaux différents et par conséquent raréfie le recours au critère de résolution des concours qu'est le principe de faveur. La seconde, et nous l'avons vu, c'est que le Code du travail ne parle plus de « dispositions plus favorables », mais de « *garanties au moins équivalentes* » : le critère de résolution du concours entre accords, lorsqu'il existe, est modifié par le législateur. A ce titre, l'article 16 de l'ordonnance n° 2017-1385 apporte des précisions quant à l'application dans le temps de ce critère de l'équivalence des garanties au détriment du principe de faveur : « *pour l'application du présent article [L. 2253-3] prévoyant la prévalence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche], les clauses des accords de branche, quelle que soit leur date de conclusion, cessent de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du 1er janvier 2018* ». L'ordonnance permet donc de déterminer à partir de quelle date le principe de faveur va être en partie remplacée par l'équivalence des garanties. Faut-il que les accords d'entreprise, pour primer sur les accords de branche, aient été conclus avant le 1er janvier 2018 ? Ou au contraire, l'accord d'entreprise peut-il primer quelle que soit sa date de conclusion ? La doctrine et la jurisprudence semblent en harmonie sur ce sujet, en considérant qu' « *à compter de cette date [le 1er janvier 2018], les conventions d'entreprise seront en quelque sorte libérées de l'emprise des conventions de branche, quelle que soit la date de conclusion des*

⁶⁸⁸ « [Les négociateurs ont] jugé opportun d'affirmer que « l'accord a été conclu en application des articles L. 2253-1 à 3 du Code du travail qui autorise l'entreprise à déroger à l'accord de branche, sous réserve de contenir des garanties au moins équivalentes à celles de l'accord de branche », tout en ajoutant immédiatement que « l'entreprise ne dépend d'aucune convention collective ». En l'absence de prévisions de la convention de branche, s'agissant des matières dans lesquelles celle-ci se voit conférer une primauté - ou peut, si elle le décide, en bénéficier - par rapport aux stipulations d'un accord d'entreprise, la référence aux « garanties au moins équivalentes » est, en réalité, sans objet », *ibid.*

unes et des autres »⁶⁸⁹. De surcroît, le recours au principe de faveur continuera de s'appliquer en présence de stipulations ayant le même objet au sein d'accords de même niveau mais de périmètre différent, comme un accord d'entreprise et d'établissement⁶⁹⁰, ou un accord de groupe et d'entreprise ou d'établissement⁶⁹¹. Le principe de faveur perdure aussi dans l'hypothèse d'un accord interentreprises contenant des stipulations ayant le même objet qu'un accord d'entreprise ou d'établissement⁶⁹². Enfin, il est toujours concerné par les rapports « *entre les accords de branche, interprofessionnels ou de groupe et les accords interentreprises qui ne sont pas considérés comme des accords d'entreprise aux termes de l'article L. 2232-11 du Code du travail* »⁶⁹³.

357. Si le recours au principe de faveur existe toujours, cela signifie que le rôle du juge en ce qui concerne l'articulation judiciaire des accords collectifs reste foisonnant, en jonglant entre le critère principal de l'équivalence des garanties, et le critère du principe de faveur, malmené mais toujours d'actualité. Le contrôle du juge sera alors d'une importance considérable s'agissant tout particulièrement des accords « donnant-donnant ». Mais pourquoi le principe de faveur est encore la méthode privilégiée de résolution du concours entre accords « donnant-donnant » ? Le principe de faveur ne peut fonctionner que si les accords entrant en concours mettent en oeuvre des avantages : ce qui est le plus avantageux pour les salariés est facilement détectable par le juge comme ce qui est le plus favorable. C'est pour cela que dans l'hypothèse d'accord prévoyant des contreparties avantageuses afin de pallier la perte de certains avantages, le principe de faveur trouve à s'appliquer. Même s'il y a renonciation de la part des salariés à certains avantages, des contreparties parfois plus avantageuses sont mises en place. Mais depuis que les accords collectifs sont devenus des

⁶⁸⁹ G. Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *op. cit.* V. aussi J.-F. Cesaro, « L'autonomie dans les branches professionnelles », *JCP S*, n° 39, octobre 2017, 1306 ; F. Bergeron, « Articulation des accords de branche et accords d'entreprise : entre continuité et rupture », *Dr. ouv.*, février 2018, n° 835, « *l'article 16 IV permet de faire revivre les stipulations des accords qui avaient été mis en sommeil du fait de la conclusion d'accords de branche* ». Pour des exemples jurisprudentiels, v. not. CA Amiens, 14 janvier 2021, n° RG 19/07443, et CA Lyon, 10 mars 2021, n° RG 18/08899.

⁶⁹⁰ Sauf si l'accord d'entreprise prévoit expressément que ses stipulations se substituent à celles de l'accord d'établissement, c. trav. art. L. 2253-6.

⁶⁹¹ Sauf si l'accord de groupe prévoit expressément que ses stipulations se substituent à celles de l'accord d'entreprise ou d'établissement, c. trav. art. L. 2253-5.

⁶⁹² Sauf si l'accord interentreprises prévoit expressément que ses stipulations se substituent à celles de l'accord d'entreprise ou d'établissement, c. trav. art. L. 2253-7.

⁶⁹³ L. Clavreul et B. Taillardat-Piétri, « Le principe de faveur et la nouvelle hiérarchie des normes », *SSL* 27 septembre 2021, n° 1968, p. 6 et s.

outils d'organisation⁶⁹⁴, et non plus exclusivement des outils d'amélioration de la condition salariale, le principe de faveur devient bien souvent inadéquat pour résoudre un conflit entre accords. C'est donc l'émergence de la négociation organisationnelle qui a programmé l'obsolescence du principe de faveur, même si celui-ci perdure pour résoudre les concours entre accords prévoyant des avantages.

358. Le juge a déjà eu l'occasion de se prononcer à de nombreuses reprises sur le contrôle qu'il devait opérer sur les contreparties offertes aux concessions faites par les représentants des salariés. Il s'agit ici de la problématique de la méthode utilisée par le juge judiciaire pour comparer des accords et déterminer par conséquent quel est le plus avantageux pour les salariés. Quelle méthode le juge privilégie-t-il ? La méthode analytique, en comparant avantage par avantage ? La méthode dite semi-analytique, consistant « *pour déterminer la disposition la plus favorable aux salariés, à comparer les avantages ayant le même objet ou la même cause* »⁶⁹⁵ ? Ou la méthode dite globale, visant à comparer ensemble davantage par ensemble davantage, sans que lesdits avantages aient nécessairement le même objet ? La méthode semi-analytique, permettant d'appliquer un statut conventionnel hybride aux salariés qui pourront se prévaloir des dispositions des accords collectifs en concours dans la mesure où celles-ci leur sont plus favorables, était celle privilégiée par les magistrats⁶⁹⁶. Un arrêt de la chambre sociale du 19 février 1997 est venu mettre à mal la suprématie de la méthode de comparaison semi-analytique⁶⁹⁷ : à partir du moment où une disposition conventionnelle prévoit des garanties relatives au maintien de l'emploi, le juge judiciaire use de la méthode globale. Il s'agissait en l'espèce de réduire la prime prévue dans un accord d'entreprise en contrepartie d'une disposition conventionnelle insérée dans un accord de révision prévoyant des mesures pour éviter les licenciements économiques. Une solution confirmée par la suite⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle*, *op. cit.*

⁶⁹⁵ F. Bergeron, « Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise : mode de comparaison des avantages », obs. sous Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.708, BJT mars 2020, p. 25.

⁶⁹⁶ Cass. soc. 18 janvier 2000, n° 96-44.578, D. 2000, p. 43 ; Cass. soc. 20 mai 2009, n° 08-41.471 ; Cass. soc. 18 mai 2011, n° 10-15.749 ; Cass. soc. 28 mars 2012, n° 11-12.043, D. 2012, 1013.

⁶⁹⁷ Cass. soc. 19 février 1997, n° 94-45.286, Bull. civ. V, n° 70 ; Dr. soc. 1997, p. 432, obs. G. Couturier.

⁶⁹⁸ Cass. soc. 3 novembre 1999, n° 98-44.271, Bull. civ. V, n° 429 ; D. 2000, p. 368, obs. T. Aubert-Monpeyssen ; Dr. soc. 1999, p. 1101, obs. P. Waquet.

359. Plus récemment, dans une affaire en date du 8 janvier 2020, les juges de la chambre sociale ont eu à se prononcer une nouvelle fois sur la méthode de comparaison à utiliser en cas de concours entre accords, mais cette fois entre accords collectifs de niveaux différents, et non pas entre accords de même niveau se succédant. En l'espèce, une société de construction automobile, appartenant au groupe industriel Renault, après avoir conclu plusieurs accords d'entreprise⁶⁹⁹, avait signé avec les organisations syndicales représentatives en mars 2013, tant en son nom propre qu'au nom de ses filiales industrielles, un accord intitulé « Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de (...) en France », dit « accord de compétitivité ». Dans cet accord né d'une négociation « donnant-donnant », la société, ayant pour objectif la préservation de l'outil industriel pour accompagner un retour de la croissance, prenait plusieurs engagements concernant le niveau d'activité global de production en France et le maintien d'un certain niveau d'emploi. En contrepartie, elle demandait la renonciation des salariés à certains avantages, dont notamment *« le retour à une durée de travail hebdomadaire de 35 heures sans augmentation de salaire, la perte de la possibilité d'utiliser les jours de congé de formation capitalisés pour bénéficier d'un congé de fin de carrière et la perte du choix d'utiliser librement les heures supplémentaires capitalisées au lieu de les faire rémunérer »*. Ladite société est alors assignée en justice par deux syndicats non signataires pour voir ordonner le rétablissement des dispositions des accords d'entreprise conclus précédemment et de leurs avenants, et subsidiairement de voir dire l'accord de groupe du 13 mars 2013 inopposable aux syndicats et personnel de celle-ci. Les magistrats du Quai de l'Horloge vont donner raison aux juges du fond, en faisant une comparaison des dispositions de l'accord de groupe et de l'accord d'entreprise par ensemble d'avantages ayant le même objet ou la même cause, pour faire appliquer l'accord le plus avantageux dans son entièreté. Dès lors, *« la renonciation des salariés à certains avantages (...) avait eu une contrepartie réelle et effective de la part de Renault par ses engagements en ce qui concerne le niveau d'activité global de production en France et le maintien d'un certain niveau d'emploi, engagements qui avaient été respectés, et ainsi caractérisé que les dispositions de l'accord de groupe étaient globalement plus favorables à l'ensemble des*

⁶⁹⁹ Accord du 9 mai 1994, accord « compétitivité, emploi et aménagement réduction du temps de travail » du 30 juin 1999, complété par des avenants des 9 mars et 19 décembre 2001.

salariés du groupe que celles de l'accord d'entreprise du 9 mai 1994 et de l'accord d'entreprise du 30 juin 1999 modifié par avenants des 9 mars 2001 et 19 décembre 2001 »⁷⁰⁰.

360. Le juge procède ici à une comparaison globale, en décidant de faire appliquer l'accord de groupe dans son entièreté, au motif qu'il serait « *globalement plus favorable* » en raison des garanties de maintien de l'emploi. Pourtant, il s'appuie également le recours à la méthode semi-analytique, en énonçant que la comparaison s'est faite par « *ensemble d'avantages ayant le même objet ou la même cause* », ce qui brouille quelque peu la compréhension de cet arrêt. Il est néanmoins intéressant de constater à ce stade que le contrôle du juge judiciaire s'est opéré à deux niveaux différents. Tout d'abord, il a dû contrôler les stipulations de l'accord de groupe « donnant-donnant » pour voir si les contreparties étaient « *réelles et effectives* », donc pour savoir si l'accord de groupe était valide, ce qui n'aurait pas été le cas si les contreparties n'avaient pas été suffisantes. Une fois la validité de l'accord de groupe implicitement contrôlée par le juge, il fallait bel et bien se demander quel accord primerait sur l'autre, et ce grâce au principe de faveur. En l'espèce, à partir du moment où l'accord de groupe « donnant-donnant » était valide en ce sens qu'il présentait des contreparties pour la collectivité des salariés, il était alors obligatoire pour le juge de considérer qu'il allait primer sur les accords d'entreprise. Une solution attendue étant donné que la renonciation évoquée dans l'accord « donnant-donnant » concerne des avantages prévus par les stipulations conventionnelles de ces derniers. La chambre sociale a donc logiquement décidé, en comparant globalement les avantages offerts par l'accord de groupe (malgré la mention surprenante en l'espèce de la méthode semi-analytique), et ceux offerts par les différents accords d'entreprise et leurs avenants, que l'accord de groupe du 13 mars 2013 présentait donc un caractère globalement plus favorable que ces derniers.

361. La méthode d'appréciation globale des avantages doit être couplée à une comparaison objective : peu importe que la renonciation et la perte d'avantages ne soient pas plus favorables pour certains salariés du groupe pris individuellement, dès lors que l'emploi apprécié au niveau du groupe est assuré par l'employeur⁷⁰¹. De par cette technique, il en

⁷⁰⁰ Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.708, RDT 2020, p. 191, obs. I. Meftah ; JCP E 2020, n° 40, p. 50, obs. J.-F. Cesaro ; BJT 2020, n° 3 p. 25, obs. F. Bergeron ; A. Bégué, « Concours entre accords collectifs de groupe et d'entreprise : la règle de faveur neutralisée », Dr. ouv. 2020, p. 501.

⁷⁰¹ Le juge judiciaire a recherché si l'interdépendance et l'indivisibilité des clauses de renonciation aux avantages au bénéfice des salariés de l'entreprise MCA et les engagements de maintien de l'emploi ainsi que d'un niveau de production en France ont bien été respectés.

résulte néanmoins que le juge garde un certain pouvoir de contrôle, et ce à deux niveaux, afin de vérifier la validité de l'accord « donnant-donnant », mais également de savoir si cet accord, même s'il oblige à renoncer à certains avantages individuels jusque-là acquis pour les salariés du fait d'autres accords collectifs, peut recevoir application en vertu du principe de faveur⁷⁰². Le juge judiciaire a donc un rôle de contrôleur toujours aussi essentiel à propos du conflit entre accords collectifs afin de savoir quelles stipulations sont « globalement plus favorables ». Le principe de faveur continue de s'appliquer pour résoudre les concours entre un accord collectif et un contrat de travail.

Section 2 :

Le juge et les rapports entre accord collectif et contrat de travail

362. Si le terme de concours est adapté aux rapports entre conventions et accords collectifs, il l'est tout autant à propos des rapports existant entre accords collectifs et contrat de travail. En effet, il s'agira de déterminer qui de l'accord collectif ou du contrat individuel sera applicable lorsque ces deux normes entrent en concurrence. Par ailleurs, l'étude des rapports entre les conventions ou accords collectifs et les contrats de travail diffère selon la qualification de l'accord collectif en jeu. La relation entre ces deux normes, et *de facto* le rôle du juge judiciaire en ce qui concerne leur articulation, ne seront pas les mêmes selon que l'on se trouve en présence d'un accord collectif de droit commun (Paragraphe 1), entendu ici comme un accord qui diffère de l'accord de performance collective (Paragraphe 2).

⁷⁰² « *Le juge doit ensuite veiller à ce que l'accord respecte bien un équilibre représentatif de l'intérêt collectif, et que les tractations que chacun mène en pensant à certains intérêts particuliers n'aboutissent pas au final à dénaturer le caractère collectif de l'accord et sa raison d'être. La réflexion autour du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel est l'occasion pour la chambre sociale, dans cette matière électorale si nécessaire à la démocratie en entreprise et si fragile, d'être attentive à ce principe. C'est dans cet esprit que la Cour de cassation a pu, respectueuse des choix des partenaires sociaux, interpréter dans un arrêt du 8 janvier 2020 la notion de dispositions « globalement » plus favorables dans la comparaison entre un accord de groupe et un accord d'entreprise, en vérifiant quel équilibre avait été recherché et quelles contreparties avaient été consenties, ou encore admettre, au regard des garanties mises en place et du but recherché, la prise en compte rendue possible par un accord collectif du parcours syndical », L. Pécaut-Rivolier, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », Dr. soc. 2020, p. 507 ; v. égal. Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 18-13.529, D. 2019, p. 1940 ; *ibid.* p. 2153, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2019, p. 797, obs. L. Jubert.*

Paragraphe 1 : Le rôle du juge sur l'articulation de l'accord collectif de droit commun et du contrat de travail

363. Les rapports entre convention ou accord collectif et contrat individuel de travail nécessitent eux aussi l'intervention du juge judiciaire. Mais si la Cour de cassation a pu, au fil de ses solutions jurisprudentielles, balisé le régime de l'articulation entre norme conventionnelle et norme contractuelle, c'est en raison de la règle édictée par le législateur. En effet, l'article L. 2254-1 du Code du travail énonce que « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Cette disposition légale permet de régler les problèmes d'articulation entre accord collectif et contrat de travail : la convention collective s'applique automatiquement au contrat de travail, et ce n'est qu'en cas de conflit que la norme la plus favorable aux salariés s'applique. Le contrat de travail s'applique donc s'il est plus favorable que les dispositions de la convention collective. La résolution du concours entre l'accord collectif et le contrat de travail se fait alors par l'application du principe de faveur, qui reste la technique privilégiée d'articulation entre ces deux normes. De surcroît, la conséquence directe de la formulation de l'article L. 2254-1 réside dans le fait qu'un accord collectif ou une convention collective ne peut modifier un contrat de travail : il faut, en principe, toujours l'accord express du salarié⁷⁰³. Cette conséquence a été explicitement consacrée par le juge judiciaire dans plusieurs arrêts⁷⁰⁴.

364. De ce principe, il est possible de déceler une certaine résistance de la sphère contractuelle, dans un contexte de promotion exacerbée de la norme conventionnelle⁷⁰⁵. Le juge judiciaire se fait donc le garant de la protection du contrat de travail, sans que l'accord collectif ne puisse venir porter une atteinte au socle contractuel. Pour aller plus loin, on constate même que les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont construit un élan jurisprudentiel consistant à harmoniser les rapports entre convention collective et contrat de travail. Si le juge judiciaire est mobilisé s'agissant de la résolution des concours

⁷⁰³ G. Loiseau, « La résistance du contractuel au conventionnel », RDC 2018, p. 103 : « *Le sens (de l'article L. 2254-1) est plus précisément celui-là : un accord collectif ne peut modifier le contrat individuel de travail ; il s'applique au salarié dans la limite des stipulations plus favorables au contrat* ».

⁷⁰⁴ Cass. soc. 10 février 2016, n° 14-26.147 ; Cass. soc. 14 septembre 2016, n° 15-21.794 ; Cass. soc. 15 septembre 2021, n° 19-15.732.

⁷⁰⁵ G. Loiseau, « La résistance du contractuel au conventionnel », *op.cit.*, p. 103.

entre ces deux normes, il cherche aussi à l'éviter, en faisant de l'accord collectif le protecteur de la norme contractuelle : ces normes se nourrissent l'une de l'autre, et ne rentrent pas nécessairement en concurrence. C'est le cas, pour ne citer qu'un exemple, de la solution relative aux conventions collectives interdisant tout licenciement pendant la période d'arrêt maladie : « *Alors que la jurisprudence admet que l'absence pour maladie, en se répétant ou se prolongeant, peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, du fait de la désorganisation en résultant et de la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié, si la rupture intervient alors même que ces conditions sont remplies pendant la durée de protection d'emploi conventionnelle, le licenciement est alors dépourvu de cause réelle et sérieuse*⁷⁰⁶ »⁷⁰⁷.

365. Cette harmonie - pour reprendre le terme du professeur Florence Bergeron et de Michel Morand⁷⁰⁸ - entre le contrat et l'accord collectif ne doit pas faire oublier l'existence de rapports plus conflictuels, surtout dans un contexte de conventionnalisation. L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail peut tout d'abord s'avérer moins protecteur (A). On peut même constater, dans la législation en vigueur et dans les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, une volonté de conditionner le contrat de travail (ou à tout le moins une partie de ses clauses) à l'accord collectif (B).

A/ L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail

366. Par principe, la norme conventionnelle ne saurait s'incorporer au contrat du travail du salarié, ce qui signifie que la révision de l'accord collectif n'a pas d'incidence sur le contrat de travail. A ce titre, on pouvait constater une première exception à l'époque où existaient encore ce qu'on appelait « les avantages individuels acquis ». Lors d'une mise en cause ou d'une dénonciation d'un accord collectif, le salarié, depuis la loi du 13 novembre 1982⁷⁰⁹, conservait les avantages qu'il tirait dudit accord. Les avantages s'incorporaient alors au contrat de travail, et le juge judiciaire avait décidé que pour les supprimer, l'employeur devait

⁷⁰⁶ Cass. soc. 18 décembre 2019, n° 18-18.864.

⁷⁰⁷ F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *Mélanges offerts à P.-Y. Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 63.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, préc.

recueillir l'avis du salarié⁷¹⁰. Il s'agissait ici d'un exemple d'incorporation automatique, décidée par le législateur et encadrée par les magistrats de la Haute juridiction. Mais depuis la loi du 8 août 2016⁷¹¹, le législateur a décidé de supprimer ces avantages individuels acquis au profit de la notion de « rémunération annuelle garantie ». Il s'agit ici de se demander si « comme son « prédecesseur », la rémunération annuelle garantie d'origine conventionnelle prend une allure contractuelle indestructible ? La première version des articles L. 2261-13 (dénonciation) ou L. 2261-14 (mise en cause) du Code du travail aurait pu laisser planer le doute. La rédaction issue du texte de mars 2018 paraît lever toute ambiguïté, faisant des éléments de rémunération issus de l'accord collectif (et d'eux seulement) une simple référence quantitative et non qualitative à maintenir. Autrement dit, s'il existe un 13e mois conventionnel dans l'accord collectif dénoncé, ce qui est à maintenir c'est le montant de ce mois supplémentaire mais qui peut être attribué par 1/12e chaque mois. La structure de la rémunération, à la différence de l'avantage acquis à titre individuel, peut se fondre dans la rémunération annuelle à maintenir »⁷¹². En ce qui concerne l'impact sur le contrat de travail, ce changement est essentiel. Il n'y a plus d'incorporation automatique de l'avantage que constitue la rémunération annuelle garantie, qui devra, pour disparaître, obtenir l'aval du salarié : « il ressort que cette garantie de rémunération peut être assurée par le versement d'une indemnité différentielle qui pourrait s'effacer au fur et à mesure des augmentations individuelles de salaire »⁷¹³.

367. Si le législateur a cherché, dans ce premier exemple, à supprimer l'incorporation de stipulations conventionnelles au sein du contrat de travail, force est de constater que si les parties le décident, l'incorporation devient inévitable. Il s'agit là de la problématique de la contractualisation des dispositions conventionnelles qui offre au juge de nouvelles prérogatives concernant l'articulation des accords collectifs et du contrat de travail. L'articulation ne se fait pas ici par le biais du principe de faveur. Il convient plutôt de se demander si les stipulations d'un accord collectif peuvent être intégrées au contrat de travail, si ce dernier ne mentionne pas explicitement que ces stipulations sont contractuelles. Ainsi,

⁷¹⁰ Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-45651.

⁷¹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, préc.

⁷¹² F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op.cit.*, p. 63.

⁷¹³ *Ibid.*

un salarié peut-il se prévaloir d'un accord collectif en vigueur au jour de la conclusion de son contrat de travail, alors que l'accord collectif a par la suite été modifié, révisé, dénoncé ou mis en cause ? Les dispositions de l'accord collectif originel, alors que le contrat de travail y fait référence, ont-elles acquis une nature contractuelle ?

368. La Cour de cassation a depuis longtemps répondu à ces interrogations, que les avantages octroyés au salarié soient prévus par le règlement intérieur de l'entreprise, par une décision unilatérale de l'employeur ou par un accord collectif⁷¹⁴. Les juges refusent donc, par principe, et ce fort logiquement au vu des différences de nature existant entre un contrat de travail et une décision unilatérale ou un accord, de contractualiser les dispositions prévues par l'une ou l'autre de ces normes. Cette solution est depuis sans cesse réaffirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans des situations aussi diverses que la mention du lieu de travail dans le contrat⁷¹⁵ ou que les modalités de calcul de la prime d'intéressement⁷¹⁶.

369. Néanmoins, il est loisible de se demander, dans l'hypothèse où les parties au contrat auraient bel et bien contractualisé les dispositions d'un accord collectif en faisant émerger leur véritable volonté dans ce sens, si ces dispositions pourraient se retrouver dans le contrat de travail et faire échec aux accord collectifs ultérieurs ? La Cour de cassation a déjà répondu

⁷¹⁴ « *Attendu, cependant, d'abord, que la circonstance que le contrat de travail se réfère à des dispositions du règlement intérieur prévoyant certains avantages pécuniaires, quand bien même s'agirait-il de dispositions qui ne rentrent pas dans la catégorie des informations devant y figurer, n'a pas pour effet de contractualiser ces avantages, lesquels constituent un engagement unilatéral de l'employeur* », Cass. soc. 10 mars 2004, n° 03-40.505, D. 2004, p. 2188, obs. N. Daimez ; Dr. soc. 2004, p. 834, note M. Véricel ; Dr. ouv. 2004, p. 547, note I. Meyrat ; JSL 2004, n° 143, p. 12, note J.-E. Tourreil ; « *Qu'en statuant ainsi, alors que la mention dans un contrat de travail du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise n'a qu'une valeur informative et ne constitue pas un élément du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés* », Cass. soc. 4 juillet 2007, n° 05-45.688, JCP S 2007, 1759, note L. Draï ; SSL 2008, n° 1343, note S. Millet ; « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le régime de prévoyance résultait d'un engagement unilatéral de l'employeur et que ni la décision des salariés de s'affilier à ce régime ni la référence à l'existence de ce régime et à certaines de ses règles faite dans les contrats de travail des salariés engagés postérieurement à sin instauration ne conférait un caractère contractuel à l'avantage litigieux, de sorte que sa dénonciation par l'employeur n'était pas licite, la cour d'appel a violé les textes et visas susvisés* », Cass. soc. 25 septembre 2007, n° 05-62.363, JCP S 2007, 1887, note M. Del Sol.

⁷¹⁵ « *La mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins que ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son contrat dans ce lieu* », Cass. soc. 3 juin 2003, n° 01-43.573, Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. Savatier.

⁷¹⁶ Cass. soc. 6 mars 2019, n° 18-10.615, v. P.-H. Antonmattei, A. Donnette, C. Mariano, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *op. cit.*, p. 1060 : « *L'employeur, en appliquant le nouvel accord, n'a pas unilatéralement modifié le contrat de travail du salarié. Il s'est tout simplement conformé aux caractères des accords collectifs, actes normatifs d'application immédiate et impérative : les dispositions conventionnelles s'appliquent et s'imposent à tout employeur et à tout salarié se situant dans son champ d'application sans que le relais contractuel ne soit nécessaire, et leur modification n'emporte pas modification des contrats de travail. Dans le même temps, le caractère collectif de la norme conventionnelle, en l'occurrence relative à l'intéressement, est respecté. D'ailleurs, par nature, l'intéressement lui-même revêt un caractère collectif et aléatoire* ».

à cette interrogation dans un arrêt de la chambre sociale du 5 octobre 2017⁷¹⁷, affirmant « *qu'appréciant, hors toute dénaturation, la valeur et la portée des éléments de preuve, la cour d'appel, sans se fonder sur la seule référence dans les contrats de travail aux dispositions de l'accord du 26 avril 1978, a estimé qu'était établie la volonté claire et non équivoque de l'employeur de conférer au mode de rémunération prévu par cet accord une valeur contractuelle* ». Dès lors, le principe est bien la non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat de travail, et ce même si ce contrat fait référence aux dispositions de l'accord collectif. Il est néanmoins possible, selon l'office du juge, d'accepter cette contractualisation si les parties ont donné leur intention commune claire et non équivoque de leur conférer une nature contractuelle, et donc de faire échec aux dispositions d'un accord collectif ultérieur moins favorable. Le rôle du juge judiciaire est ici une fois de plus central : c'est à lui que revient le pouvoir d'apprécier cette volonté commune d'insuffler une valeur contractuelle, à des stipulations empruntées à une norme conventionnelle, et donc à l'origine et par principe non incorporées au contrat individuel de travail. Il faut tout de même relever que le juge assure une étanchéité certaine entre les différentes sources du droit du travail. A la lecture des différents arrêts précités, le principe est la simple valeur informative de la référence dans le contrat de travail aux dispositions conventionnelles, qui pour devenir normatives, vont devoir résulter d'un écrit clair dans le contrat de travail mentionnant leur valeur désormais normative. Cette solution devrait également pouvoir s'appliquer par analogie aux domaines où la loi prévoit que seul un accord collectif peut mettre en place une règle, comme à propos de l'accord collectif d'intéressement. En lisant entre les lignes de l'arrêt précité du 6 mars 2019⁷¹⁸, le juge ouvre aussi la porte à une contractualisation du mode de calcul de la prime d'intéressement. Comme pour les accords collectifs touchant à un autre sujet, il applique le principe selon lequel à défaut de mention claire et non équivoque, il n'y a pas de contractualisation du calcul de la prime d'intéressement ; en revanche, une contractualisation est possible si elle est explicitement énoncée dans une clause du contrat. La problématique résulte ici du fait qu'en ce qui concerne l'intéressement - ou la participation -, seul un accord collectif peut le mettre en place et prévoir les modalités de calcul de la prime qui en découle. Si le juge judiciaire ne ferme pas explicitement la porte à une

⁷¹⁷ Cass. soc. 5 octobre 2017, n° 16-13.581, D. 2017, p. 2034 ; *ibid.* 2018, p. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2017, p. 1079, obs. J. Mouly.

⁷¹⁸ Cass. soc. 6 mars 2019, n° 18-10.615, préc.

contractualisation⁷¹⁹, force est de constater qu'il se base tout de même sur les articles L. 3312-2⁷²⁰ et L. 3312-3⁷²¹ du Code du travail, qui mettent en avant le caractère collectif de l'intéressement et plus encore la possibilité offerte seulement à l'accord collectif de mettre en place un tel régime. Dès lors, le juge ne fermerait-il pas implicitement cette porte de la contractualisation des dispositions conventionnelles propre à un accord d'intéressement ? Le juge aura encore un rôle primordial à jouer à l'avenir afin de clarifier le régime juridique de l'accord d'intéressement et de son articulation avec le contrat de travail, démontrant une nouvelle fois la force de son contrôle sur le contenu des accords, et plus précisément sur l'articulation de ce contenu avec la norme contractuelle.

370. Ce rôle primordial du juge reste tout de même quelque peu confus en ce qui concerne l'articulation possible de la norme contractuelle avec la norme conventionnelle. Outre la contractualisation d'un accord d'intéressement ou de participation, le problème s'est aussi posé à propos de l'application volontaire d'une convention ou d'un accord collectif. De prime abord, il nous faut rappeler que l'application volontaire d'un accord collectif se distingue du mécanisme de l'adhésion⁷²², en ce que l'employeur peut décider volontairement d'appliquer une convention ou un accord à son entreprise, alors que ce dernier ne s'y applique normalement pas. Il existe différentes possibilités de mise en oeuvre de cette application volontaire, à savoir tout d'abord par le biais de l'engagement unilatéral ou de l'usage. Cela permettra d'ailleurs à l'employeur, à la faveur d'une grande souplesse, de n'appliquer volontairement qu'une partie seulement de l'accord ou de la convention, ou alors que ces

⁷¹⁹ Ce qui est regrettable et qui aurait évité toute confusion.

⁷²⁰ C. trav. art. L. 3312-2 : « *Toute entreprise qui satisfait aux obligations incobtant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intérressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intérressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret.* »

⁷²¹ C. trav. art. L. 3312-3 : « *Dans les entreprises employant au moins un salarié et moins de deux cent cinquante salariés, peuvent bénéficier des dispositions du présent titre :*

1° Les chefs de ces entreprises ;

2° Les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire s'il s'agit de personnes morales ;

3° Le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité du chef d'entreprise s'il a le statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé mentionné à l'article L. 121-4 du code de commerce ou à l'article L. 321-5 du code rural et de la pêche maritime.

Toutefois, un accord d'intérressement ne peut être conclu dans une entreprise dont l'effectif est limité à un salarié si celui-ci a également la qualité de président, directeur général, gérant ou membre du directoire.

Par dérogation à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 3311-1 du présent code, le II de l'article L. 130-1 du code la sécurité sociale ne s'applique pas au franchissement du seuil d'un salarié ».

⁷²² Mécanisme par lequel l'employeur souhaite appliquer ledit accord à son entreprise, accord qui existait déjà et auquel l'entreprise en question n'avait pris part à la négociation, mais également lorsque l'entreprise ne rentre pas le champ d'application professionnel ou territorial de l'accord.

derniers ne s'appliqueront qu'à une partie seulement des salariés de l'entreprise. En contrepartie, la jurisprudence a estimé que l'entreprise, à moins de le prévoir expressément, ne sera pas tenue par des avenants conclus postérieurement ou encore par un futur accord de substitution⁷²³, ni par des accords de même périmètre professionnel⁷²⁴. L'autre façon d'appliquer volontairement un accord collectif est de l'inscrire dans une clause du contrat de travail (ce qui signifie corrélativement, qu'il faudra l'accord des deux parties au contrat pour ne plus l'appliquer). Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 4 mars 2020⁷²⁵ met en exergue les difficultés quant à la contractualisation de l'application volontaire d'une convention ou d'un accord collectif. Les salariés avaient saisi le conseil de prud'hommes pour voir rémunérer leur temps de pause quotidienne, comme le prévoit les dispositions de la convention collective des industries métallurgiques de la région parisienne. Ils obtiennent gain de cause en appel, et la Cour de cassation leur donne également raison en rejetant le pourvoi de l'employeur. En effet, les hauts magistrats décident que comme l'application de cette convention collective était inscrite au contrat de travail, elle était contractualisée. Peu importe alors qu'en plus de cette « contractualisation », l'application volontaire soit également issue d'un engagement unilatéral, qui aurait qui plus est été dénoncé, donc qui voudrait que l'application volontaire de ladite convention collective ne soit plus d'actualité. Deux interrogations naissent alors. Premièrement, cette solution admet explicitement que le fait d'inscrire au contrat de travail l'application volontaire d'une convention collective vaut contractualisation - et non pas simple valeur informative, comme on aurait pu le penser. Deuxièmement - et cela est sans doute davantage problématique - cette contractualisation est retenue par les juges même lorsque l'employeur a fait une application volontaire « collective » de la convention ou de l'accord collectif, par le biais de l'engagement unilatéral ou de l'usage⁷²⁶.

371. En outre, en se basant sur les écrits de certains auteurs, il est très largement admis que le fait de mentionner au contrat de travail l'application d'une convention collective n'a pas

⁷²³ Cass. soc. 21 octobre 1998, n° 97-44.337.

⁷²⁴ Cass. soc. 4 mars 2020, n° 18-11.585.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ A différencier d'une application plus « individuelle » comme cela est le cas en l'inscrivant dans un contrat de travail.

pour but de la contractualiser⁷²⁷, ce que la jurisprudence rappelle sans cesse, au détour d'arrêts précédemment exposés⁷²⁸. Pourquoi cette contractualisation serait-elle retenue s'agissant de l'application volontaire d'une convention ou d'un accord collectif ? Sur ce point, le juge manque de logique et d'une certaine cohérence juridique. En effet, la mention de l'application de la convention collective au contrat de travail devrait avoir une valeur simplement informative, à tout le moins lorsque l'employeur applique volontairement une convention ou un accord collectif par le biais d'une source collective (engagement unilatéral ou usage). Dans ce cas de figure, la solution qui s'offre à l'employeur sera alors d'énoncer clairement la portée de cette mention au contrat individuel, dans le cas où il aurait bien pris l'engagement unilatéral d'appliquer la convention ou l'accord collectif⁷²⁹.

B/ Le conditionnement du contrat de travail à l'accord collectif

372. La supplétivité du contrat de travail par rapport à la négociation collective témoigne d'une volonté légale de conditionner le contrat de travail à la tenue de négociation loyale et sérieuse. Pourtant, ce conditionnement n'est que théorique (1), contrairement au conditionnement réel du contrat existant dans plusieurs dispositions du Code du travail (2).

1. Le conditionnement théorique

373. L'articulation de l'accord collectif avec la décision unilatérale de l'employeur n'est pas le seul rapport de subsidiarité qui se pose au juge⁷³⁰. La loi a également reconnu, dans une série d'hypothèses limitées, la subsidiarité du contrat de travail par rapport au champ de la négociation collective⁷³¹. Pour autant, il ne saurait y avoir de contradiction dans notre démonstration : cette supplétivité du contrat de travail sur l'accord collectif n'est que théorique, puisqu'en réalité le recours au contrat de travail se fait à défaut d'accord collectif,

⁷²⁷ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33ème éd., 2019, n° 679 ; E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, coll. HyperCours ; P.-H. Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 330, spéc. n° 17.

⁷²⁸ *supra*. n° 358 et s.

⁷²⁹ C. Mariano, « Application volontaire d'une convention collective : portée de la mention inscrite au contrat de travail », note sous Cass. soc. 4 mars 2020, BJT Extenso 2020, n° 6 pp. 29-31.

⁷³⁰ *supra*. n° 117 et s.

⁷³¹ *supra*. n° 126.

et non pas lorsqu'une négociation loyale et sérieuse a eu lieu et a échoué. C'est en pratique une alternative qui existe entre la négociation collective et le contrat de travail, illustrant que contrairement au rapport subsidiaire entre la négociation collective et la décision patronale, la tenue d'une négociation loyale et sérieuse n'est pas une condition de validité du contrat de travail. Par conséquent, le conditionnement du contrat individuel ne peut être que théorique, et parler de rapport hiérarchique entre l'accord collectif et le contrat de travail n'est possible que par interprétation de la volonté législative. Le législateur valorise lui aussi la conventionnalisation du droit du travail, nous l'avons vu, notamment par son choix rédactionnel permettant au juge judiciaire de dégager un préalable de négociation obligatoire. La même rédaction est utilisée pour démontrer la supplétivité (réelle) de la décision unilatérale de l'employeur, ou celle (théorique) du contrat de travail. Dès lors, comment ne pas également penser que le législateur a voulu instaurer un rapport subsidiaire, et donc hiérarchique, entre la négociation collective et le contrat individuel, au même titre que le rapport existant entre négociation collective et décision patronale ? Si aujourd'hui, le juge judiciaire a interprété la pensée législative de façon à ne dégager qu'une subsidiarité réelle entre la négociation collective et la décision unilatérale de l'employeur, le fait d'utiliser les mêmes termes dans les rapports entre négociation collective et contrat de travail interroge. Sur la forme, d'un point de vue rédactionnel et structurel, il y a bien un rapport hiérarchique entre la norme conventionnelle et la norme contractuelle. Heureusement, le juge judiciaire a interprété cette identité de rédaction maladroite pour ne pas consacrer, en pratique, ce rapport hiérarchique. La solution à cette problématique est sans doute simple : ne pas avoir recours au contrat de travail à défaut d'accord collectif, comme la loi le fait, dans des domaines tels que la contrepartie au temps d'habillage ou de déshabillage sur le lieu de travail, ou sur la rémunération du temps de pause et de restauration⁷³².

374. Par ailleurs, le pouvoir du juge à défaut d'application des dispositions supplétives n'est pas négligeable. Que ce soit pour le temps de déplacement professionnel dépassant le temps de trajet habituel, ou pour le temps d'habillage et de déshabillage sur le lieu de travail - donc que les dispositions supplétives énoncent une décision unilatérale après consultation du CSE

⁷³² V. c. trav. art. L. 3121-8 : « A défaut d'accords prévus aux articles L. 3121-6 et L. 3121-7 :

1° Le contrat de travail peut fixer la rémunération des temps de restauration et de pause ;

2° Le contrat de travail prévoit soit d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage mentionnés à l'article L. 3121-3, soit d'assimiler ces temps à du temps de travail effectif ;

3° Les contreparties prévues au second alinéa de l'article L. 3121-7 sont déterminées par l'employeur après consultation du comité social et économique ».

ou fassent jouer le contrat de travail -, c'est à celui-ci que revient le soin de fixer ces contreparties. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer s'agissant de l'article L. 3121-3⁷³³, dans un premier arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 janvier 2008⁷³⁴. Cet arrêt montre qu'il est depuis longtemps admis qu'à défaut d'accord collectif c'est bien le contrat de travail qui peut déterminer les contreparties au temps d'habillage et de déshabillage. Alors que dans un deuxième temps, si rien n'est prévu dans le contrat de travail, c'est bien au juge de fixer lui-même la contrepartie nécessaire. Cette solution a depuis été reprise, faisant l'objet d'une jurisprudence constante, dans un arrêt regroupant de nombreux pourvois en date du 16 mars 2016⁷³⁵.

375. Le rôle du juge est alors prépondérant lorsque le législateur a souhaité avoir recours à l'accord collectif, ou à défaut au contrat de travail. Outre le thème de la fixation de contreparties au temps d'habillage ou de déshabillage imposé sur le lieu de travail, la même solution est envisagée concernant la contrepartie au temps de déplacement professionnel dépassant le temps habituel de trajet, comme l'a mentionné la chambre sociale de la Cour de

⁷³³ C. trav. ar. L. 3121-3 : « *Le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, des stipulations conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, fait l'objet de contreparties. Ces contreparties sont accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière* ».

⁷³⁴ Cass. soc. 16 janvier 2008, n° 06-42.983 : « *Attendu que pour rejeter la demande des salariés en paiement d'une prime d'habillage et de déshabillage, l'arrêt retient que les premiers juges ont avec raison retenu que les sociétés ne démontraient pas l'existence d'un usage assimilant le temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif ; que cependant les sociétés font valoir à juste titre qu'à défaut de détermination par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail, il n'appartenait pas au juge de fixer la contrepartie du temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage et qu'en l'absence d'accord, il appartiendrait aux salariés ou à leurs représentants de saisir la juridiction compétente pour solliciter la conclusion d'un accord ou l'octroi d'indemnités ; Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'il lui appartenait de déterminer, en fonction des prétentions respectives des parties la contrepartie dont elle avait admis le principe, la cour d'appel, qui a méconnu son office, a violé les textes susvisés* » ; D. 2008, p. 359 ; *ibid.* p. 2306, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès.

⁷³⁵ Cass. soc. 16 mars 2016, n° 14-16.354, 14-16.355, 14-16.356, 14-16.358, 14-16.360, 14-16.362 et 14-16.363 : « *Mais attendu qu'ayant relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les salariés travaillant à la production étaient astreints au port de vêtements de sécurité et fait ressortir que l'habillage et le déshabillage devaient être réalisés dans les vestiaires de l'entreprise, la cour d'appel, sans se contredire, en a déduit à bon droit que l'employeur devait à ce titre une contrepartie ; Et attendu qu'en l'absence d'accord collectif ou de clause dans le contrat de travail, la cour d'appel a souverainement apprécié le montant de la contrepartie due* ».

cassation le 5 mai 2010⁷³⁶. Néanmoins, si le pouvoir du juge se limite à un rôle de fixation de la contrepartie, il ne peut en aucun cas affirmer que le temps d'habillage et de déshabillage ou le temps de déplacement professionnel est un temps de travail effectif. Son rôle se cantonne à la détermination de la compensation financière ou sous forme de repos afin de rétablir l'équilibre pour le salarié. Il ne peut contourner la loi en ce qu'elle différencie ces temps particuliers à des temps de travail effectif⁷³⁷. Un accord collectif peut bien sûr prévoir cette possibilité, où à défaut, comme le mentionne l'article L. 3121-8 2° du Code du travail, la disposition supplétive applicable concernant le temps d'habillage et de déshabillage : le contrat de travail.

376. De plus, il existe un domaine où le rôle du juge, à défaut d'accord collectif, sera particulièrement déterminant. En effet, le Code du travail, dans sa partie relative au déroulement des élections professionnelles pour mettre en place les membres du CSE, a immédiatement recours au juge judiciaire si aucun accord n'est conclu. Une nouvelle illustration prouvant que sa mission ne se résume plus simplement à contrôler, *a posteriori*, le contenu de l'accord collectif. Il ne se contente pas d'opérer un contrôle de légalité de cet accord collectif, mais dans certains domaines, la loi fait directement appel à lui : soit il intervient après un premier échelon de dispositions supplétives, et notamment dans l'hypothèse où le contrat de travail ne prévoit pas de contreparties au temps d'habillage et de déshabillage sur le lieu de travail, soit le Code du travail ne prévoit pas de dispositions supplétives et fait confiance au juge pour créer de la norme à défaut d'accord collectif. C'est donc le cas pour les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, prévues à l'article L. 2314-28 du Code du travail, qui dans son alinéa 2 énonce que les « *modalités sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir peuvent être fixées par une décision* ».

⁷³⁶ Cass. soc. 5 mai 2010, n° 08-43.652, D. 2010, p. 1290 ; Bull. civ. V, n° 104 ; RDT 2010, p. 437, obs. A. Fabre ; RJS 2010, n° 617 ; JCP S 2010, 1300, obs. D. Corrigan-Carsin. Même si en l'espèce, les juges du fond avaient fixé l'indemnisation à hauteur de quatorze jours de récupération, somme jugée insuffisante pour le salarié, ce qui oblige la Haute juridiction à sanctionner les juges du fond au motif qu'ils n'avaient pas précisé de combien les temps de trajet entre le domicile du salarié et les différents lieux où il travaillait avaient dépassé le temps normal de trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu de travail. Autrement dit, le juge doit tout de même justifier sa décision au regard des circonstances de l'espèce, et donc en prenant compte le dépassement du temps habituel de trajet : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser de combien les temps de trajet entre le domicile du salarié et les différents lieux où il travaillait avaient dépassé le temps normal de trajet d'un travailleur se rendant de son domicile à son lieu de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

⁷³⁷ Cass. soc. 14 novembre 2012, n° 11-18.571 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral de l'employeur, s'il appartient au juge de fixer le montant de la contrepartie due, il ne peut pour ce faire assimiler le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail à un temps de travail effectif, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ; Bull. civ. V, n° 295 ; RJS 2013, n° 128 ; RDT 2013, p. 343, obs. M. Véricel ; JCP S 2013, 1070, obs. M. Morand.

du juge judiciaire ». Autre exemple, toujours concernant le CSE mais cette fois à propos de son budget. L'article L. 2315-62 du même code⁷³⁸ pratique la même approche que l'article L. 2314-28. Il mentionne, par renvoi à la partie réglementaire du Code du travail, que c'est le juge judiciaire - et plus précisément le tribunal judiciaire en première instance - qui va fixer le budget de fonctionnement du CSE central à défaut d'accord. Sur toute une série de sujets propres aux institutions représentatives du personnel, le législateur a donc décidé de recourir seulement, et directement, au juge judiciaire si aucun accord n'a pu être conclu. Si le législateur a voulu renforcer la conventionnalisation dans le champ du comité social et économique, le recours immédiat au juge en l'absence d'accord institutionnel anéanti une nouvelle fois l'idée d'une quelconque concurrence entre conventionnalisation et prérogatives juridictionnelles.

2. Le conditionnement réel

377. L'accord collectif peut être une condition de validité du contrat de travail dans son ensemble (a) ou simplement d'une partie de ses clauses (b).

a) Le conditionnement de l'ensemble du contrat de travail

378. La supplétivité (et de fait le conditionnement) théorique du contrat de travail par rapport à l'accord collectif n'est heureusement pas le seul exemple démontrant l'évolution de leur relation en faveur de la norme conventionnelle. Le contrat individuel tout entier peut être conditionné à l'existence d'un accord collectif : ce dernier est donc une condition de validité du contrat. L'existence de l'accord collectif conditionne l'existence du contrat de travail. Ce conditionnement réel de la norme contractuelle est parfaitement illustré par le contrat de travail intermittent, pour lequel l'article L. 3123-33 du Code du travail subordonne ce dernier à un accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut à un accord de branche étendu. Dès lors, « *à défaut d'accord collectif qui en prévoit le recours, le contrat sera requalifié en*

⁷³⁸ C. trav. art. L. 2315-62 : « *Dans les entreprises comportant plusieurs comités sociaux et économiques d'établissement, le budget de fonctionnement du comité social et économique central est déterminé par accord entre le comité central et les comités d'établissement.*

A défaut d'accord, les modalités de constitution du budget de fonctionnement du comité central sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

*contrat de travail à durée indéterminée à temps plein*⁷³⁹. Il en ira de même lorsque l'accord collectif n'aura pas désigné de façon précise les emplois permanents pouvant être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittents⁷⁴⁰ »⁷⁴¹.

379. Un conditionnement identique prévaut dans plusieurs « secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, [où] il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois »⁷⁴². Dans cette hypothèse, l'accord collectif étendu a donc la possibilité de dresser une liste de secteurs d'activité pour recourir au CDD, et si un tel contrat est conclu sans respecter le listing conventionnel, il serait alors irrégulier. Mais le juge judiciaire a un pouvoir de contrôle essentiel à propos de la liste éventuellement établie par l'accord : il se doit, comme l'a rappelé un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 30 novembre 2010⁷⁴³, de vérifier l'existence de raisons objectives justifiant du caractère temporaire de l'emploi, quand bien même l'accord collectif listerait de façon précise les emplois concernés. D'autres exemples existent, comme s'agissant du contrat à durée déterminée à objet défini pour l'embauche d'ingénieurs et de cadres, où la requalification sera de rigueur en l'absence d'accord de branche étendu, ou à défaut l'accord d'entreprise⁷⁴⁴ ; ou s'agissant des contrats de chantier ou d'opération subordonnés là-encore à un accord collectif de travail étendu⁷⁴⁵ : « à défaut d'un tel accord, l'employeur ne pourra pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 1236-8 du Code du travail, qui « pré-justifie » la rupture du contrat à la fin du chantier ou une fois l'opération

⁷³⁹ V. par exemple, Cass. soc. 19 mars 2014, n° 13-10.759, Bull. civ. V, n° 81.

⁷⁴⁰ V. par exemple, Cass. soc. 27 juin 2007, n° 06-41.818, Bull. civ. V, n° 113 ; Cass. soc. 11 mai 2016, n° 15-11382, Bull. civ. V, n° 850.

⁷⁴¹ F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op.cit.*, p. 63.

⁷⁴² C. trav. art. L. 1242-2, 3°.

⁷⁴³ Cass. soc. 30 novembre 2010, n° 09-68.609.

⁷⁴⁴ C. trav. art. L. 1242-2, 6°. Au même titre que Madame Florence Bergeron et Monsieur Michel Morand, nous soulignons avec étonnement qu'ici, c'est bien l'accord d'entreprise qui est supplétif de l'accord collectif étendu. En règle générale, c'est l'accord de branche étendu qui est envisagé comme supplétif de l'accord d'entreprise.

⁷⁴⁵ C. trav. art. L. 1223-8.

réalisée »⁷⁴⁶. L'accord collectif peut également s'envisager comme un « *acte condition* »⁷⁴⁷ de certaines stipulations contractuelles.

b) Le conditionnement des clauses du contrat de travail

380. Aujourd'hui, la Cour de cassation annule des clauses du contrat de travail qui ne respectent pas les dispositions d'un accord collectif⁷⁴⁸. Cette nullité témoigne donc d'un rapport hiérarchique certain entre ces deux normes, entre le contrat individuel de travail et l'accord collectif⁷⁴⁹. Ce dernier est envisagé comme un acte érigeant un certain nombre de conditions de validité du contrat de travail, à l'instar de la loi. Le juge judiciaire s'octroie le droit de frapper de nullité une clause contractuelle qui ne respecterait pas une disposition conventionnelle, comme en témoigne l'exemple des conventions individuelles de forfait en jours, tributaire de l'existence d'une convention collective. Les conventions individuelles tirées de cet accord collectif seront annulées par le juge, alors que celui-ci sera simplement privé d'effet, ce qui revient à ne pas l'appliquer concernant les clauses relatives aux forfaits-jours, sans pour autant l'annuler. S'agissant des conventions individuelles de forfait en jours, présentes dans un avenant au contrat de travail initial, la Cour de cassation a dû se conformer aux exigences européennes, ce qui a rendu nulles bon nombre d'entre elles. Le comité européen a très tôt constaté que les conventions de forfaits n'étaient pas conformes à la charte

⁷⁴⁶ F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op.cit.*, p. 63.

⁷⁴⁷ F. Favennec-Héry, « L'indivisibilité entre accord collectif et convention individuelle : le cas du forfait annuel en jours ou en heures », RJS février 2020, p. 91.

⁷⁴⁸ Comme le montre l'exemple des conventions individuelles de forfaits en jours, convention individuelle annulée si elle n'est pas prévue par une convention collective. V. égal. l'exemple des clauses de non-concurrence violant les limites géographiques et professionnelles aménagées par la convention collective : Cass. soc. 12 octobre 2011, n° 09-43.155, Bull. civ. V, n° 233 ; D. 2011, p. 2605 ; *ibid.* 2012, p. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* p. 2760, obs. Centre de droit de la concurrence Y. Serra ; Dr. soc. 2012, p. 198, obs. J. Mouly ; Cass. soc. 30 novembre 2005, n° 03-46.209 ; *adde*. Cass. soc. 29 février 2012, n° 09-71.281 et 10-11.026. V. enfin l'annulation du renouvellement de la période d'essai si ce dernier n'est pas prévu par un accord de branche étendu : Cass. soc. 20 décembre 2017, n° 16-17.998, Bull. civ. V, n° 222.

⁷⁴⁹ « *Il existe donc dans la jurisprudence de la Cour de cassation une nette tendance à prononcer l'inefficacité définitive de tout ou partie du contrat de travail contraire à certaines normes conventionnelles. Une orientation si marquée que, à bas bruit, elle semble devenue fait d'habitude. Cette donnée positive du droit du travail entraîne pourtant des conséquences bien singulières au regard des conceptions classiques de la relation de la norme collective à l'acte individuel. Techniquement, d'abord, elle conduit à ériger le respect de certaines dispositions de l'accord collectif en condition de validité du contrat à l'égal de la loi ou d'un règlement public. La nullité est en effet le reflet de l'invalidité formelle d'un acte juridique ; sa sanction commune à en croire l'article 1178 du code civil. Un acte est annulable parce qu'il ne satisfait pas à l'une des exigences nécessaires à sa validité. Théoriquement, ensuite, elle aboutit à faire planer la convention collective au-dessus du contrat. Frapper définitivement d'inefficacité un acte juridique en raison de sa contrariété à un autre est en effet le signe le plus clair d'une « relation hiérarchique »* », J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », *op.cit.*

sociale européenne, charte qui s'intègre pleinement au droit de l'Union. C'est donc en s'appuyant sur le droit européen que le juge a dû opérer un célèbre revirement de jurisprudence, sans pour autant remettre en cause le système des forfaits-jours. C'est par l'arrêt de la chambre sociale de la Haute juridiction du 29 juin 2011⁷⁵⁰ que le juge judiciaire modifie sa position s'agissant de l'effectivité des accords de branche prévoyant jusqu'alors un système de forfait-jours pour un type de salariés disposant d'une certaine autonomie dans leur travail. Si l'accord d'entreprise, ou à défaut de branche⁷⁵¹ contient bel et bien des stipulations relatives aux nombres de jours travaillés, au contrôle de la charge et de l'amplitude de travail, et au suivi de cette charge de travail par le biais notamment d'un entretien annuel, mais que l'employeur lui ne les respecte pas, la convention individuelle sera alors privée d'effet. Cette situation ne concerne donc pas la validité de l'accord collectif, mais son application qui peut être défaillante de la part de l'employeur. Il existe donc deux types de contentieux relatifs aux conventions de forfait en jours : « *il importe de distinguer l'hypothèse où l'accord collectif est valable mais exécuté de façon défectueuse par l'employeur, de celle où le dispositif conventionnel est frappé d'invalidité* »⁷⁵².

Dans la première situation, l'accord collectif est valide car respectueux des dispositions légales, mais c'est l'employeur qui ne fait pas convenablement appliquer les stipulations de celui-ci. Nous ne nous plaçons plus au stade de la validité de l'accord collectif, mais de son exécution. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence a reconnu que cette mauvaise application de l'accord collectif ne rendait pas nécessairement nulles les conventions individuelles en découlant. Une distinction est alors à faire entre les deux sanctions que sont la nullité, et la « privation » d'effets : conformément au droit commun, la nullité est la sanction adéquate lorsque manque une condition de validité du contrat, plus généralement de la convention. Or, dès l'instant où la convention ou l'accord collectif est valablement conclu avec les partenaires sociaux, sa formation ne peut être remise en cause, et dans le cas où les dispositions légales sont respectées, cet accord ne peut même pas être privé d'effet. La chambre sociale de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire reconnaît de manière constante que la mauvaise application par l'employeur d'un accord collectif *a priori* valable, entraînerait simplement une « privation » d'effet - seulement pour l'avenir - de la convention.

⁷⁵⁰ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, préc.

⁷⁵¹ Nouvelle configuration depuis la loi du 20 août 2008.

⁷⁵² G. Pignarre, « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », *op.cit.*

individuelle⁷⁵³, en affirmant d'ores et déjà que si le salarié ne peut pas réclamer des dommages-intérêts pour invalidité de la convention individuelle de forfait, il peut en revanche demander des rappels de salaires au titre d'heures supplémentaires et une indemnité pour travail dissimulé⁷⁵⁴.

Dans le second cas, « *la (les) convention(s) de forfait en jours a (ont) été conclue(s) sur le fondement de dispositions conventionnelles illicites, non conformes au droit à la santé et au repos par exemple, la (les) convention(s) de forfait en jours est (sont) nulle(s), elle(s) est (sont) considérée(s) comme n'ayant jamais existé* »⁷⁵⁵. La « privation » d'effet de l'accord collectif engendre alors, nous l'avons vu, la nullité de la convention individuelle de forfait, puisque cette convention individuelle est subordonnée à la licéité d'un accord collectif. La licéité de ce dernier est une condition de validité de la convention individuelle, qui, si elle n'est pas respectée, emporte nullité de celle-ci conformément au droit commun. C'est plus particulièrement cette seconde hypothèse qui permet de dresser deux constats. Tout d'abord, l'accord collectif peut être une condition de validité du contrat individuel, rendant ce dernier totalement dépendant de l'application licite du premier. Ensuite, il est intéressant de noter que le juge judiciaire se dote d'un pouvoir normatif certain en frappant de nullité un avenant au contrat de travail qui ne naît pas d'une convention collective licite. Le juge judiciaire accentue donc, dans un contexte de conventionnalisation du droit du travail, la supériorité normative de la négociation collective sur le contrat individuel. Dans cette hypothèse de l'illicéité de l'accord collectif mettant en place un système de forfait-jours, les magistrats de la Cour de cassation ont jugé que « *le salarié, dont la demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite, est recevable à contester la validité de la convention de forfait annuel en jours stipulée dans son contrat de travail* »⁷⁵⁶. En l'espèce, un salarié souhaitait contester la validité de sa convention individuelle de forfait, mais l'employeur arguait que sa demande était prescrite. Selon lui, le délai de prescription pour demander la nullité de ladite convention commençait à courir le jour de la signature de cette dernière. Les hauts magistrats ne sont donc pas de cet avis, et permettent au salarié de contester la validité de sa convention de forfait en jours pendant les trois années énoncées à

⁷⁵³ Cass. soc. 22 juin 2016, n° 14-15.171, préc.

⁷⁵⁴ Cass. soc. 19 février 2014, n° 12-22.174.

⁷⁵⁵ G. Pignarre, « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », *op. cit.*, p. 748.

⁷⁵⁶ Cass. soc. 27 mars 2019, n° 17-23.314 et 17-23.375, préc.

l'article L. 3245-1 du Code du travail⁷⁵⁷. On constate que cette solution prétorienne, réaffirmée depuis⁷⁵⁸, permet de faire échec au délai de prescription de deux mois de l'article L. 2262-14. En effet, le sort de la convention individuelle étant liée à celui de la convention collective la mettant en place, on aurait pu penser que passé ce délai de deux mois, la convention individuelle conclue suite à un accord collectif illicite ne pouvait plus être contestée. Fort heureusement, la Cour de cassation, en liant la durée de la prescription à la nature de la créance invoquée (trois ans pour un rappel de salaires), permet d'allonger le délai pour contester une convention individuelle qui sera nulle en raison de l'illicéité de la convention collective qui la prévoit. La même solution sera envisageable à propos de la situation où l'accord collectif est valide mais mal appliqué par l'employeur : « *là encore, le salarié pourra prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, mais seulement pendant la période au cours de laquelle l'employeur a manqué à ses obligations* »⁷⁵⁹.

Cette dernière remarque permet d'avancer que progressivement, le contentieux des forfaits en jours se déplace de la validité de l'accord collectif, à son application. En effet, le législateur est intervenu pour sécuriser les conventions, tout en permettant de « sauver » les conventions individuelles de forfait même si l'accord collectif ne respecte pas ses conditions de validité⁷⁶⁰. Dans le même sens, la révision de l'accord collectif instituant le système du forfait-jours peut venir pallier les manquements dudit accord. S'agissant toujours des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail, les conventions individuelles de forfait,

⁷⁵⁷ C. trav. art. L. 3245-1 : « *L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat* ».

⁷⁵⁸ Cass. soc. 30 juin 2021, n° 18-23.932.

⁷⁵⁹ F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op.cit.*, p. 63.

⁷⁶⁰ C. trav. art. L. 3121-65. Cet article permet à l'employeur de corriger les lacunes de la convention ou de l'accord collectif par une décision unilatérale. C'est désormais une décision unilatérale de l'employeur qui peut se mettre au service d'un accord, ou plutôt de son contenu, si elle met en place : un contrôle des jours ou demi-journées travaillés et de repos ; un contrôle de la charge de travail et la compatibilité avec le repos quotidien et hebdomadaire ; un entretien individuel avec le salarié ; et enfin ce nouveau droit à la déconnexion. Grâce à cette décision unilatérale, même si la convention collective aurait dû être privée d'effet par le juge, l'employeur a la faculté d'éviter que l'accord collectif illicite rende les conventions individuelles des salariés nulles. Dès lors, maintenant qu'il existe une disposition légale supplétive permettant à l'employeur de faire appliquer les conventions individuelles même dans l'hypothèse où l'accord collectif est illicite, il ne devrait plus y avoir de nullité desdites conventions de forfait en jours. Malheureusement, un arrêt récent de la chambre sociale du 14 décembre 2022 (n° 20-20.572) vient refaire émerger le contentieux lié à la nullité des conventions individuelles, sans possibilité de régularisation, que ce soit par un avenant de révision de la convention ou l'accord collectif, ou par une décision unilatérale de l'employeur conformément à l'article L. 3121-65 précité : « *ce nouvel épisode risque de donner la fin du forfait-jours* », M. Morand, « Forfait en jours : tout recommencer ou tout arrêter ! », *op. cit.*

corrigées, continueront de s'appliquer, mais seulement dans l'hypothèse où l'avenant de révision de l'accord collectif a été conclu après la loi Travail du 8 août 2016. Dans le cas contraire, le juge judiciaire a considéré qu'il faut recueillir l'accord du salarié et de fait signer une nouvelle convention individuelle⁷⁶¹. Enfin, si l'accord collectif est révisé alors qu'il était licite, il semble logique de faire appliquer les nouvelles stipulations conventionnelles sans qu'il soit besoin d'introduire un avenant à la convention individuelle. Reste la question de la contractualisation des éléments prévus dans cette dernière. La résolution d'un tel conflit se fera grâce au principe de faveur : « *si l'accord révisé modifie le nombre de jours travaillés, il ne s'imposera pas au salarié dont la convention mentionne un nombre de jours travaillés inférieur. En revanche, il s'appliquera au salarié dont la convention mentionne un nombre de jours travaillés supérieur (principe de faveur), à condition que les autres éléments, notamment d'ordre salarial, ne soient pas impactés* »⁷⁶².

381. L'exemple des conventions de forfait en jours démontre que le juge judiciaire renforce une fois de plus la normativité de l'accord collectif, sans pour autant venir restreindre son propre pouvoir normatif : prononcer la nullité d'un acte juridique témoigne d'un réel pouvoir normatif. Et ce choix de la nullité, qui traduit donc la volonté de faire primer la négociation collective sur bon nombre de normes, y compris le contrat de travail, se justifie également d'un point de vue strictement juridique. En effet, un premier élément de réponse à cette question consistant à se demander pourquoi le juge privilégie la nullité du contrat de travail, peut être apporté de façon extrêmement simple : les juges prononcent la nullité de la norme individuelle car l'accord collectif mentionne expressément cette sanction en cas de non-respect de ses dispositions⁷⁶³. De nombreux exemples jurisprudentiels font état de cette théorie⁷⁶⁴ qui a le mérite de la simplicité, mais qui malheureusement ne rend pas toujours compte de la réalité de la pratique. Le juge judiciaire n'a effectivement pas besoin de l'aval d'une convention collective pour annuler une clause du contrat de travail. Il n'hésite d'ailleurs pas à le faire concernant des clauses qui modifient le mode de rémunération des

⁷⁶¹ Cass. soc. 16 octobre 2019, n° 18-16.539, préc.

⁷⁶² F. Bergeron et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op.cit.*, p. 63.

⁷⁶³ V. F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, spéc. n° 587 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.* ; E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, préf. B. Teyssié, Economica, 2008, spéc. n° 102.

⁷⁶⁴ V. par exemple, Cass. soc. 3 mai 1984, n° 82-40.410, Bull. civ. V, n° 166 ; Cass. soc. 14 décembre 2016, n° 15-16.131, Bull. civ. V, n° 257 ; D. 2017, p. 13.

salariés⁷⁶⁵ ou les clauses de non-concurrence ne respectant pas les obligations conventionnelles⁷⁶⁶. En outre, « *s'affirmer titulaire d'un droit de sanction, fusse par la rédaction d'un texte, ne constitue pas un titre suffisant pour que l'ordre juridique admette une telle prérogative. C'est parce que l'on est habilité par le droit positif à déterminer la sanction encourue en cas de violation d'une norme que l'on peut valablement la coucher dans un texte, non l'inverse* »⁷⁶⁷. Il est donc préférable de se pencher sur une autre hypothèse, une autre théorie de pur droit s'appuyant sur la nature des normes mises en jeu, et notamment sur la nature des obligations édictées par l'accord collectif.

382. Classiquement, la convention ou l'accord collectif peut certes mettre en oeuvre des obligations pour les salariés, des créances qui auront vocation à se substituer aux stipulations contractuelles si jamais elles sont plus favorables pour les employés, mais la norme collective négociée va également s'aventurer sur le terrain de la « réglementation »⁷⁶⁸. L'accord collectif aura pour fonction d'édicter des conditions de validité du contrat individuel de travail. A l'instar de ce que nous connaissons s'agissant de la sanction applicable au stade de la formation du contrat de droit commun, à savoir la nullité, cette sanction va de fait être logiquement retenue lorsque les conditions de validité du contrat de travail ne sont pas réunies, ne respectant pas les mesures avancées dans l'accord collectif. Quel autre choix pour le juge que de prononcer la nullité d'une clause contractuelle qui n'observe pas ses propres conditions de validité ? A partir du moment où l'accord collectif ne fait état d'aucune obligation qui aurait vocation à remplacer les stipulations du contrat individuel, le juge se doit de prononcer la nullité de la stipulation individuelle en question : « *on ne peut utilement remplacer la clause de non-concurrence ne comportant pas d'indemnité minimale par la norme collective qui prescrit sa stipulation, ou le CDD passé sans respect du délai de*

⁷⁶⁵ Cass. soc. 6 octobre 2010, n° 05-43.530 ; Cass. soc. 24 septembre 2008, Bull., V, n° 186 ; JCP S, 1659, obs. L. Peru-Pirotte ; Cass. soc. 13 juin 2007, n° 06-41.333 ; Cass. soc. 20 juin 2007, n° 04-47.820 ; JCP S 24 avril 2007, obs. I. Beneix et V. Mikalef-Toudic.

⁷⁶⁶ Cass. soc. 13 janvier 1998, n° 95-41.480, Société européenne de sélection c/ Saddok (Mme), Bull. V, n° 6 ; D. 1999, p. 159, note C. Bourrier et N. Bouche ; *ibid.* p. 104, obs. Y. Auguet ; Cass. soc. 3 juillet 2001, n° 98-44.139, Mezergue (Mlle) c/ Satt intérim (Sté), D. 2002, p. 1270, obs. P. Fadeuilhe ; Cass. soc. 12 février 2002, n° 99-43.858, Bull. V, n° 63 ; Cass. soc. 14 novembre 2007, n° 06-44.284, Bull. V, n° 189, JCP S 2008, 1153, obs. E. Jeansen ; Cass. soc. 12 octobre 2011, préc.

⁷⁶⁷ J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », *op. cit.*, p. 938.

⁷⁶⁸ O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, LGDJ, 2012, spéci. n° 29 : « *La règle de formation doit être celle qui réglemente la forme, l'identité et le contenu du contrat* ».

carence par la règle conventionnelle imposant ces délais »⁷⁶⁹. La nullité est alors la seule sanction envisageable pour le juge, une sanction faisant état de toute sa force normative. Néanmoins, affirmer que le juge n'aura pas d'autres choix que de prononcer cette nullité serait, en plus d'être partiellement faux, réducteur s'agissant des pouvoirs du juge. Car si s'octroyer le droit de déclarer la nullité démontre une normativité certaine, laisser le choix entre cette dernière et d'autres sanctions pouvant être plus appropriées, accentue davantage ce potentiel normatif.

383. La Cour de cassation ne doit donc pas s'enfermer dans une position dogmatique, systématique, où la nullité serait la seule sanction mise à disposition pour les juges dans l'hypothèse où la convention collective édicterait des règles de réglementation du contrat de travail, et non pas des créances⁷⁷⁰. Ce n'est d'ailleurs, et fort heureusement, pas ce que la Haute juridiction fait, en adaptant autant que faire se peut la sanction avec la violation de la règle⁷⁷¹. C'est pourquoi il n'est pas rare de voir le juge, au lieu d'annuler une clause, ce qui serait source d'une trop grande insécurité juridique, en corriger la transgression. Un rôle de correcteur qui témoigne de l'ampleur de leurs prérogatives juridictionnelles dans un tel contexte de conventionnalisation. Cette dernière, si elle ne restreint nullement les prérogatives du juge judiciaire, est à l'origine d'une atteinte sans précédent à l'intangibilité du contrat de travail. Une atteinte nommée « accord de performance collective », et qui traduit encore davantage la supériorité normative grandissante de l'accord collectif sur le contrat de travail.

Paragraphe 2 : Le rôle du juge sur l'articulation entre l'accord de performance collective et le contrat de travail

384. Depuis l'avènement de l'accord de performance collective (APC), par les ordonnances du 22 septembre 2017, de nombreuses questions et de nombreuses controverses doctrinales

⁷⁶⁹ J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », *op. cit.*, p. 939.

⁷⁷⁰ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », Études offertes à G.-H. Camerlynck, Sirey, 1977, p. 27, spéc. p. 28. Dans le même sens, l'article classique de G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », Mélanges offerts à J. Ghustin, LGDJ, 2001, p. 273.

⁷⁷¹ G. Couturier, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Defrénois 2000, p. 880, spéc. II B. Dans le même sens, v. Y.-M. Serinet, *Le juge et l'illicéité du contrat*, in F. Collart-Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 85 s., spéc. n° 12.

sont venues entourer ce mécanisme particulier. Pour tenter d'apporter certaines réponses, partons de la genèse de l'APC. Ce dernier a pour mission de fusionner toute une série d'accords préexistants, à commencer par l'accord de réduction du temps de travail censé accompagner le passage au 35 heures⁷⁷². Si un tel accord était conclu, il n'y avait dès lors pas modification du contrat de travail, et de plus, si ledit accord altérait une autre stipulation contractuelle en plus de la durée du travail, le salarié ne pouvait pas refuser ces modifications sans risquer un licenciement *sui generis*, empruntant aux formalités du licenciement pour motif personnel⁷⁷³. Il a fallu attendre l'année 2013 pour voir l'émergence de deux nouveaux types d'accords similaires à l'accord de réduction du temps de travail. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013⁷⁷⁴ est venu créer l'accord de maintien de l'emploi et l'accord de mobilité interne, avant que la loi ne les consacre le 14 juin 2013⁷⁷⁵. Ces accords eurent tous deux une influence sur le contrat de travail, et comme pour l'accord de réduction du temps de travail, une incidence sur l'*« aménagement du régime du licenciement frappant le salarié réfractaire. Sur le premier point, accord de mobilité interne comme accord de maintien de l'emploi conduisaient à suspendre les clauses contraires du contrat de travail. Sur le second point, le refus exprimé par le salarié face à l'application de la norme conventionnelle à son contrat de travail ouvrait sur un licenciement reposant sur un motif économique mais demeurant dans le giron du licenciement individuel pour motif économique. Cela revenait à opérer une paralysie partielle du droit des licenciements économiques en bloquant la qualification de licenciement collectif dans les hypothèses qui devaient théoriquement la commander »*⁷⁷⁶. Mais ces deux accords n'ont pas eu l'effet escompté⁷⁷⁷, ce qui poussera le législateur à créer les accords de préservation ou de développement de

⁷⁷² M. Véricel, « Accords d'aménagement du temps de travail et modifications du contrat de travail », JCP S 2010, 1423.

⁷⁷³ G. François et C. Mariano, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », BJT mai 2021, p. 41.

⁷⁷⁴ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 15 et 18.

⁷⁷⁵ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 15 et 17.

⁷⁷⁶ G. François et C. Mariano, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *op. cit.*, p. 41.

⁷⁷⁷ Ce qui leur vaudra une modification législative avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 287, v. P.-H. Antonmattei, « Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », Dr. soc. 2015, p. 811.

l'emploi⁷⁷⁸, issus de la loi du 8 août 2016. En comparaison avec le modèle qu'il est censé remplacer - à savoir l'accord de maintien de l'emploi -, l'accord de préservation et de développement de l'emploi (APDE) apparaîtra « *plus direct quant à l'impact sur le contrat de travail puisque désormais les stipulations de l'accord « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail », ce qui exprime « un nouveau glissement »*⁷⁷⁹ et soulève de nouvelles difficultés quant à la façon d'appréhender la cessation des effets de la norme conventionnelle, pourtant substituée, aux clauses du contrat individuel de travail dont le cours se poursuit ». L'APDE se voudra également « *plus incisif quant au régime du licenciement des salariés réfractaires à l'accord dès lors que ce licenciement repose sur un « motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » et se trouve soumis aux seules règles d'entretien préalable et de notification du licenciement valables pour les licenciements économiques à titre individuel, ce qui consomme une rupture encore plus poussée avec le droit des licenciements économiques. Sur ce point, et en contemplation des dispositifs antérieurs, « la méthode diffère et a manifestement pour objectif d'éviter toute discussion relative à l'identification du motif économique pouvant justifier les licenciements »*⁷⁸⁰ »⁷⁸¹. Descendant direct de l'APDE, l'accord de performance collective s'en rapproche grandement, et est aujourd'hui le seul pouvant remettre en cause les stipulations du contrat de travail sans que le salarié ne puisse refuser une telle modification : tous les anciens accords précités ont bel et bien disparu du Code du travail, pour une meilleure lisibilité et une plus grande cohérence juridique.

385. Dans la même lignée que ses ancêtres, et notamment que son ancêtre le plus proche, l'APC permet d'aménager la durée du travail, la rémunération et la mobilité géographique et professionnelle. Un accord peut donc mettre en place des mesures différentes que celles prévues par le contrat de travail, et le salarié ne pourra refuser la substitution des clauses de l'accord collectif aux stipulations de son contrat de travail sous peine de se voir licencier pour

⁷⁷⁸ D. Baugard et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745 ; E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016, p. 415 ; M. Morand, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RJS 2016, p. 655 ; F. Dumont et L. Poinsot, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », Dr. ouv. 2017, n° 823, p. 88.

⁷⁷⁹ E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *op. cit.*, p. 415.

⁷⁸⁰ D. Baugard D. et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *op. cit.*, p. 745, spé. n° 14.

⁷⁸¹ G. François et C. Mariano, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *op. cit.*, p. 41.

un motif réel et sérieux. Nous nous trouvons bien en présence d'un accord collectif pouvant modifier le contrat de travail sans avoir besoin du consentement du salarié. L'accord L. 2254-2 du Code du travail instaure donc une dérogation aux règles s'appliquant en ce qui concerne la modification du contrat de travail. En outre, il contrevient également à l'article L. 2254-1 du Code du travail : « *Selon cette disposition, l'insertion ou le maintien dans le contrat de travail individuel de clauses plus favorables au salarié que celles prévues à l'accord collectif d'entreprise ou de branche est parfaitement autorisé. Dès lors, comment justifier un tel dispositif dérogatoire ? (...) À présent, l'accord d'entreprise, dès lors qu'il est majoritaire, est toutefois devenu, qu'on l'approuve ou le conteste avec vigueur, le moyen d'écartier des stipulations contractuelles* »⁷⁸². Cette dérogation à la règle consistant à exiger l'accord express du salarié pour modifier son contrat de travail est devenue nécessaire pour le législateur à la suite de solutions jurisprudentielles refusant de voir en l'ancien article L. 3122-6 du Code du travail une atteinte trop importante à la modification du contrat individuel. En effet, la loi du 22 mars 2012 était venue intégrer cet article énonçant que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Ayant l'objectif de limiter les effets de cet article, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue affirmer, dans un arrêt du 25 septembre 2013, que toute modulation du travail par accord collectif nécessite l'accord du salarié si ledit accord est antérieur à la publication de la loi du 22 mars 2012⁷⁸³. C'est dans un tel contexte que le législateur s'est une nouvelle fois emparé de cette question épineuse pour consacrer dans un premier temps l'accord de préservation et de développement de l'emploi, et aujourd'hui l'accord de performance collective.

386. Les origines de l'article L. 2254-2 du Code du travail et le contexte dans lequel il a été adopté étant explicités, il nous faut désormais étudier le rôle du juge judiciaire à propos des nombreuses interrogations entourant l'accord de performance collective issu d'une

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 12-17.776 : « *Attendu, cependant, que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié ; que si l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 insère dans le Code du travail l'article L. 3122-6, selon lequel la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, ce texte, qui, modifiant l'état du droit existant, n'a ni caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'est applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi* ».

négociation de droit commun (A), avant d'envisager la possibilité reconnue par le juge de conclure un tel accord selon les modes substitutifs de négociation (B).

A/ Le rôle du juge sur l'APC issu d'une négociation de droit commun

387. Le débat autour de l'intensité du contrôle judiciaire a pris une place importante suite à l'arrivée de l'article L. 2254-2 dans le code du travail (1). Le rôle du juge judiciaire consistera également à répondre à différentes problématiques entourant le régime juridique de l'APC (2).

1. Le débat autour de l'intensité du contrôle judiciaire

388. Depuis l'avènement de l'accord de performance collective, par les ordonnances du 22 septembre 2017, de nombreuses questions et de nombreuses controverses doctrinales sont venues entourer ce mécanisme particulier. C'est le cas notamment de l'intensité du contrôle du juge judiciaire sur l'APC et sur ses conséquences. D'aucuns ont pu affirmer que ce type d'accord d'entreprise, étant donné son caractère originellement majoritaire⁷⁸⁴, répondait de fait à un régime lui permettant d'éviter le contrôle « lourd » du juge. En effet, sa légitimité était renforcée depuis déjà de nombreuses années, étant donné que les accords sur l'emploi répondaient à la règle majoritaire bien avant la publication de la réforme de 2017⁷⁸⁵. Ce courant doctrinal prend alors exemple sur l'accord mettant en place un plan de sauvegarde de l'emploi, qui doit être contrôlé par le juge administratif de manière objective, contrairement au contrôle sur le PSE instauré par décision unilatérale de l'employeur qui est un contrôle de subjectivité, et pas un simple contrôle de légalité⁷⁸⁶. Le contrôle du juge administratif en cas

⁷⁸⁴ Alors que tous les autres types d'accord ne doivent satisfaire à l'exigence majoritaire que depuis le 1er janvier 2019.

⁷⁸⁵ « *Notre supplique initiale « Ne touchez qu'avec une main très tremblante au consensus si difficile à établir en France, et donc aux conventions collectives. Faites confiance aux signataires : préférez la solution qui laisse le plus aux acteurs » est donc ici renforcée. Car les partenaires sociaux ont alors trouvé un accord nécessairement majoritaire permettant immédiatement de sauvegarder (accord défensif de maintien dans l'emploi de juin 2013), ou à terme de conforter des emplois (accord offensif en faveur de l'emploi d'août 2016) », J.-E. Ray, « Dossier : juges et accords collectifs de travail, Introduction générale au débat, Légalité et légitimités », op.cit., p. 486.*

⁷⁸⁶ « *La loi du 16 juin 2013 a montré le chemin en opposant plan de sauvegarde de l'emploi unilatéral et PSE négocié : pour ce dernier, le contrôle administratif est délibérément très limité, retenue approuvée par le Conseil d'Etat avec l'arrêt Société Darty du 7 décembre 2015 : « Il résulte des dispositions du 3° de l'article L. 1233-57-2 du code du travail que, lorsque le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi a été déterminé par un accord collectif majoritaire signé dans les conditions prévues à l'article L. 1233-24-1 du même code, l'administration doit seulement s'assurer de la présence, dans ce plan, des mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63 » », ibid.*

de litige sera un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le cas de figure où le PSE est mis en place dans le cadre d'un accord majoritaire. Ce type d'accord, qui se doit donc d'être majoritaire, s'envisage comme un accord sur l'emploi, et le juge judiciaire se devrait alors de prendre exemple sur le juge administratif afin d'effectuer un contrôle allégé dans l'hypothèse de la conclusion de tels accords majoritaires. L'emploi du conditionnel est adéquat, car peut-on réellement comparer le contrôle du juge administratif avec celui du juge judiciaire ? Si le dernier s'est forcément inspiré du premier pour redéfinir son pouvoir de contrôle, cette inspiration ne peut être assimilée à un contrôle en tout point similaire concernant un autre univers de référence : celui des accords de performance collective.

389. Une autre hypothèse peut alors à ce stade être dégagée. Certes la légitimité de ce type d'accord est renforcée, mais comme c'est le cas de tous les accords d'entreprise. Donc dire que ce type d'accord mérite un contrôle particulièrement restreint du juge n'est plus d'actualité. De plus, le contenu de l'accord de performance collective, instaurant un renoncement à un avantage individuel (qui avait alors justifié une hausse prématuée de sa légitimité), est un enjeu particulièrement important et un acte d'une particulière gravité pour le salarié. Il était donc normal et logique qu'un tel accord réponde à l'exigence majoritaire. Mais en prenant le contre-pied de la vision doctrinale précédente, comme tous les accords d'entreprise doivent aujourd'hui satisfaire à cette condition de majorité, et que l'accord cité à l'article L. 2254-2 est par définition le plus défavorable pour les salariés, la seule manière de les protéger et de différencier cet accord de tous les autres, serait de donner au juge la capacité d'opérer un contrôle adéquat à la gravité de l'acte qu'est le renoncement à un avantage individuel. L'argument qui pouvait jusque-là tenir la route concernant la conclusion majoritaire de ces accords sur l'emploi ancienne génération, n'a plus lieu d'être. Chaque accord collectif doit répondre à cette condition de majorité, qu'il s'agisse d'un accord de performance collective ou de tout autre accord de droit commun. Il serait donc erroné d'affirmer que plus que pour tout autre type d'accord collectif, l'accord de performance collective doit être soumis à un contrôle restreint du juge judiciaire. Bien au contraire, la conclusion d'un tel type d'accord, pouvant amener à une réduction de la rémunération, à une augmentation du temps de travail ou à une modification de la mobilité géographique ou professionnel du salarié, n'étant soumise à aucune formalité particulière, il faut alors que le rôle du juge soit renforcée pour venir contrebalancer cette perte d'avantages individuels. Si Monsieur Yannick Pagnerre a pu se pencher en détail sur l'accord de performance collective,

et particulièrement sur la question du contrôle opéré par le juge sur ledit accord, sa vision reflète la pensée doctrinale dominante s’agissant du contrôle judiciaire. En prenant pour modèle différents arrêts de la chambre sociale, comme l’arrêt *SAT* selon lequel le juge ne peut en aucun s’immiscer dans le choix de gestion des entreprises⁷⁸⁷, ou encore la série d’arrêts de la chambre sociale démarrant le 27 janvier 2015⁷⁸⁸ à propos du contrôle de légalité du juge concernant les différences de traitement instaurées par la voie de l’accord collectif⁷⁸⁹, l’auteur affirme qu’ « *apprécier la pertinence suppose de comparer les motifs invoqués avec le ou les objectifs poursuivis (que sont l’aménagement du temps de travail, de la rémunération du travail et de la mobilité géographique ou professionnelle). Il est cependant de jurisprudence constante, depuis l’arrêt SAT, que, dès lors que le motif (économique) est réel et sérieux, le juge ne peut pas s’immiscer dans les choix de gestion de l’employeur. Il serait curieux que le juge puisse s’immiscer dans les choix opérés par les partenaires sociaux alors qu’ils bénéficient d’une faveur juridique sans précédent depuis des arrêts du 27 janvier 2015...Sans doute faut-il interpréter l’expression « pertinence » a minima, comme une appréciation du « bien-fondé » du motif invoqué »*⁷⁹⁰. La « pertinence » dont il parle provient des sages du Conseil constitutionnel, qui dans leur décision du 21 mars 2018⁷⁹¹ ont indiqué que « *le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l’accord peut être contestée devant le juge* ». Car à la lecture de l’article L. 2254-2 du Code du travail, l’APC ne peut être conclu que pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l’entreprise, ou alors pour préserver ou développer l’emploi.

390. Le contrôle du juge judiciaire s’opère à deux niveaux différents : au stade de la négociation, et sur le contenu de l’accord. Le juge va vérifier que la loyauté de la négociation est respectée en contrôlant la transmission des informations par l’employeurs : celles-ci doivent justifier d’une nécessité liée au fonctionnement de l’entreprise ou d’une volonté de préserver ou de développer l’emploi. Quant au contenu de l’accord, le juge va tout d’abord s’assurer que l’objectif de l’APC est bien inscrit dans le préambule ou le corps de l’accord, ce

⁷⁸⁷ Cass. ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219, Bull. ass. plén., n° 9 ; Dr. soc. 2001, p. 1125, note J. Pélassier ; Dr. soc. 2001, p. 126, concl. P. de Caigny ; *ibid.* p. 133, note A. Cristau ; *ibid.* p. 417, note A. Jeammaud et M. Le Friant.

⁷⁸⁸ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

⁷⁸⁹ *supra*. n° 190 et s.

⁷⁹⁰ Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », Dr. soc. 2018, p. 694.

⁷⁹¹ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc.

qui signifie que l'accord doit préciser qu'il est conclu pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou pour préserver ou développer l'emploi. De plus, les négociateurs doivent aussi mentionner explicitement en quoi les mesures prises dans cet APC sont nécessaires pour l'entreprise. Sur ce point, force est de constater que le contrôle de la phase de négociation rejoint pleinement le contrôle du contenu de l'accord de performance collective. Par conséquent, le contrôle judiciaire pourrait consister à rechercher un lien de causalité entre les motifs réellement avancés pour recourir à la conclusion d'un accord de performance collective, et ceux mentionnés dans le Code du travail⁷⁹². Si l'employeur, lors de la négociation, n'indique pas en quoi les informations transmises ont un lien avec le fonctionnement de l'entreprise, ou si les négociateurs ne mentionnent pas dans le contenu de l'accord en quoi les mesures prises sont nécessaires pour préserver ou développer l'emploi, le juge pourra annuler l'accord.

391. Néanmoins, comment concilier les préconisations du Conseil constitutionnel avec la solution de l'arrêt *SAT* et l'impossibilité pour le juge de s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur ? Isabelle Taraud, lors du colloque de la revue Droit social en janvier 2020, a apporté un semblant de réponse, en indiquant que si les « *entreprises invoqueront sans doute la jurisprudence SAT selon laquelle le juge ne doit pas s'immiscer dans leurs choix de gestion (...) il appartient à l'employeur d'éclairer ses partenaires sur ce qui le conduit à choisir ce terrain exceptionnel et, comme on l'a dit, dans ce cadre, les informations ne doivent pas avoir été livrées de manière tronquée ou erronée : le contrôle des conditions de négociation et le contrôle du contenu de l'accord se superposent sur cette question des motifs* »⁷⁹³. Il se pourrait donc que soit opérée une lecture de ce terme de « pertinence » influencée par les arrêts du 27 janvier 2015⁷⁹⁴, même si le thème de l'accord de performance collective est en tout point différent⁷⁹⁵ de celui des accords étudiés dans lesdits arrêts. D'autant plus qu'un

⁷⁹² « *Le contrôle des nécessités de fonctionnement de l'entreprise qui doivent présider à la conclusion de l'APC devrait plus certainement procéder d'un contrôle de l'abus et de la dénaturation, sauf à interférer dans la liberté des partenaires sociaux de conclure de tels accords. Concrètement, c'est uniquement si les raisons avancées pour conclure l'APC n'ont aucun rapport ni avec des nécessités de fonctionnement de l'entreprise ni avec la préservation ou le développement de l'emploi, ou n'en font pas état, qu'une conséquence judiciaire devrait pouvoir en être tirée* », P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », Dr. soc. 2020, p. 511.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, préc.

⁷⁹⁵ Pour l'accord de performance collective il s'agit tout de même de la perte d'avantages individuels promis par le contrat de travail.

arrêt de la chambre criminelle du 7 janvier 2020⁷⁹⁶ « *invite le juge à « mieux » contrôler les accords, ce qui signifie que l'existence d'un accord n'excuse pas tout. Le paravent de l'accord ne signifie pas que le juge n'a plus le droit de regard sur l'application des textes* »⁷⁹⁷. Cette phrase, loin d'être anodine, prononcée par le Conseil constitutionnel et invoquant « *la pertinence des motifs* », jumelée à la vision jurisprudentielle souhaitant remettre le juge et son contrôle au centre des débats entourant les accords collectifs, viennent nous faire penser que le rôle du juge judiciaire vis-à-vis de l'accord de performance collective ne sera pas un simple contrôle de légalité⁷⁹⁸. En réalité, la seule théorie pouvant être avancée s'agissant de l'effacement du juge judiciaire à propos de l'APC, ne concerne ni sa conclusion majoritaire, ni l'assimilation au contrôle de légalité dégagé par l'arrêt *SAT* et ceux du 27 janvier 2015. Cet effacement du rôle du juge, comme pour les directives légales données au juge par le législateur à propos des questions touchant à la nullité de l'accord collectif⁷⁹⁹, résultera de la volonté législative de circonscrire l'office du juge, plus précisément de prédéterminer son office dans des situations déterminées⁸⁰⁰. C'est donc le cas de l'article L. 2254-2 du Code du travail qui prévoit expressément que le licenciement sera en tout état de cause pourvu d'une cause réelle et sérieuse en cas de refus par le salarié de la modification de son contrat de travail résultant d'un accord de performance collective. Est-ce à dire que le juge n'aura pas le moindre pouvoir de contrôle sur le licenciement découlant de l'accord de performance collective valablement conclu ? L'article 9, paragraphe 3 de la convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) énonce qu' en « *cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention (autrement dit le juge prud'homal en ce qui nous concerne) devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie*

⁷⁹⁶ Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, préc.

⁷⁹⁷ « Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social », SSL, n° 1893, 3 février 2020.

⁷⁹⁸ Un contrôle de légalité qui en vient même à être remis en cause, ou en tout cas discuter y compris dans les domaines où il semblait acquis.

⁷⁹⁹ *supra*. n° 277 et s.

⁸⁰⁰ J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op. cit.*, p. 18 et s.

*par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1er de la présente convention »*⁸⁰¹. A ce propos, deux confédérations syndicales, la CGT et FO, avaient déposé une réclamation devant l'organisation internationale du travail en 2017 contre les accords de préservation et de développement de l'emploi. Cette réclamation, complétée en 2019, a été examinée par le comité tripartite de l'OIT, en se basant sur l'actuel article L. 2254-2 du Code du travail relatif aux accords de performance collective. Pour les syndicats, il s'agissait notamment de contester la formulation de l'article précité qui instituait une présomption de validité du licenciement, et qui par conséquent empêchait un véritable contrôle effectif du juge judiciaire sur l'accord de performance collective et surtout sur le licenciement qui peut en découler. Le rapport de l'OIT « *est sans appel. D'une part, « il incombe au juge national de déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention ». D'autre part, au-delà de « l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement », « le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire » - et le comité de proscrire tout arrangement avec cette exigence impérative de justification : le juge doit être en mesure d'exercer « un contrôle effectif et non seulement formel du motif de licenciement »* »⁸⁰².

392. Le contrôle judiciaire des motifs du licenciement est le troisième temps du contrôle de juge sur l'APC, après celui sur les modalités de la négociation et sur le contenu de l'accord. En réalité, ce contrôle sur la conséquence de l'APC qu'est le licenciement se fera essentiellement en contestant l'accord collectif lui-même. Il pourra en premier lieu être contesté sur le fondement de l'absence de motivation, qui n'est autre que l'application dudit accord (il y a donc une présomption de cause réelle et sérieuse à partir du moment où l'accord de performance collectif existe)⁸⁰³. Le licenciement peut également être contesté en

⁸⁰¹ Cet article 1er de ladite convention mentionne lui que « *Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale* ».

⁸⁰² H. Cavat, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », RDT 2022, p. 300.

⁸⁰³ V. Cass. soc. 15 mars 2006, n° 04-40.504, Bull. civ. V, n° 107 : « *En cas de licenciement motivé par le refus d'un salarié de la modification de son contrat de travail en application d'un accord de RTT, [...] la lettre de licenciement doit comporter l'indication de cet accord* ».

remettant en cause la loyauté dans la transmission des informations par l'employeur⁸⁰⁴, ou encore en contestant le contenu de l'accord qui ne mentionnerait pas les exigences légales, ou qui n'expliquerait pas en quoi les mesures prises répondent à ces exigences⁸⁰⁵. Si tel n'est pas le cas, le licenciement ne bénéficiera plus de la présomption de justification qu'a instaurée le législateur afin justement d'éviter un trop grand contentieux judiciaire. Dès lors, aucun recul du contrôle judiciaire ne peut être constaté s'agissant du domaine de l'accord de performance collective. S'il est nécessaire de différencier trois étapes, celle de la phase de négociation, du contenu, et des conséquences directes de l'APC (à savoir le licenciement, présumé pourvu d'une cause réelle et sérieuse), cette distinction ne doit pas amener à voir dans une de ces étapes un recul du contrôle du juge judiciaire. Bien au contraire, le contrôle du contenu de l'accord de performance collective devrait selon nous, en raison des thèmes qu'il aborde, être bien plus « lourd » que le contrôle de certains accords collectifs de droit commun. En revanche, il est impossible de nier que le législateur a quand même tenu à éluder, non pas le juge dans son ensemble⁸⁰⁶ mais un contrôle de ce dernier qui serait trop subjectif. La loi a donc permis à l'employeur, en ce qui concerne la conséquence directe de l'application de l'accord de performance collective, d'assurer ses arrières contre un contrôle des motifs du juge qui aurait pu être facteur d'insécurité juridique. Ce fut en tout cas la volonté législative initiale, le juge se réservant tout le même une large possibilité de contrôle indirect du licenciement des salariés qui refuseraient l'application de l'accord, en opérant un contrôle en amont, un contrôle du contenu de l'accord⁸⁰⁷. D'autre part, cette volonté législative n'a pas

⁸⁰⁴ Une difficulté apparaît : la motivation du licenciement n'étant autre que l'existence de l'APC, la contestation du licenciement en vertu d'une déloyauté dans la phase de négociation ou d'une méconnaissance des dispositions légales devant régir le contenu de l'accord, devra se faire durant le délai de 2 mois mentionné à l'article L. 2262-14 du Code du travail. Le recours à l'exception d'illégalité sera sans aucun doute possible à propos de la contestation du contenu de l'accord. En revanche, *quid* lorsque le salarié qui conteste son licenciement le fait en évoquant la déloyauté lors de la transmission des informations par l'employeur ? Si la procédure de négociation, et notamment les règles entourant l'exigence de loyauté, sont assimilées à un vice de forme ou de procédure au sens du droit administratif, alors le recours à l'exception d'illégalité ne sera dans ce cas pas permis pour le salarié souhaitant contester son licenciement. Cette hypothèse, selon nous, devrait suffire pour permettre au juge judiciaire de faire de la méconnaissance de l'exigence de loyauté un vice de fond ouvrant la voie de l'exception d'illégalité, et non pas un vice de forme ou de procédure.

⁸⁰⁵ V. Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 07-44.712, Bull. civ. V, n° 201 : « *Si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat résultant de la mise en oeuvre d'un accord de modulation constitue, en application de la loi du 19 janvier 2000, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions légales le régissant* ».

⁸⁰⁶ Il ne s'agit pas ici d'éviter le contentieux judiciaire, comme ce fut le cas pour la mise en place de la rupture conventionnelle, v. J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *op. cit.*, p. 18 et s.

⁸⁰⁷ Pour une illustration de ce contrôle « poussé » du licenciement en vertu du contenu de l'accord, v. Cass. soc. 4 mars 2020, n° 18-19.189, D. 2020, p. 606 : « *Ne caractérise pas, par lui-même, l'impossibilité dans laquelle se trouve l'employeur de maintenir le contrat de travail d'une salariée enceinte pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement, le refus par cette salariée de voir appliquer à son contrat de travail les stipulations d'un accord de mobilité interne* ».

été pleinement entendue par les instances internationales, l’OIT ayant procédé à un rappel « à l’ordre à l’intention du législateur, dont il n’a pas échappé au comité qu’il avait calibré les contours du dispositif des APC de sorte à limiter au maximum l’intervention du juge. Mais rappel à l’ordre à l’égard du juge également, qui ne saurait s’abstenir de tout contrôle, ni même - et là se trouve le véritable apport du texte - se contenter d’un contrôle formel. L’exhortation à un « véritable contrôle judiciaire » est limpide - de la part, qui plus est, d’une institution qu’on ne peut soupçonner d’être déficiente vis-à-vis du dialogue social, bien au contraire - sera-t-elle entendue ? »⁸⁰⁸.

2. Les problématiques entourant le régime juridique de l’APC

393. Outre la problématique de l’intensité du contrôle judiciaire, les difficultés existantes à propos de l’APC conclu avec les organisations syndicales représentatives concernent notamment l’articulation de cet accord avec le contrat de travail (a), la sanction qu’encourt l’APC s’il ne remplit pas les conditions légalement exigées (b), la problématique des accords collectifs qualifiés de « mixtes » (c), ou encore l’articulation entre les différents périmètres de négociation (d).

a) Le rôle du juge sur la notion de substitution

394. De prime abord, il revient au juge judiciaire de déterminer ce qu’il faut entendre par « substitution ». En effet, l’article L. 2254-2 du Code du travail énonce que les « *stipulations de l’accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l’entreprise* ». Se pencher sur la notion de substitution, c’est de fait réfléchir à l’articulation que va opérer le juge judiciaire entre l’accord collectif et le contrat de travail. Le terme de substitution s’entend ici comme une opération de modification du contrat de travail en application des dispositions légales. Néanmoins, certaines interrogations, notamment sur la portée de cette modification, restent en suspens. *Quid* par exemple si l’accord de performance collective est conclu pour une durée déterminée ? Que se passera-t-il au jour de la survenance du terme ? Faudrait-il envisager un

⁸⁰⁸ H. Cavat, « Rappel à l’ordre de l’OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *op. cit.*, p. 301.

retour à l'application des clauses originaires du contrat de travail ? Il n'y a plus le moindre doute sur la possibilité qu'à l'accord de performance collective d'être aussi bien à durée déterminée qu'à durée indéterminée, puisqu'aucune disposition ne vient en fixer la durée⁸⁰⁹. La doctrine se divise en deux courants de pensée. Le premier courant consiste à dire que lorsque l'accord est à durée déterminée, la survenance du terme n'aurait aucune incidence sur l'application des stipulations initiales du contrat de travail, qui auraient donc définitivement disparues avec la conclusion de l'accord de performance collective et l'acceptation de la modification de son contrat par le salarié. Le second courant laisse plus de liberté aux parties signataires de l'accord de performance collective. Une doctrine qu'il faudrait à notre sens privilégier, ne serait-ce qu'en raison du mouvement laissant une place immense à la négociation collective, et donc à la liberté des négociateurs pour déterminer le régime juridique applicable à une situation donnée. En fonction de la modification envisagée, de la nature de cette modification, qu'elle porte sur la qualification, le lieu de travail, sa durée ou la rémunération du salarié, le juge devrait pouvoir laisser toute latitude aux parties pour déterminer si la modification contractuelle par des stipulations conventionnelles a vocation à durer au-delà du terme de l'accord collectif⁸¹⁰.

395. Il est également possible d'envisager que la notion de substitution ne peut en aucun cas s'apparenter à celle d'incorporation, les stipulations du contrat de travail retrouvant leur plein effet lorsque l'accord à durée déterminée prend fin⁸¹¹. La question reste cependant plus délicate à trancher concernant l'hypothèse d'un accord de performance collective à durée indéterminée, pouvant donc donner lieu à une mise en cause ou une dénonciation. Si la Direction Générale du Travail (DGT) a déjà eu l'occasion d'éclaircir quelque peu les choses, en affirmant que « *les clauses du contrat de travail ne sont suspendues que pendant la durée de l'accord. Si l'accord est à durée indéterminée, les clauses contraires du contrat de travail*

⁸⁰⁹ Par un raisonnement *a contrario*, les anciens accords sur l'emploi, que ce soit les Accords de Maintien de l'Emploi et les Accords de Préservation et de Développement de l'Emploi, étaient eux conclus pour une durée déterminée de cinq ans maximum.

⁸¹⁰ « *Ainsi, la modification de la qualification du salarié ou de son lieu de travail donnerait plutôt lieu à une modification pérenne, le retour aux clauses antérieures après plusieurs années dans ces domaines étant plus difficile à gérer* », M. Morand et G. François, Liaisons sociales thématiques, avril 2018, n° 58, p. 98.

⁸¹¹ « *Le salarié ne signe pas un avenant à son contrat ; il lui est demandé s'il s'oppose ou non aux effets de l'accord en ce qu'il suspend l'application des clauses contraires de son contrat de travail : « Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». Le salarié donne son consentement à l'exécution de son contrat de travail aux conditions de l'accord pour le temps de validité de ce dernier : les clauses initiales du contrat de travail ne sont pas annihilées, mais elles sont simplement temporairement éclipsées par cette prévalence de l'accord collectif qu'organise le code du travail* », P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *op.cit.*, p. 515.

*sont modifiées de manière permanente. C'est donc l'accord lui-même qui, par nature, fixe la durée de cette substitution »*⁸¹², cette analyse, laissant toute latitude - et c'est tant mieux - aux négociateurs, ne traite pas directement du problème pouvant survenir en cas de mise en cause ou de dénonciation. Il est logique en effet que l'accord à durée indéterminée entretienne la modification des clauses du contrat de travail de façon continue. Le fait pour les négociateurs de l'accord de ne pas avoir effectivement instauré de délai montre bien leur volonté de faire de cette substitution un acquis permanent. Or, à l'instar de la survenance du terme lorsque l'accord de performance collective est à durée déterminée, que va décider le juge lorsque l'accord à durée indéterminée sera dénoncé ou mis en cause ? Assistera-t-on à un retour aux clauses initiales du contrat de travail, ou au contraire la substitution aura vocation à s'appliquer même après la « disparition » de l'accord collectif à l'origine de cette modification ? En raisonnant par analogie avec la théorie doctrinale laissant une grande marge de manœuvre aux négociateurs lorsque l'accord est à durée déterminée, le juge devrait sur ce point accorder toute sa confiance aux parties lorsque la question de la dénonciation et de la mise en cause a été tranchée dans l'accord. En revanche, lorsque les parties n'ont pas envisagé cette hypothèse, le rôle du juge sera alors encore une fois primordial dans la détermination du régime juridique entourant la dénonciation ou la mise en cause d'un accord de performance collective. Faire un retour en arrière et appliquer de nouveaux les stipulations initiales du contrat de travail serait bien évidemment une solution pleinement favorable pour les salariés. Ces derniers retrouveraient leurs minima contractuels plus avantageux pour eux que les dispositions conventionnelles de l'accord de performance collective. D'un point de vue purement exégétique, faire perdurer les dispositions de l'accord une fois celui-ci mis en cause ou dénoncé reviendrait, comme nous l'avons énoncé à l'instant, à confondre les notions de substitution et d'incorporation, or le choix des mots, surtout en droit, n'est jamais anodin.

396. Le dernier argument privilégiant le retour aux stipulations contractuelles relève de l'opportunité. L'APC est en lui-même un outil offert aux employeurs pour permettre de licencier des salariés selon un motif réel et sérieux si ces derniers refusent une modification de leur contrat de travail. La logique jurisprudentielle pourrait alors consister à réinstaller un minimum d'équilibre au profit des salariés. Or, cette solution, visant à appliquer les anciennes stipulations contractuelles après la mise en cause ou la dénonciation de l'accord, serait une

⁸¹² Liaisons sociales quotidien, n° 17582, 2 juin 2018, p. 1.

façon de protéger les salariés contre un dispositif qui ne leur est en aucun point favorable. Néanmoins, revenir sur les stipulations prévues par le contrat de travail en cas de fin de l'APC à durée indéterminée pourrait, *a contrario*, largement handicaper les entreprises et leurs employeurs. En effet, la dénonciation et la mise en cause ne sont que rarement du fait de la partie patronale⁸¹³. Dès lors, suite à un cas de figure que l'employeur subirait, lui imposer un retour à une situation qu'il ne connaît pas ou qu'il ne sera pas toujours possible de rétablir, pourrait s'avérer être un handicap trop grand qui sonnerait comme un frein à l'intérêt de recourir au mécanisme de l'article L. 2254-2 du Code du travail⁸¹⁴. En tout état de cause, le juge judiciaire aura une nouvelle grande responsabilité en termes de contrôle sur la mise en œuvre de l'accord de performance collective, ne serait-ce que pour assurer une certaine sécurité juridique.

b) Le rôle du juge quant à la sanction encourue par l'accord illicite

397. La question de la sanction applicable lorsque l'accord de performance collective ne satisfait pas aux obligations légales est également débattue. Si chacun s'accorde à dire que la nullité est tout à fait applicable à l'accord de performance collective, certains en doctrine ont pu penser que sa requalification en accord collectif de droit commun était envisageable et même souhaitable au regard de la gravité et de l'insécurité juridique que peut faire encourir l'annulation rétroactive d'un accord collectif. Qui dit requalification en accord collectif de droit commun dit forcément application de la procédure de licenciement pour motif économique avec donc mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors, dans quels cas de figure une telle requalification peut-elle avoir lieu ? Ce sera tout d'abord l'hypothèse où le préambule n'aura rien mentionné ou n'aura pas été assez précis concernant les motifs de recours à l'accord de performance collective. Le rôle du préambule étant d'indiquer les motifs, à défaut, la requalification peut s'envisager. En revanche, l'indication

⁸¹³ La dénonciation pouvant venir des organisations syndicales signataires, et la mise en cause relevant d'un événement fortuit, non souhaité par l'employeur.

⁸¹⁴ « *S'il fallait considérer après plusieurs années d'application de l'APC, lorsque celui-ci cesse de s'appliquer pour des raisons qui ne sont pas toujours du fait de l'employeur (comme c'est souvent le cas d'une mise en cause, résultant de modifications dans la situation juridique « subie »), qu'il faut en revenir aux dispositions contractuelles qui régissaient antérieurement la situation des salariés, lesquelles ne seront pas toujours connues de l'employeur actuel et difficiles, voire impossibles à rétablir (retour à l'ancien lieu de travail qui n'existe plus, rétablissement des anciennes modalités de rémunération alors qu'entre-temps les salaires ont été augmentés, etc.), alors il est probable que l'intérêt de la conclusion d'un APC pour régir ces situations sera considérablement réduit, en tout cas pour les entreprises », P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », op. cit., p. 516.*

des motifs dans le préambule ne doit pas être confondue avec le contrôle desdits motifs par le juge. Certes, le préambule se doit de préciser les motifs du recours à l'APC, et le fait qu'il ne le fasse pas peut amener à la requalification en accord de droit commun. Cependant, à côté de cela, le juge se doit d'apprécier les motifs, et si les motifs de recours à ce type d'accord ne sont pas mentionnés dans la loi, le juge n'aura vraisemblablement pas d'autre choix que de prononcer la nullité de l'accord en question. Mieux, le juge prononcera la nullité de l'APC lorsqu'il estimera que les motifs invoqués ne sont pas suffisamment pertinents, démontrant toute l'étendue de son contrôle dans ce domaine, ne s'apparentant pas à un simple contrôle de légalité⁸¹⁵.

398. Autre cas où la question de la sanction se pose, lorsque l'accord de performance collective a été conclu sans délégués syndicaux, en ayant donc recours à la négociation substitutive, alors que le Conseil constitutionnel a vraisemblablement énoncé que seule la voie classique de la conclusion majoritaire avec des organisations syndicales représentatives était possible concernant ce type d'accord⁸¹⁶.

399. En outre, il tombe sous le sens que le juge contrôle le fait que l'accord ne contienne pas de stipulations discriminatoires, qu'il s'assure que l'aménagement du temps de travail répond bien aux exigences légales et communautaire notamment⁸¹⁷, ou encore qu'il fasse respecter les minima légaux ou conventionnels en matière de rémunération.

⁸¹⁵ « *Sur ce terrain, la sanction doit être celle de la nullité car il s'agit d'une habilitation à négocier et si les motifs avancés ne sont pas ceux que la loi vise, l'entreprise perd cette habilitation. En tout état de cause, la sanction alternative de la requalification en accord « classique » ne permettra pas au dispositif négocié de s'appliquer, l'accord ne pouvant plus impacter les contrats de travail. Les entreprises invoqueront sans doute la jurisprudence SAT selon laquelle le juge ne doit pas s'immiscer dans leurs choix de gestion. Mais il appartient à l'employeur d'éclairer ses partenaires sur ce qui le conduit à choisir ce terrain exceptionnel et, comme on l'a dit, dans ce cadre, les informations ne doivent pas avoir été livrées de manière tronquée ou erronée : le contrôle des conditions de négociation et le contrôle du contenu de l'accord se superposent sur cette question des motifs. Dans sa décision précitée du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel ouvre clairement ce recours au juge, soulignant que « le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. Il appartient aux entreprises de déterminer lors de la négociation les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir, et à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité. Le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge ». Ce n'est donc pas un contrôle restreint ! », P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », op. cit., p. 517.*

⁸¹⁶ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761, DC, préc. : « *en vertu de l'article L. 2232-12 du code du travail, l'accord, pour être adopté, doit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30% des voix au premier des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique* ».

⁸¹⁷ Sur ce point et plus particulièrement sur le travail de nuit, v. Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, préc.

400. Outre la recherche des hypothèses dans lesquelles une hésitation entre requalification et nullité peut voir le jour, la problématique de la pertinence du recours à la requalification de l'accord de performance collective en accord de droit commun demeure plus intéressante. Le propre de l'accord de performance collective est de se substituer au contrat de travail du salarié. Or, à partir du moment où il y a une requalification de cet accord en accord de droit commun, il n'y aura par définition plus de substitution possible, et les stipulations du contrat de travail plus favorables au salarié continueront de s'appliquer, rendant obsolètes et inutiles les dispositions de l'accord collectif. En se posant la question de l'opportunité d'une telle sanction, c'est celle de l'utilité même de l'accord nouvellement requalifié qui éclot. L'accord, dans ses stipulations relevant nécessairement de l'article L. 2254-2, ne pouvant plus se substituer au contrat de travail, il ne sera dès lors en aucun cas applicable, perdant tout son attrait pour l'employeur qui souhaiterait le mettre en oeuvre. Si juridiquement la requalification est envisageable, son opportunité et par conséquent son utilité sont sérieusement remises en question. La question des accords dits « mixtes » soulève une autre variété de problème, mais dans un tel type d'accord la logique voudrait encore que la sanction soit la nullité des clauses portant sur la mobilité géographique ou professionnelle, sur la rémunération et sur le temps de travail.

c) Le rôle du juge sur les accords dits « mixtes »

401. Par l'expression « accords collectifs mixtes », il faut ici entendre des accords qui empruntent à la fois au régime juridique des accords collectifs de droit commun et à celui des accords de performance collective. Ainsi, un accord mixte comportera des dispositions relatives à la mobilité géographique ou professionnelle, à la rémunération et au temps de travail qui se substitueront aux stipulations contractuelles, mais aussi des dispositions qui, ne portant pas sur ces trois thèmes là, n'auront pas vocation à se substituer au contrat de travail du salarié. S'agissant des modalités de conclusion de l'accord de performance collective, nous avons déjà souligné qu'il n'y avait qu'une seule possibilité, à savoir la conclusion par des organisations syndicales représentatives majoritaires, ou alors par référendum des salariés si les organisations signataires représentent entre 30 et 50% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. Ce qui *de facto* semble exclure la négociation

substitutive pour conclure un accord de performance collective⁸¹⁸. Une affirmation qui ne reste néanmoins à ce jour qu'une pure hypothèse - malgré ce qu'a énoncé le Conseil constitutionnel à ce sujet⁸¹⁹. Si nous traitons ici de la question des modalités de conclusion de l'accord de performance collective, c'est parce que la « mixité » des accords collectifs quant à leur contenu, aux thèmes envisagés par les négociateurs, va poser avec une particulière acuité la question de la « mixité » des modalités de conclusion des accords. Si un accord collectif peut regrouper en son sein plusieurs types d'accords, comme par exemple lier un accord de performance collective et un autre type d'accord, cela peut entraîner une pluralité de modalités de conclusion à l'intérieur d'un seul et même accord, en fonction des thèmes abordés par celui-ci⁸²⁰. Concernant particulièrement la partie de l'accord empruntant au régime de l'article L. 2254-2 du Code du travail, il sera permis d'envisager plusieurs modes de conclusion lorsque l'accord est à la fois un APC et un autre accord d'une autre nature, puisque l'accord de performance collective, au risque de se répéter, ne peut être, si l'on s'en tient à une interprétation stricte de la décision des sages du Conseil constitutionnel, signé que par des délégués syndicaux.

402. Le questionnement autour des accords mixtes est donc double. Une mixité envisagée à l'aune des modalités de conclusion dont peut découler un accord collectif, et une mixité concernant davantage les effets desdits accords, et plus particulièrement des accords empruntant aussi au régime des accords de performance collective : « *Faute de précisions suffisantes dans l'accord collectif, quel(s) régime(s) adosser à un accord portant sur des thèmes ouverts aux APC (durée du travail, rémunération, mobilité) et sur d'autres étrangers aux APC (les congés par exemple) ? La substitution de l'accord collectif aux clauses contraires du contrat de travail prévue par l'article L. 2254-2 du Code du travail permettant d'optimiser l'harmonisation du statut dans l'entreprise d'accueil, l'APC commence à être utilisé comme support de l'accord de substitution en cas notamment de fusion, avec une forte*

⁸¹⁸ Sur la difficulté de conclure un APC dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 salariés sans CSE, *infra*, n° 391 et s.

⁸¹⁹ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761, DC, préc.

⁸²⁰ « *On voit se multiplier, en droit du travail, les modalités de conclusion des accords : accords avec le comité social et économique (CSE), accords majoritaires avec référendum, accords majoritaires sans possibilité de référendum, accord (protocole préélectoral) à la double majorité, etc. Il en résulte une probabilité plus grande de rencontrer des accords mixtes. Des accords mixtes quant à leurs règles de conclusion tout d'abord, avec pour exemple les accords collectifs de dialogue social qui comprennent des dispositions sur la mise en place d'établissements distincts, donc sans possibilité de référendum, et des dispositions classiques soumises au régime de droit commun des accords collectifs (possibilité de référendum de rattrapage)* », *ibid*. V. sur ce point, TGI Brest, ord. réf. 6 septembre 2019, n° 19/00304, SSL, n° 1878, 2019, p. 13.

*probabilité d'accords mixtes (un accord de substitution dont les dispositions sur la rémunération, le temps de travail ou la mobilité sont soumises au régime des APC) ou jumelés (un accord de substitution « classique » auquel est adossé un APC) »*⁸²¹.

d) Le rôle du juge sur l'articulation entre les différents périmètres de négociation

403. Enfin, le dernier domaine où le juge va avoir un rôle prépondérant sera sans aucun doute l'articulation entre les différents périmètres de négociation. En effet, l'article L. 2254-2 du Code du travail ne mentionne aucun périmètre précis : ni l'entreprise, ni l'établissement, ni le groupe ne sont des périmètres privilégiés pour conclure un accord de performance collective. Une liberté totale pour les négociateurs, qui ouvre de fait une brèche pour un contrôle du juge. Si rien n'interdit de conclure un tel accord au niveau du groupe, cela voudra alors dire que l'accord de performance collective conclu au niveau du groupe peut se substituer aux accords d'entreprise, antérieurs comme postérieurs, s'il le prévoit expressément comme le mentionne l'article L. 2253-5 du Code du travail. Le problème, dans une telle hypothèse concernant un accord modifiant le contrat de travail, serait alors de remettre en cause les parties au contrat, et de remettre en cause de façon drastique le principe de l'effet relatif des conventions, et plus encore des contrats individuels. Toutes les entreprises du groupe s'auto-proclameraient co-employeurs dans un tel cas de figure, co-employeur du salarié du groupe touché par l'accord de performance collective. Cette problématique aura alors de réelles conséquences pratiques lorsque l'accord de groupe, accord de performance collective, va prendre le pas sur des accords conclus au niveau de l'entreprise en fonction du mécanisme de substitution prôné à l'article L. 2253-5 précité. Est-ce que le juge va réellement laisser une telle articulation s'opérer lorsque l'accord de performance collective, fort différent d'un accord de droit commun dans ses effets, est un accord de groupe ? Là encore, les précisions futures de la jurisprudence sur ce point seront les bienvenues. Des précisions qui auront le mérite de démontrer, si cela était encore nécessaire, que le juge non seulement déploie son contrôle sur le contenu de l'accord (et qui plus est sur l'accord de performance collective), tout en conservant son pouvoir régissant l'articulation entre les différents niveaux de négociation. En revanche, et pour être tout à fait complet sur le sujet, il faudra aborder succinctement la question du niveau de négociation intragroupe. Dans

⁸²¹ « Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social », SSL, n° 1893, 3 février 2020.

cette hypothèse, le « *choix d'une négociation au niveau du groupe ne permet pas d'organiser un dispositif de mobilité intragroupe pour autant. En effet, de telles mobilités intragroupe ne constituent pas une modification du contrat de travail et impliquent un changement d'employeur que le salarié doit nécessairement accepter* »⁸²².

B/ Le rôle du juge sur la reconnaissance de l'APC issu d'une négociation substitutive

404. Il s'agit de répondre ici à l'interrogation suivante : est-il possible de conclure un accord de performance collective en l'absence délégués syndicaux dans l'entreprise⁸²³ ? Il est même possible d'aller jusqu'à se demander si un APC peut naître d'une norme dont certains auteurs remettent en doute la nature même d'accord collectif⁸²⁴, notamment dans les entreprises de moins de 11 salariés ou de 11 à 20 salariés sans CSE où un projet « d'accord » va être élaboré unilatéralement par l'employeur pour ensuite le soumettre à l'approbation des

⁸²² « L'APC : opportunités et précautions d'emploi », SSL, n° 1827, 10 septembre 2018.

⁸²³ « *Le juge sera donc amené à se positionner sur le point de savoir si ces modalités de conclusion alternatives sont ouvertes à l'APC alors qu'une lecture stricte de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 relative à la loi de ratification des ordonnances Macron pourrait laisser penser le contraire, ce dernier considérant que l'atteinte portée au contrat de travail résultant de l'APC était justifiée dans la mesure où « l'accord pour être adopté doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ». Toutefois, le texte légal régissant l'APC, qui se borne à le qualifier « d'accord » sans lui accorder une nature juridique particulière, ne comporte aucune restriction quant à ses modes de conclusion, ce qui devrait autoriser le recours à tous ceux ouverts par la loi. Le ministère du Travail fait d'ailleurs expressément référence à ces modes de conclusion alternatifs sur son site internet et dans son guide sur le licenciement des salariés protégés suite à la conclusion d'un APC. Exclure ces modes de conclusion reviendrait à fermer la possibilité, essentiellement pour les entreprises de moins de 50 salariés (TPE), de conclure de tels accords, ce qui correspondrait difficilement à l'intention du législateur telle qu'elle résulte non seulement du texte propre aux APC mais plus généralement à l'impulsion légale donnée depuis la loi du 8 août 2016 en faveur de la généralisation de ces modes supplétifs en vue d'un accès plus large à la négociation collective dans l'entreprise. Cette exclusion se justifierait d'autant moins dans un contexte économique renouvelé par la crise sanitaire actuelle, qui risque de déboucher sur une crise économique majeure et de renforcer l'attractivité de ce type d'accord spécifiquement pour les plus petites entreprises qui en seront les premières victimes* », P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », *op. cit.*, p. 517.

⁸²⁴ Sur la nature de l'acte issu d'une négociation substitutive, v. M.-L. Morin, « Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. ouv. 2017, p. 590 : « *L'acte issu d'un référendum d'entreprise relève donc juridiquement plus d'une décision patronale acceptée individuellement, fût-ce par les deux tiers des salariés, qu'à un accord collectif dont le contenu a été négocié* ». V. égal. L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », Dr. soc. 2019, p. 867 ; J. Barthélémy, « À propos du référendum », Rev. fid., 14 décembre 2017, p. 42 ; Y. Pagnerre, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in Mélanges en l'honneur du Professeur B. Teyssié, LexisNexis, 2020 ; A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », Dr. ouv. 2018, p. 441 ; B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », Dr. soc. 1998, p. 338 ; P. Adam, « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *op.cit.*, p. 52 et s ; Y. Pagnerre et K. Pagani, *Le vade-mecum des ordonnances Macron*, Gualino, 2018, p. 205 ; P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail », D. 2017, p. 2109.

2/3 des salariés⁸²⁵. Si l'on s'en tient à une lecture exégétique de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018⁸²⁶, conclure un APC dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, donc dans la très grande majorité des cas dans les TPE et PME, n'est pas possible, l'APC étant conclu en vertu de l'article L. 2232-12 du Code du travail selon un accord majoritaire, ou à défaut par un référendum des salariés si l'accord a été signé par des organisations syndicales minoritaires représentant plus de 30% des suffrages au premier tour des élections professionnelles⁸²⁷. Néanmoins, cette interprétation du Conseil constitutionnel peut poser des problèmes du point de vue de l'égalité de traitement entre les différentes entreprises, selon leur effectif. Pourquoi le recours à la négociation substitutive pour conclure un APC ne concernerait pas les TPE/PME, et avantagerait de fait les plus grosses entreprises ? Cela engendrerait une contradiction avec le principe constitutionnel d'égalité, d'autant plus que la lettre de l'article L. 2254-2 ne fait que citer le terme « d'accord » sans en préciser à aucun moment les négociateurs. La loi ne distinguant pas selon les modalités de conclusion de l'APC, pourquoi le juge devrait interdire le recours à la négociation substitutive dans les TPE/PME ? Pour la première fois, les juges du fond sont venus apporter un premier élément de réponse, en affirmant que la négociation d'un accord de performance collective était tout à fait envisageable dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégués syndicaux. En effet, les juges de la Cour d'appel de Nancy énoncent que « *la validité d'un tel accord, au regard des enjeux d'une portée considérable s'agissant des salariés, doit donc être appréciée en s'assurant du respect scrupuleux des règles de négociation définies, s'agissant des accords conclus dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et de conseil d'entreprise – situation qui n'est pas contestée être celle dans laquelle se trouve la [société] -, aux articles L.2232-27 et suivants du code du travail, à défaut de quoi sa nullité est encourue* »⁸²⁸. Cette solution appelle plusieurs observations. Tout d'abord, le juge du fond reconnaît donc la possibilité de négocier un tel accord selon les

⁸²⁵ Solution valable dans les seuls cas de figure où il n'y aurait pas de délégués syndicaux dans l'entreprise, ces derniers n'ayant pas le monopole de la négociation collective, Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, D. 1998, p. 152, chron. B. Mathieu, obs. J. Tréneau ; Dr. soc. 1997, p. 25, note M.-L. Morin ; RTD civ. 1997, p. 785, obs. R. Libchaber. V. en ce sens : Y. Leroy, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », Dr. soc. 2020, p. 854 ; F. Rosa, « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », Dr. ouv. 2018, p. 450 ; P. Adam, « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », SSL, 13 novembre 2017, p. 52.

⁸²⁶ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc.

⁸²⁷ Ce qui empêcherait la conclusion d'un APC dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 salariés sans CSE, mais également dans les entreprises 11 salariés et plus dépourvues de délégués syndicaux. Cette dernière hypothèse concerne les cas de référendum-ratification.

⁸²⁸ CA Nancy, 1ère chambre, 6 février 2023, n° 21/03031.

modes substitutifs de négociation. Néanmoins, pour ce faire, l'employeur doit respecter les conditions de négociation énoncées à l'article L. 2232-29 du Code du travail⁸²⁹. Or, en l'espèce, la Cour d'appel a décidé qu' « *il appartenait à l'employeur soit de procéder lui-même à la consultation des salariés, soit de s'assurer que les salariés élus y procéderaient dans le cadre d'un accord de méthode, dans la mesure où cette concertation est fixée non dans l'intérêt des parties à l'accord, mais au profit des salariés concernés par son application. Dès lors, l'absence de la phase indispensable de concertation avec les salariés entache la régularité des conditions dans laquelle l'accord de performance collective a été conclu »*⁸³⁰. L'employeur n'ayant pas respecté ces dispositions légales, la nullité de l'APC est alors encourue pour déloyauté de la négociation.

405. Si la possibilité de conclure un accord de performance collective selon les modes substitutifs de négociation est reconnue par les juges du fond, qu'en est-il de l'opportunité d'une telle négociation ? L'interdiction d'y recourir dans les TPE/PME aurait certes été malvenue, l'APC pouvant se révéler particulièrement important dans certaines situations. Mais sa reconnaissance selon les modes substitutifs de négociation posera forcément des problèmes d'application auxquels le juge devra là encore répondre, et ce notamment dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 salariés sans CSE où il n'y aura pas la moindre négociation. Dans une telle hypothèse, comment « *justifier le fait que le salarié puisse refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord qu'il aura lui-même contribué à valider ? N'est-il pas, en quelque sorte, devenu « partie » à l'accord ? Plus généralement, un accord ainsi approuvé ne doit-il pas amener à considérer que les parties sont les mêmes que les parties au contrat de travail ? Le dispositif rendrait moins schizophrène si l'on refusait de voir dans cet acte un « accord » (collectif) »*⁸³¹. En empruntant au régime juridique du contrat d'adhésion et non pas à celui des accords

⁸²⁹ C. trav. art. L. 2232-29 : « *La négociation entre l'employeur et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes :*

1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ;

2° Elaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ;

3° Concertation avec les salariés ;

4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche.

Par ailleurs, les informations à remettre aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur ».

⁸³⁰ CA Nancy, 1ère chambre, 6 février 2023, préc.

⁸³¹ F. Bergeron, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *op. cit.*, p. 1037.

collectifs, comme le préconise le professeur Lucas Bento de Carvalho⁸³², cela légitimerait l'impossibilité pour le salarié, en tant que partie à l' « accord », de justifier d'un refus de modification de son contrat de travail, quelles que soient les circonstances de ce refus. Force est de constater qu'aucune solution satisfaisante n'existerait pour les salariés dans ce cas de figure, même si en réalité cette hypothèse serait assez saugrenue et difficilement envisageable si les salariés sont convenablement informés de la nature de l' « accord » proposé par l'employeur. De fait, si le juge considère, comme une partie de la doctrine le préconise, que la proposition d'accord émanant de l'employeur et devant être approuvée par 2/3 des salariés de l'entreprise, est en réalité un contrat d'adhésion, le régime défini à l'article précédemment évoqué devra-t-il s'appliquer ? Le licenciement du salarié devra-t-il être *sui generis* tout en suivant la procédure du licenciement pour motif personnel ? Les délais d'un mois pour que le salarié fasse connaître son refus de modification, et de deux mois à partir du refus pour que l'employeur puisse licencier, seront-ils toujours applicables ? Là encore, le juge aura sans doute un rôle primordial pour évacuer toutes ces interrogations et clarifier la situation complexe de l'accord de performance collective dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 11 à 20 sans CSE. Si selon nous, il semble opportun de reconnaître la possibilité de conclure un accord de performance collective dans les entreprises de 11 à 49 salariés et de 50 salariés et plus, dépourvues de délégués syndicaux, la pertinence d'un tel accord dans une entreprise de moins de 11 salariés et de 11 à 20 salariés sans CSE est beaucoup plus discutable. Si un APC est mis en place par l'employeur dans une TPE de 20 salariés ou moins sans comité social et économique, le juge judiciaire serait bien « *avisé d'en prononcer la nullité* »⁸³³. La Haute juridiction se devra, dans un futur proche, de trancher ce litige en interprétant les dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail. A moins que le législateur n'intervienne pour mettre fin au débat, et permettre aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux de conclure des accords de performance collective. La première phrase de l'article L. 2254-2, I, pourrait alors être modifiée de la sorte :

⁸³² L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », *op.cit.*, p. 867

⁸³³ B. Gauriau, « L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ? », JCP S 2019, 3.

- Article L. 2254-2, I : « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective, conclu selon les modalités de l'article L. 2232-12, ou à défaut de délégué syndical, selon les modalités des articles L. 2232-23-1 à L. 2232-29-2, peut : (...)*

406. En attendant une modification législative, l'interprétation judiciaire demeure, en ce qui concerne les modes de conclusion de l'APC, une prérogative juridictionnelle essentielle. Cette prérogative s'avère être particulièrement d'actualité à propos du contenu des conventions et accords collectifs.

Conclusion du Chapitre 1

407. L'articulation entre accords collectifs, et entre un accord collectif un contrat individuel de travail, a été renouvelée suite à la conventionnalisation d'origine légale. Les hypothèses de concours ont été restreintes par le mécanisme de la prévalence, jouant essentiellement en faveur de l'accord d'entreprise. Lorsqu'une situation de concours entre deux accords voit le jour, leur articulation se fait désormais en grande partie grâce au critère de l'équivalence des garanties, qui a presque remplacé totalement le recours au principe de faveur. Ce dernier perdure seulement dans une poignée d'hypothèses, et notamment lorsque l'accord collectif prévoit des avantages pour les salariés, ou dans les cas mentionnés aux articles L. 2253-5, L. 2253-6 et L. 2253-7 du Code du travail. La valorisation de l'activité juridictionnelle du juge judiciaire passe surtout par l'articulation de l'accord collectif avec le contrat de travail. Il aura la possibilité de contrôler la volonté claire et non équivoque de contractualiser des dispositions conventionnelles, de déterminer la règle applicable si le contrat de travail, à défaut d'accord collectif, est muet, ou de faire annuler un contrat de travail qui ne respecterait pas les dispositions d'un accord collectif, ce dernier s'envisageant comme une condition de validité du premier. Mais c'est surtout l'articulation entre l'accord de performance collective et le contrat individuel qui laisse place à une grande liberté de mouvement pour le juge de l'ordre judiciaire. Non seulement il se doit de contrôler la pertinence des motifs du recours à l'APC, mais il devra se prononcer sur toute une série d'interrogations entourant ce mécanisme, comme à propos de la possibilité de recourir à l'APC dans le cadre d'une négociation substitutive. Au même titre que le contrôle de l'applicabilité et de l'application de la norme conventionnelle, le pouvoir d'interprétation du juge sur ladite norme est également valorisé du fait de la conventionnalisation du droit du travail.

Chapitre 2 : **Le juge et l'interprétation des accords collectifs**

408. L'idée d'une quelconque concurrence entre négociation collective et prérogatives judiciaires, que certains semblent constater avec force, a d'ores et déjà été longuement et largement démentie. Si le pouvoir de contrôle du juge sur la négociation collective de droit commun n'a pas été amputé, cette hausse de normativité des conventions et accords collectifs a révélé de nouvelles prérogatives pour les juges de l'ordre judiciaire⁸³⁴; ou à tout le moins, a considérablement bouleversé les prérogatives déjà existantes.

409. L'interprétation des accords collectifs existe depuis bien évidemment fort longtemps, mais les litiges l'entourant ont pris un nouveau tournant depuis que le législateur a fait de la négociation collective la norme privilégiée dans notre droit du travail. La multiplicité des accords collectifs, couplée à leur normativité sans cesse renforcée a remis sur le devant de la scène cette problématique de l'interprétation des conventions et accords collectifs. L'interprétation est d'autant plus délicate aujourd'hui, à l'heure où les accords collectifs ne sont pas simplement des accords instaurant des avantages pour les salariés. Autant de raisons qui expliquent que le juge judiciaire est venu systématiser une grille de lecture lorsqu'il s'agit d'interpréter un accord collectif. Mais l'interprétation n'est pas forcément l'apanage du juge judiciaire. Les commissions paritaires d'interprétation ont la possibilité de rendre un avis, si elles sont saisies avant l'introduction d'une action en justice. Cependant, ce modèle d'interprétation conventionnelle n'est pas pleinement satisfaisant, tout d'abord parce que rien ne fait obstacle à la saisine concomitante du juge judiciaire⁸³⁵. Ensuite, parce que l'avis potentiellement rendu par la commission ne lie nullement le juge, qui n'est pas obligé de le suivre⁸³⁶, sauf si les stipulations conventionnelles prévoient que cet avis aura la valeur juridique d'un avenant interprétatif⁸³⁷. Si le juge n'a pas l'obligation de saisir une commission paritaire d'interprétation, il peut tout de même décider de surseoir à statuer afin

⁸³⁴ Sur compétence du juge prud'homal, v. S. Maillard, « Interprétation d'un accord collectif : compétence prud'homale et sort de l'avenant interprétatif », D. actu. 1er avril 2008.

⁸³⁵ Cass. soc. 27 avril 1964, Bull. civ. V., n° 347.

⁸³⁶ Cass. ass. plén. 6 février 1976, n° 74-40.223, Bull. ass. plén., n° 2, p. 3.

⁸³⁷ Cass. soc. 11 octobre 1994, n° 90-41.818, Bull. civ. V, n° 272 ; RJS 1994, n° 1285.

justement de recueillir son avis⁸³⁸. Ce mécanisme a été repris par la loi du 8 août 2016, instaurant les commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation de branche. L'article L. 2232-9 du Code du travail précise, par renvoi à l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire, que le juge a la possibilité de solliciter l'avis de la Cour de cassation ou de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation concernée. Si le juge utilise cette possibilité, il doit obligatoirement surseoir à statuer. Malgré cette nouvelle possibilité d'interprétation qui serait le fruit d'une commission paritaire, il n'en reste pas moins que l'interprétation judiciaire a aujourd'hui une place bien plus importante par rapport à l'interprétation conventionnelle⁸³⁹. La faculté ouverte aux juges de première instance de saisir la Cour de cassation, à la place de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 précité, témoigne de cette prédominance de l'interprétation judiciaire. Pour cette raison, et en raison de l'objet de notre travail, nous nous attarderons exclusivement sur la prérogative interprétative du juge judiciaire.

410. Afin de mieux appréhender les développements ultérieurs, il nous revient de définir ce qu'il faut entendre par interprétation. Elle peut être envisagée comme l'action d'expliquer, de révéler la signification d'une chose obscure, ou encore son résultat. Plusieurs éléments sont à prendre en considération dans cette définition pour le juge judiciaire dans son rôle d'interprète des accords collectifs.

411. En premier lieu, l'interprétation ne pourra voir le jour qu'à partir du moment où les dispositions de la convention ou de l'accord collectif seront peu claires, ambiguës, sources de divergence entre les protagonistes touchés par ladite convention ou ledit accord. C'est là le premier pouvoir du juge : rechercher si le texte négocié peut être sujet à interprétation. Une fois ce travail effectué, et c'est le second point qui pouvait être souligné à la lecture de notre définition, le juge judiciaire devra s'employer à expliquer la signification de la partie dite obscure dans le texte objet du litige. Le problème se complexifie, la jurisprudence ayant dégagé plusieurs méthodes d'interprétation, mettant même en place un système subsidiaire (**Section 1**) qui n'a pas pour autant simplifier les problématiques auxquelles peut se trouver confronter le juge à propos de l'interprétation d'un accord (**Section 2**).

⁸³⁸ Cass. soc. 6 mars 1964, Bull. civ. IV, n° 222 ; Dr. soc. 1964, p. 420.

⁸³⁹ A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *op. cit.*, p. 119 : « *Il reste qu'une prévalence est très clairement accordée à l'interprétation judiciaire sur l'interprétation conventionnelle* ».

Section 1 :

La consécration jurisprudentielle

d'un système subsidiaire d'interprétation

412. Si les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont énoncé un système subsidiaire pour recourir à l'interprétation des accords collectifs (Paragraphe 2), c'est en raison de l'insuffisance des méthodes d'interprétation classiques (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : L'insuffisance des méthodes d'interprétation classiques

413. Le juge judiciaire, compétent en matière d'interprétation de l'accord collectif, a dû chercher à quelque peu systématiser sa méthode d'interprétation. Un choix a alors été fait, celui de prendre exemple sur l'interprétation d'un texte de loi, en se basant de fait sur le modèle exégétique (A). Solution souhaitée et privilégiée depuis bon nombre d'années, en opposition avec le modèle d'interprétation contractuelle. En effet, le juge n'interprète nullement le contrat individuel, quel qu'il soit, comme une loi. D'ailleurs les méthodes d'interprétation du contrat, mentionnées dans le Code civil, parlent surtout de la recherche de la commune intention des parties, qui serait - en tout cas pour une majorité de la doctrine de l'époque ayant influencé le juge - fort difficile à trouver s'agissant d'une convention ou d'un accord collectif (B).

A/ L'interprétation originelle de l'accord collectif comme la loi

414. La question de l'interprétation des conventions et accords collectifs est intimement liée à la nature de cet acte. L'accord collectif présente un caractère dual⁸⁴⁰ : il s'analyse tout à la fois comme un contrat - notamment grâce à sa phase de négociation et de conclusion - mais aussi comme une loi, comme un acte réglementaire - en ce qui concerne ses effets. De fait, en raison de ce dualisme, il a été d'autant plus difficile pour le juge judiciaire, compétent en la

⁸⁴⁰ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », RTD civ. 1939, p. 353.

matière, de statuer sur la méthode d'interprétation à adopter. L'interprétation judiciaire sera donc intimement liée à la qualification judiciaire de l'accord collectif en tant qu'acte⁸⁴¹.

415. Pour interpréter la convention collective, le juge a donc dû trancher : il fallait l'envisager soit en tant qu'acte réglementaire prenant les caractéristiques d'une loi, soit l'envisager comme un simple contrat. Or, depuis de nombreuses années, les magistrats de la Cour de cassation décident d'interpréter la convention ou l'accord collectif comme une loi, par des solutions jurisprudentielles très largement encouragées par la doctrine de l'époque⁸⁴².

416. L'interprétation des accords collectifs a donc sensiblement évolué ces dernières années. A l'origine, la Cour de cassation décidait de laisser toute latitude aux juges du fond, en s'en tenant seulement à la recherche de la dénaturation des clauses claires et précises⁸⁴³. Le sujet de l'interprétation de l'acte conventionnel a pris une telle importance - en raison il est vrai de la hausse de normativité de l'acte en question, en d'autres termes de la conventionnalisation du droit du travail - que le juge judiciaire a dû agrandir son rôle interprétatif. En effet, le juge est désormais tributaire d'un contrôle de la violation des clauses⁸⁴⁴. Un déplacement du contrôle des clauses qui rend compte de « *la partie normative de la convention collective qui constitue bien une loi au sens matériel* »⁸⁴⁵, appuyant le fait que les conventions et accords collectifs sont donc interprétés davantage comme une loi, ce qui peut certes paraître critiquable dans la mesure où la demi-nature contractuelle de l'acte semble être totalement

⁸⁴¹ J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », RJS 3/96, p. 137 ; G. Lhuilier, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation. Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », Dr. soc. 1995, p. 162 ; M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? » Dr. soc. 1995, p. 171 ; G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », JCP E 1992, I, 186 ; P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », in *Regard critique sur le droit de la négociation collective*, SSL 2008, suppl. n° 1361 ; M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », Dr. soc. 2008, p. 24 ; C. Nicod, « L'interprétation conventionnelle : de l'office du juge à l'intention des signataires », RDT 2016, p. 282.

⁸⁴² J. Boulouis, note sous T. confl. 19 mai 1958, Dr. soc. 1959, p. 35 ; J. Savatier, obs. sous CE 13 juillet 1963, Dr. soc. 1964, p. 107. Même si une partie de la doctrine relève que les conséquences pratiques de telles solutions sont en réalité dérisoires, v. en ce sens : M. Despax, *Traité de droit du travail*, op. cit., n° 199 : « *l'interprétation d'un texte législatif ressemble de fort près à l'interprétation d'un acte juridique privé ; qu'il s'agisse de la volonté du législateur ou de la volonté commune des parties, c'est toujours d'une recherche d'intentions qu'il s'agit* ».

⁸⁴³ Cass. soc. 6 novembre 1942, JCP 1943. II. 6220.

⁸⁴⁴ Cass. ass. plén. 6 février 1976, JCP 1976. II. 14481 ; Cass. soc. 22 janvier 2003, n° 01-41.190, Dr. ouv. 2003, p. 430, obs. S. Nadal.

⁸⁴⁵ M. Despax, *Traité de droit du travail*, op. cit., n° 200.

occultée⁸⁴⁶. Peu importe pour la Cour de cassation, qui n'a cessé de confirmer sa volonté d'interpréter l'accord collectif en se référant uniquement à sa face réglementaire⁸⁴⁷. Une prééminence de l'interprétation selon le modèle légal qui ne fait plus beaucoup de doute, d'autant plus que la jurisprudence exige des parties à la négociation de l'accord qu'ils fassent parvenir un exemple de la clause litigieuse aux juges⁸⁴⁸.

B/ L'inadéquation constatée par le juge de l'interprétation comme un contrat

417. L'utilisation de la méthode interprétative contractuelle, en prenant en compte certaines dispositions issues du Code civil⁸⁴⁹, a fait l'objet de beaucoup de controverses. Ces articles énoncent notamment que l'acte contractuel doit être interprété à l'aune de la commune intention des parties. Or, si une convention ou un accord collectif a des similitudes avec le contrat individuel, une frontière épaisse existe entre ces actes. En effet, une des différences essentielles entre l'accord collectif et le contrat réside dans les conditions particulières de négociation et de conclusion de l'accord collectif. L'élaboration de celui-ci peut difficilement aboutir à un texte qui sera le fruit d'une intention commune des négociateurs : « *Fruit d'un compromis, de calculs, de concessions contrebalancées par d'autres avantages et porteur d'imprécisions parfois recherchées, l'accord repose souvent sur un équilibre précaire. La présence d'une commune intention des parties est le plus souvent divinatoire* »⁸⁵⁰. Outre les concessions réciproques dues à la nature même des parties à la négociation⁸⁵¹, force est de constater que l'imprécision des clauses de l'accord collectif est parfois volontaire. Une imprécision rédactionnelle qui se fait dans l'optique de potentiellement réviser ladite clause, relatant la volonté de ne pas se laisser enfermer dans un contexte social susceptible d'évolutions. Dès lors, si le manque de clarté est volontaire, comment peut-on déduire une

⁸⁴⁶ G. Lhuilier, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation. Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », *op.cit.*

⁸⁴⁷ Cass. ass. plén. 30 novembre 2007, n° 06-45.365, D. 2008, p. 23, obs. J.-J. Perrin ; Dr. soc. 2008, p. 182, chron. P.-H. Antonmattei ; Dr. soc. 2008, p. 360, concl. B. Allix.

⁸⁴⁸ P. Lokiec, *Droit du travail*, t. II, *Les relations collectives*, 2011, Thémis, PUF, n° 283 : « *le juge doit se procurer le texte qui contient la règle de droit applicable au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire* » ; v. en ce sens : Cass. soc. 3 mars 1993, n° 89-45.868, D. 1994, p. 588, note R. Encinas de Munagorri ; Cass. soc. 5 mai 2009, n° 07-43.558 ; Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-15.057.

⁸⁴⁹ C. civ. art. 1188 et s.

⁸⁵⁰ P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », *op cit.*, p. 45.

⁸⁵¹ Parties ayant par définition des volontés parfois différentes.

intention commune, qui n'existe même pas au jour de la rédaction de l'acte⁸⁵²? L'exemple de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la rupture conventionnelle du contrat de travail⁸⁵³ est révélateur, particulièrement s'agissant des clauses sur l'indemnité de référence due dans ce cas de figure⁸⁵⁴.

418. Une autre hypothèse peut être avancée pour contester la pertinence de recourir à la méthode d'interprétation contractuelle. Il s'agit de la « *vocation « améliorative » des conventions et des accords collectifs. En effet, l'idée d'interpréter la convention « contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (C. civ., art. 1162 ancien, devenu art. 1191) coïncide mal avec l'essence même de la convention collective, laquelle est normalement vouée à l'amélioration des droits des salariés. Appliquer une telle méthode aboutirait par conséquent à toujours l'interpréter en faveur de l'employeur. Si voilà longtemps que cette solution s'est donc imposée, la donne a toutefois changé car il est fréquent aujourd'hui que les conventions ou les accords collectifs amoindrissement des droits que les salariés tiennent de la loi, voire aussi de leur contrat. Sous cet angle d'approche, l'idée de retenir le principe d'une interprétation favorable au salarié pourrait par conséquent présenter dorénavant un intérêt renouvelé quoiqu'elle soit critiquée »*⁸⁵⁵. Prendre en compte la nature contractuelle de l'accord collectif pour procéder à son interprétation n'est dès lors plus totalement dénué de sens, dans un droit du travail où les conventions collectives ne sont plus simplement conclues pour améliorer le sort des salariés. Il est même possible d'affirmer, selon nous, qu'il y aurait un renouveau de la vision contractuelle de l'accord collectif, traduit notamment par le contentieux de l'interprétation de la norme conventionnelle, et ce malgré l'énoncé d'un système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle.

⁸⁵² G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *op. cit.*, p. 191.

⁸⁵³ P. Lokiec, « Ruptures conventionnelles », Répertoire de droit du travail, octobre 2020, actualisation novembre 2021. Sur les accords portant rupture conventionnelle collective, v. E. Filipetto, « Les accords portant rupture conventionnelle collective : quelles tendances ? », RDT 2019, p. 332.

⁸⁵⁴ S. Nadal, « À propos des récentes péripéties de l'ANI du 11 janvier 2008 », RDT 2009, p. 323.

⁸⁵⁵ S. Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions - Interprétation, violation et annulation de l'accord collectif », *op. cit.* V. en ce sens : G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *op. cit.*, p. 186 et s. ; M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *op. cit.*, p. 171 et s.

Paragraphe 2 : L'énoncé du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle

419. La lecture purement exégétique qu'opérait le juge judiciaire quand il s'agissait d'interpréter l'accord collectif a été affinée. En effet, le juge se base sur une grille de lecture subsidiaire, à l'instar de ce qui s'est fait dans le Code du travail avec le fameux triptyque « dispositions d'ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives ». Le juge judiciaire a bel et bien encadré les choses, dans un élan bienvenu de pédagogie, en privilégiant la méthode exégétique au détriment de la méthode téléologique, subsidiaire (A), mais surtout de la commune intention des parties, toujours absente du guide d'interprétation dégagé par le juge (B).

A/ La primauté de la méthode exégétique et la subsidiarité de la méthode téléologique

420. L'interprétation par le juge de l'accord collectif suit le même cheminement que l'interprétation d'un texte de loi⁸⁵⁶. Dès lors, le pouvoir d'interprétation du juge sera moins important. C'est d'ailleurs la jurisprudence, dans un arrêt d'assemblée plénière du 23 octobre 2015⁸⁵⁷, qui a explicitement annoncé que l'interprétation de l'accord collectif se fait, à l'instar de la norme légale, selon la méthode exégétique, et si le texte n'est pas clair, en suivant la méthode téléologique. C'est bel et bien la méthode exégétique qui est à privilégier si l'on suit précisément l'énoncé de la solution de la Cour de cassation. Cette méthode consiste à suivre exactement la lettre du texte lorsque celle-ci est claire, et essayer de déceler l'intention du législateur lorsque la loi est obscure. S'agissant de l'accord collectif, le juge a donc choisi de recourir à la même méthode, en suivant tout d'abord la lettre des stipulations de l'accord, et si cette lettre n'est pas claire, il lui faudra alors rechercher dans quel contexte social ce texte a été adopté, ce qui revient à rechercher son objectif social. La chambre sociale de la Cour de

⁸⁵⁶ V. en ce sens : L. Dauxerre, « Interprétation d'une convention ou d'un accord collectif : une méthode éprouvée », JCP S 2015, 1433 ; F. Favennec-Héry, « Interprétation des conventions collectives de travail : l'incertitude », JCP G 2015, 1362 ; S. Tournaux, « De l'interprétation des dispositions conventionnelles relatives au lieu de travail », Lexbase hebdo., éd. soc. 2015, n° 632 ; J. Mouly, « Vers une résurrection de la jurisprudence *Le Berre* ? », Dr. soc. 2016, p. 27 ; N. Gssime, « L'interprétation des dispositions conventionnelles relatives à la mobilité des salariés », SSL 2016, n° 1707 ; G. Loiseau, « Conventionnalisation du changement d'affectation géographique et contractualisation du lieu de travail », RDC 2016, n° 1, p. 118 ; E. Peskine et A. Martinon, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *op. cit.*, p. 115 ; L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *op. cit.* ; F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », Dr. soc. 2017, p. 98 ; G. Loiseau, « Guide de l'interprétation des conventions et accords collectifs », Cah. soc. mars 2016, p. 167.

⁸⁵⁷ Cass. ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279 P. D. 2015, p. 2185 ; *ibid.* 2016, p. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; Dr. soc. 2016, p. 9, chron. S. Tournaux ; *ibid.* p. 27, étude J. Mouly ; *ibid.* p. 650, étude S. Tournaux ; RJS 1/2016, n° 6 ; JCP S 2015, 1433, note L. Dauxerre.

cassation, par la solution de l'arrêt précité, a au moins eu le mérite de systématiser et de hiérarchiser très clairement l'usage des méthodes d'interprétation pouvant être usitées, en affirmant : « *La convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte* »⁸⁵⁸.

421. En premier lieu, c'est donc bien l'exégèse qui primerait : un texte clair, précis, citant un avantage au profit d'une catégorie de personnel, ne peut être étendu, par analogie, à une autre catégorie⁸⁵⁹. Une interprétation littérale qui ne doit néanmoins pas dénaturer le sens de la convention ou de l'accord collectif de travail, ce qui serait le cas si les juges étaient trop centrés sur la formulation même des stipulations, et plus encore sur les éléments de ponctuation. Un arrêt récent de la chambre sociale vient contredire la position d'une Cour d'appel. Les juges du fond, en l'espèce, s'appuyaient sur la présence d'une virgule, plutôt que d'un autre signe de ponctuation dans le texte de l'accord en question⁸⁶⁰, pour refuser à un « administrateur réseaux » la majoration de points attribuée pour tous les emplois relevant de la filière informatique⁸⁶¹. L'interprétation purement exégétique est alors la piste privilégiée du juge⁸⁶², qui une nouvelle fois s'auto-limite dans le champ de ses prérogatives.

422. A défaut de clarté dans la lettre du texte, et également à défaut d'un texte ayant le même objet pour servir de point de comparaison dans l'interprétation, le juge judiciaire doit se fonder sur l'objectif social de l'accord collectif en question. Ce n'est donc qu'à un troisième échelon que cet objectif social peut être recherché : « *Qualifiant la convention*

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ Cass. soc. 27 mars 2019 n° 17-22.227, JA 2019, n° 603, p. 12, obs. D. Castel, à propos de la convention collective des établissements privés d'hospitalisation, qui accordait un bonus indiciaire aux éducateurs spécialisés exerçant dans les maisons d'accueil spécialisées, les centres d'hébergement et de réadaptation sociale et les foyers de vie. La Cour de cassation a alors refusé d'assimiler un institut thérapeutique éducatif et pédagogique à un foyer de vie, faisant preuve d'une interprétation stricte de la lettre de la convention, et limitant de fait son pouvoir d'interprétation.

⁸⁶⁰ Il s'agissait de l'accord de classification de la convention collective de travail du personnel de la Mutualité sociale agricole.

⁸⁶¹ Cass. soc. 16 octobre 2019, n° 18-18.174.

⁸⁶² V. en ce sens : Cass. soc. 24 juin 2020, n° 19-13.518, RJS 8-9/2020, n° 417 ; Cass. soc. 9 décembre 2020, n° 19-23.006 à 19-23.016 D ; Cass. soc. 21 octobre 2020, n° 19-12.998 D, v. égal. pour un congé maternité, Cass. soc. 25 novembre 2020, n° 19-12.665, RJS 2/2021, n° 85 ; Cass. soc. 30 septembre 2020, n° 18-18.265, JA 2021, n° 632, p. 38, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; RJS 12/2020, n° 583.

*collective d'acte normatif négocié entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, ils ont estimé qu'il se déduisait de cette nature que, lorsque l'acte manque de clarté, il doit être interprété comme la loi. La démarche est celle-là : il faut d'abord respecter la lettre du texte, tenir compte ensuite d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, utiliser la méthode télologique consistant à rechercher l'objectif social du texte »*⁸⁶³.

B/ La confirmation de l'absence de la commune intention des parties

423. Force est de constater que l'intention des parties ne fait nullement partie des directives prônées par le juge judiciaire, ce qui tend davantage à éloigner l'interprétation de la convention collective de l'interprétation du contrat individuel. C'est ce que constate notamment Cécile Nicod : « *Toute recherche de l'intention des signataires du texte est clairement exclue* »⁸⁶⁴. Pour écarter de son raisonnement la commune intention des parties, le juge judiciaire s'est focalisé sur la nature règlementaire de l'accord collectif, et non pas sur sa nature contractuelle. Ce choix s'explique sans doute par la complexité de la recherche de la commune intention des parties s'agissant d'un accord collectif. Comme le souligne Pierre-Yves Verkindt, « *l'adaptation de ces règles aux conventions collectives est particulièrement délicate dans la mesure où plus encore que le contrat individuel, le texte conventionnel est ici le produit non seulement d'un certain rapport des forces au sein du champ de la négociation, mais aussi le résultat d'un travail long de compromis. La recherche de la commune intention des parties a dès lors quelque chose de "divinatoire", surtout lorsque le caractère imprécis des dispositions conventionnelles résulte d'un choix des négociateurs* »⁸⁶⁵. Ce qui revient à dire que le rôle et la forme de la négociation collective diffèrent sensiblement de ceux de la négociation contractuelle, et ces différences vont indéniablement amener à une réalité différente. Une réalité où la commune intention des parties sera en tout point insondable concernant l'accord collectif, en raison de la complexité de la négociation et du rapport de force renforcé entre patronat et syndicats, et où elle sera bel et bien présente dans le contrat individuel. D'importants compromis peuvent être décelés dans la convention ou l'accord

⁸⁶³ G. Loiseau, « Guide de l'interprétation des conventions et accords collectifs », *op. cit.*, p. 167.

⁸⁶⁴ C. Nicod, « L'interprétation conventionnelle : de l'office du juge à l'intention des signataires ? », *op. cit.*, p. 285.

⁸⁶⁵ P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », *op. cit.*, p. 46.

collectif de travail, des compromis tels qu'ils ne peuvent pas traduire la commune intention des négociateurs. La difficulté réside sans doute principalement dans le fait qu'une volonté commune ne peut se dégager d'un acte aussi conséquent, ou des clauses vont traduire la volonté de l'employeur, et d'autres, dans un souci d'équilibre, celle des salariés représentés par les syndicats. Si une clause spécifique pose problème, son interprétation par le juge selon la commune intention des parties est dès lors impossible, la clause en question traduisant en réalité la volonté d'une seule partie, afin de compenser le compromis qu'elle a déjà réalisé dans une autre clause de l'accord collectif qui ne lui est pas favorable. Et si l'addition de ces différentes clauses ne permettent en aucun cas de dégager une volonté commune propre à tous les négociateurs, impossible alors de se référer à l'interprétation prônée par le Code civil⁸⁶⁶. La lettre, et pour une partie de la doctrine, seulement la lettre du texte peut permettre au juge de procéder à une interprétation opportune et sensée de l'accord collectif. La méthode exégétique en premier lieu, et si le texte est peu clair, la méthode téléologique en recherchant l'objectif social de la convention. Mais ce guide d'interprétation est entaché de nombreuses limites.

Section 2 :

Les limites du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle

424. On assiste aujourd'hui à une remise en cause doctrinale du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle (Paragraphe 1). En tout état de cause, le recours à ces différentes méthodes reste l'apanage du juge judiciaire, et démontre un pouvoir certain, tout comme s'agissant de l'appréciation de la notion de « manque de clarté » d'une stipulation conventionnelle (Paragraphe 2).

⁸⁶⁶ Même si des rapprochements peuvent isolément s'opérer, comme entre l'article 1190 du Code civil, énonçant que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* », et l'article L. 1333-1 du Code du travail aux termes duquel « *si un doute subsiste, il profite au salarié* » : il faudra alors distinguer selon le type d'accords collectifs, afin de repérer qui est à l'origine de la clause litigieuse, et plus encore, si l'« accord » n'a pas été porté à la connaissance des salariés suite à un projet entièrement rédigé par l'employeur, en vue de le soumettre à l'approbation directe des salariés, ce qui en fait alors vraisemblablement un contrat d'adhésion pouvant s'interpréter contre celui qui l'a proposé, à savoir l'employeur.

Paragraphe 1 : La remise en cause du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle

425. Avec l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 octobre 2015 systématisant le recours aux différentes méthodes d'interprétation, la Cour de cassation semblait ne faire référence, en premier lieu, qu'à une méthode d'interprétation « comme » la loi. Une solution qui sera alors à différencier, et à différencier nettement, de l'interprétation « selon » la loi. Cette deuxième méthode d'interprétation, que les juges évoquent en filigrane dans leurs solutions, mais qu'ils appliquent en réalité fort souvent, présente plusieurs difficultés, et notamment celle de savoir sur quelle loi s'appuyer, de quelle loi se servir pour interpréter l'accord collectif (A). Les difficultés entourant ces deux méthodes d'interprétation vont permettre l'émergence de la méthode téléologique, qui selon nous ne doit plus être qualifiée de subsidiaire (B).

A/ Les difficultés de l'interprétation « selon la loi » et « comme la loi »

426. Une nouvelle lecture doctrinale de l'arrêt d'assemblée plénière du 23 octobre 2015 a vu le jour. En effet, il serait question de dire que la solution des magistrats aurait d'ores et déjà permis de promouvoir la volonté des parties, et non pas de prendre en compte la méthode purement exégétique. Car en réalité, à s'en tenir à cette pensée doctrinale, dire que la convention collective doit-être interprétée comme la loi, littéralement, c'est lui reconnaître un caractère non évolutif, prenant en compte des textes de loi et un contexte social spécifique à une époque déterminée, et étant forcément en perpétuel mouvement. Les juges, dans cet arrêt de principe, empêcheraient donc l'interprète - soit eux-mêmes - de faire évoluer le sens premier que les négociateurs voulaient donner à la convention. Une interprétation non évolutive qui est pourtant confirmée par un arrêt de la chambre sociale du 11 juillet 2016⁸⁶⁷, interprétant un accord à l'aune d'une loi plus d'actualité aujourd'hui, ce qui paradoxalement apporte une certaine insécurité juridique aux parties.

427. Pourtant, une grande majorité de la doctrine a vu dans cette méthode littérale d'interprétation une façon de mettre l'intention des signataires au centre du jeu, en raison justement de son caractère non évolutif. Grégoire Loiseau énonce notamment que « *l'interprétation de l'acte ne doit pas être le moyen de le faire évoluer pour l'adapter à un*

⁸⁶⁷ Cass. soc. 11 juillet 2016, n° 14-22.651.

*contexte ayant lui-même changé depuis son adoption. Peu importe l'ancienneté des dispositions conventionnelles : le pouvoir du juge se limite à dégager le sens du texte lorsque celui-ci n'est pas clair et précis. La révision de l'acte est et demeure de la seule compétence des parties »*⁸⁶⁸. Pour Monsieur Loiseau et bien d'autres auteurs⁸⁶⁹, le caractère non évolutif de l'interprétation littérale est justement l'indice de la prise en compte de la volonté initiale des parties, et si une modification de cette volonté initiale doit avoir lieu, elle doit se matérialiser uniquement par les signataires eux-mêmes, par la révision de l'accord. Un autre avis peut être émis, un avis consistant à donner un plus grand pouvoir interprétatif au juge judiciaire, et permettant d'adapter l'intention commune des parties, sans que ces derniers aient à passer par une révision ou une dénonciation de l'accord en question. Le juge, de par son interprétation qui peut s'avérer évolutive, serait alors une nouvelle fois un acteur majeur de la valorisation de la conventionnalisation : la valorisation de son activité juridictionnelle serait au service de la conventionnalisation du droit du travail.

428. Précisons ici que l'interprétation de la convention, en l'assimilant à une loi (*interprétation comme la loi*) et en faisant primer la méthode exégétique, ne va pas entraîner les mêmes effets qu'une interprétation *selon la loi* (méthode d'interprétation qui selon l'arrêt rendu en assemblée plénière le 23 octobre 2015 est mise en œuvre lorsque l'interprétation exégétique ne serait pas possible). Ce sont en réalité deux méthodes d'interprétation différentes, présentes dans le guide créé par l'arrêt du 23 octobre 2015, mais auxquelles on peut trouver un point commun : leur caractère non évolutif. En se basant sur la lettre même du texte, l'interprétation ne sera pas amenée à être modifiée avec le temps. Un même constat peut être fait si le juge décide d'interpréter les termes de l'accord à l'aune d'un texte de loi présentant un objet similaire, puisque le juge décidera d'interpréter le contenu de l'accord exactement comme le contenu d'une loi qui se rapproche dudit accord. Ce qui est sans doute le plus problématique car il est d'usage que les signataires de l'accord ou de la convention, tout en voulant rester dans la relation conventionnelle, voient leurs préférences évoluer. Une évolution due à une autre évolution, celle du contexte social, ce qui signifie que si les parties avaient dû conclure la convention ou l'accord plus tard dans le temps, la terminologie employée aurait sans doute été différente. Dès lors, offrir au juge judiciaire une faculté

⁸⁶⁸ G. Loiseau, « Guide de l'interprétation des conventions et accords collectifs », *op. cit.*, p. 169.

⁸⁶⁹ V. en ce sens : L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *op. cit.* ; F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *op. cit.*, p. 98.

d'interprétation dépassant la simple lecture littérale de l'acte (accord ou loi ayant un objet similaire) pourrait éviter de dénoncer ou réviser un accord. Cet accord aurait pu s'appliquer, mais avec une interprétation différente du fait du changement de contexte social.

429. Dès lors, si l'interprétation selon la loi, et plus précisément selon la loi en vigueur au jour de la conclusion de l'accord collectif, peut également présenter un caractère non évolutif, une telle méthode n'aura pas la même finalité que l'interprétation purement littérale. Dans quels cas le juge s'appuiera sur la méthode d'interprétation « comme la loi », ou plutôt sur la méthode « selon la loi » ? Les thèmes de l'accord, son contenu, son sujet, seront des indices à prendre en compte pour le juge. En effet, si le contenu de l'accord traite de thèmes également repris par un texte de loi, alors le juge aura la possibilité, si ce n'est le devoir - selon les différentes jurisprudences rendues à ce sujet - d'interpréter l'accord en prenant comme référence la loi traitant du même objet. En revanche, si l'accord porte sur des thèmes indépendants de quelconques textes de lois, ou plus précisément si l'accord en question ne peut souffrir d'aucune comparaison avec une loi portant sur un objet similaire ou voisin, le juge ne peut par définition pas calquer son interprétation sur une loi inexistante. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence privilégie alors l'interprétation littérale, comme l'interprétation d'un texte de loi, à l'instar de l'arrêt précité rendu en assemblée plénière le 23 octobre 2015. Pour revenir sur le modèle d'interprétation « selon la loi », de nombreux exemples jurisprudentiels existent. A titre d'exemple, le juge qui interprète une clause conventionnelle fixant une indemnité de licenciement égale à un pourcentage de la moyenne des salaires perçus par un salarié a pu décider que cette indemnité de licenciement, qui ne déroge pas à celle de la loi, devait être calculée sur la base de la rémunération brute du salarié. Sur ce sujet, la loi dispose que l'indemnité de licenciement a pour base la rémunération brute du salarié⁸⁷⁰. Autre illustration, cette fois en présence d'une clause conventionnelle prévoyant qu' « *indépendamment de leurs appointements mensuels, les agents titulaires reçoivent : un treizième mois égal à 100 % du salaire de base et des primes fixes du mois de décembre, payable à raison de 50 % en juin, 50 % en décembre* ». En l'espèce, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que, même si ce n'est pas dit expressément, la prime de treizième mois n'est due aux salariés à temps partiel que proportionnellement à leur durée de travail⁸⁷¹. On constate alors que cette interprétation de

⁸⁷⁰ Cass. soc. 26 mai 1993, n° 92-40.064.

⁸⁷¹ Cass. soc. 2 mars 2001, n° 09-70.826.

l'accord collectif par le juge en se référant à une loi ayant le même objet ou un objet voisin n'est pas nouvelle. Elle serait même plutôt ancienne si on prend en compte les jurisprudences datant du XXème siècle. Ce qui signifie alors que cette méthode d'interprétation a été découverte et banalisée avant la méthode strictement littérale, s'appliquant à défaut de loi similaire ou voisine.

430. Par conséquent, l'effort pédagogique réalisé par les magistrats du Quai de l'Horloge visant à établir une grille de lecture pour le juge, une méthode à suivre et une hiérarchisation de ces méthodes, avec dans un premier temps la méthode exégétique, suivi dans un deuxième temps de cette méthode « selon la loi », puis enfin de la méthode téléologique en prenant en compte l'objectif social de l'accord, pourrait revêtir une difficulté. Pourquoi faire primer le sens littéral du texte au détriment d'une interprétation qui sera sans doute plus proche de la réalité quand il est possible d'appliquer à un accord collectif une interprétation empruntant à une loi de même nature ? Cette hiérarchisation, si elle a le mérite d'exister, s'avère dès lors erronée. En pratique, s'il existe un texte de loi portant sur le même objet que l'accord soumis à interprétation, c'est bien ce modèle d'interprétation qui prime. Il n'y aurait donc pas une telle hiérarchie entre les deux méthodes d'interprétation, tout dépendra du contenu, de l'objet de la convention ou de l'accord collectif : ce n'est qu'à défaut de loi englobant le même objet que l'accord, que l'interprétation littérale aura vocation à s'appliquer. Une subsidiarité existe bel et bien entre les méthodes d'interprétation, mais elle doit être renversée par rapport à ce que préconise l'arrêt d'assemblée plénière précité. Le juge doit d'abord rechercher s'il existe une loi portant sur un objet identique ou voisin, avant d'envisager une interprétation purement exégétique si la première recherche s'est avérée infructueuse.

431. C'est d'ailleurs ce que démontre implicitement un arrêt récent du 27 mars 2019⁸⁷², où la chambre sociale inaugure la méthode « selon la loi », mais selon une loi ayant un objet non pas en tout point identique, mais comme énoncé depuis le début de ce raisonnement, au moins voisin. En l'espèce, une entreprise relevant de la convention collective nationale des services de l'automobile avait licencié un directeur administratif et financier pour insuffisance professionnelle, alors qu'il se trouvait en arrêt de travail. L'intéressé contesta le motif de son licenciement en se fondant sur les termes de la convention collective. Selon celle-ci, « *la*

⁸⁷² Cass. soc. 27 mars 2019 n° 17-27.047.

maladie ou l'accident de la vie courante ou de trajet ne constituent pas en soi une cause de rupture du contrat de travail. L'employeur ne peut résilier le contrat à durée indéterminée que s'il justifie d'une faute grave ou lourde ou de l'impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, ou bien s'il se trouve dans l'un des cas visés aux paragraphes d et e ci-après [inaptitude ou nécessité de remplacement] ».

L'employeur avait plaidé que, s'agissant d'un poste important et unique dans l'entreprise, l'insuffisance professionnelle pouvait constituer une impossibilité de maintenir le contrat. Les juges ne l'ont pas suivi et ont décidé que le texte conventionnel s'était calqué sur les dispositions légales relatives au licenciement du salarié placé en arrêt de travail pour maladie professionnelle. On retrouve en effet exactement les termes employés dans l'article L. 1226-9 du Code du travail⁸⁷³. Dès lors, le conseil de prud'hommes était fondé à retenir la même grille de lecture que celle adoptée par la jurisprudence pour interpréter le texte légal. Si le juge s'octroie la possibilité d'interpréter un accord collectif, ou tout du moins une clause de celui-ci, non pas selon une loi endossant strictement le même objet, mais selon une loi ayant un objet voisin, la hiérarchie posée par l'arrêt du 23 octobre 2015 n'a plus lieu d'être. En réalité, même si une loi portant sur un objet identique n'existe pas, le juge va rechercher des lois pouvant s'en rapprocher, et permettant l'interprétation de l'accord collectif selon l'objet de cette loi. L'interprétation littérale, exégétique, a donc connu quelques remises en cause depuis sa consécration jurisprudentielle de 2015, au sommet d'une hiérarchie entachée d'un vice de raisonnement ne rendant pas compte de la réalité de l'interprétation des conventions et accords collectifs opérée par les juges. L'interprétation *selon la loi*, en se basant sur une loi en vigueur ayant un objet voisin, permet de prendre en compte l'évolution de l'intention des parties, de s'adapter à un nouveau contexte social, et donc de se rapprocher de la méthode *téléologique*.

B/ Renouveau de la méthode téléologique et proposition d'inscription dans le Code du travail

432. Si la méthode d'interprétation téléologique est aujourd'hui en plein renouveau (1), nous ne saurions que trop conseiller au législateur de l'inscrire dans le Code du travail comme méthode d'interprétation des accords collectifs (2).

⁸⁷³ C. trav. art. L. 1226-9 : « Au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie ».

1. Le renouveau de la méthode d'interprétation téléologique

433. Le renouveau de la méthode téléologique est dû en partie à l'obligation de rédiger un préambule dans chaque accord collectif (a). Le juge judiciaire a d'ailleurs pris en compte la volonté légale d'accorder une place plus importante à l'interprétation téléologique, en témoigne une série d'exemples jurisprudentiels (b).

a) Le préambule comme renouveau de la méthode téléologique

434. Ce renouveau passe par un rapprochement avec la commune intention des parties (*a.1*), et plus généralement avec le droit commun des contrats (*a.2*).

a.1) Un rapprochement entre la méthode téléologique et la commune intention des parties

435. Pour certains auteurs, l'absence de prise en compte de la commune intention des parties pour interpréter un accord collectif ne veut pas dire pour autant que cette méthode n'a pas sa place. Pour Lydie Dauxerre, la commune intention des parties ne serait pas inexistante mais subsidiaire de la méthode exégétique.⁸⁷⁴ Mais c'est bien le point de vue de Elsa Peskine qui attire notre attention. En effet, cette dernière voit dans la recherche de l'objectif social (donc dans la méthode téléologique) la résurgence de l'intention des parties, lui conférant également un rôle subsidiaire⁸⁷⁵. L'auteur prône alors un rapprochement entre l'objectif social de l'accord collectif et la commune intention de ses négociateurs. L'article L. 2222-3-3 du Code du travail⁸⁷⁶, énonçant que la convention collective doit désormais contenir un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu, ne peut que lui donner raison. L'intention commune des parties existera donc au travers de ce préambule : ce sont les parties elles-mêmes qui vont définir la finalité même de la convention, qui sera rédigée en suivant précisément ce que les signataires ont décidé. Le juge judiciaire, en se fondant sur ce préambule, qui va vraisemblablement prendre une place considérable dans la mission

⁸⁷⁴ « *Le texte prime la commune intention des partenaires sociaux, qui n'est en définitive qu'un « élément subsidiaire »* », L. Dauxerre, « Interprétation d'une convention ou d'un accord collectif : une méthode éprouvée », *op. cit.*, p. 1437.

⁸⁷⁵ A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *op. cit.*, p. 115.

⁸⁷⁶ C. trav. art. L. 2222-3-3 : « *La convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu. L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord* ».

d'interprétation de l'accord, va alors accroître son pouvoir. Il va se rapprocher d'une interprétation plus évolutive, une interprétation selon la commune intention des parties qui n'est pas s'en rappeler le contrôle que ce dernier opère sur le contrat individuel.

a.2) Un rapprochement avec le droit des contrats

436. Cette méthode d'interprétation contractuelle, de par son côté bien plus « contextuel », « éolutif », renforce davantage les prérogatives du juge. Il sera en mesure de lui-même « recontextualiser » la volonté initiale des parties. En effet, il est depuis fort longtemps admis que le juge est en droit de contrevenir à la volonté initiale des parties, notamment au nom de la bonne foi, si un événement remettait en cause cette volonté et devenait dangereux pour une des parties⁸⁷⁷.

D'autant plus que le rôle du juge sur l'interprétation du contrat a largement évolué suite à la réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Dans un tel contexte, il n'est pas intéressant de se demander si le rôle du juge judiciaire concernant l'interprétation des conventions et accords collectifs peut évoluer concomitamment au rôle du juge sur l'interprétation des contrats individuels. A ce titre, l'acception de la théorie de l'imprévision par le législateur est parlante. Les magistrats de la Cour de cassation ont longtemps rejeté cette possibilité pour le juge de réviser le contrat pour imprévision, principe posé par le célèbre arrêt « Canal de Craponne » du 6 mars 1876⁸⁷⁸. Si des tempéraments jurisprudentiels ont vu le jour de façon sporadique, mais dans des arrêts néanmoins primordiaux⁸⁷⁹, le principe restait bel et bien que le juge ne modifiait en rien le contrat. Il avait simplement la capacité de sanctionner le contractant en situation de force pour ne pas avoir suffisamment

⁸⁷⁷ V. en ce sens : Cass. com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547, BP c/ Huard, Bull. civ. IV, n° 338 ; JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; comp. : T. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », RTD com. 1997, p. 37 s., spéc. 38. ; Cass. com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, P IV, n° 277 ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1999, p. 646, obs. P.-Y. Gautier ; JCP E 1999, 1242, note C. Jamin ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud.

⁸⁷⁸ Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 2000, n° 163, p. 123 : en l'espèce des conventions ayant pour objet la fourniture d'eau contre une redevance fixée avaient été conclues au XVIème siècle, et au cours du XIXème le fournisseur de l'eau a invoqué la baisse de la valeur de la monnaie et la hausse du coût de la main d'œuvre pour demander un relèvement de la redevance. La Haute juridiction censurera les juges du fond car aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention des parties. Solution réaffirmée à de nombreuses reprises.

⁸⁷⁹ Cass. com. 3 novembre 1992 n° 90-18.547, préc. ; Cass. com. 24 novembre 1998 n° 96-18.357, préc. ; Cass. civ. 1ère 16 mars 2004 n° 01-15.804, D. 2004, Jur. p. 1754, note D. Mazeaud : arrêts qui avaient décidé que le refus de renégocier les clauses d'un contrat ne permettant pas -à la suite d'un déséquilibre survenu en cours d'exécution- de pratiquer des prix concurrentiels, pouvait être considéré comme un manquement à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, et de fait ouvrir droit à indemnisation.

coopéré avec son partenaire, victime des nouvelles circonstances économiques. Il a donc fallu attendre la réforme du 10 février 2016 pour que la révision pour imprévision soit une véritable prérogative offerte au juge civiliste. L'ordonnance opère donc ce renversement de jurisprudence, en son article 1195 du Code civil⁸⁸⁰, qui prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». L'alinéa 2 ajoute qu' « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Ces dispositions permettent donc, dans un premier temps, une renégociation du contrat, envisagée par les parties. Dans un deuxième temps, si la renégociation échoue, les parties peuvent soit convenir de la résolution du contrat, soit demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. C'est dans un troisième temps que se situe la grande innovation de cet article 1195. A défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, le juge aura la possibilité, si une partie le lui demande, de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Donc si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur la renégociation du contrat (1er temps), ni sur la résolution de celui-ci, ni sur la saisine du juge d'un commun accord en vue de l'adapter (2ème temps), ce dernier peut être saisi unilatéralement par un cocontractant dans l'optique de réviser le contrat, ou tout simplement d'y mettre un terme (3ème temps). Cette innovation consacre la toute-puissance du juge en la matière : sera-t-il tenté de promouvoir cette toute puissance, ou au contraire de s'auto-réguler ? Car la rédaction de cet article 1195 du Code civil laisse place à une grande marge d'interprétation de la part du juge. En effet, si l'on s'en tient à l'exégèse de ce texte de loi, le juge n'est en aucun cas encadré ou limité dans son pouvoir en matière de révision du contrat individuel. Vient alors immédiatement à l'esprit la question visant à savoir si le juge pourra adapter le contrat dans les termes qu'il estimera nécessaires ou, au contraire, s'il s'auto-limitera aux prétentions des parties. Quoi qu'il en soit, le juge, en ce qui concerne le droit commun, voit son pouvoir en tout point renforcé. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation pourraient-ils, par

⁸⁸⁰ C. civ. art. 1195.

souci d'analogie avec leur comparses civilistes, également s'octroyer le droit de réviser un accord collectif en raison de la survenance d'un évènement imprévisible ? Si l'analogie entre droit civil et droit du travail est on ne peut plus dangereuse, pour ne pas dire inopportune dans certains cas, Madame le professeur Muriel Fabre-Magnan a déjà apporté un semblant de réponse à cette interrogation, en indiquant, au nom de l'article 1105 du Code civil, qu'il est tout à fait possible d' « *importer sur le terrain de la convention collective les nouvelles armes fournies par la réforme du droit des contrats* »⁸⁸¹. A une époque où le juge est pour beaucoup entrain de perdre de sa superbe, de par la montée incessante de la normativité de l'accord collectif, lui octroyer un tel pouvoir, tout en lui permettant de redonner tout son sens à un accord qui ne satisferait plus l'ensemble de ses signataires, pourrait s'avérer opportun, ne serait-ce que pour rassurer les plus pessimistes vis-à-vis d'un hypothétique retrait du juge.

Le renouveau de la nature contractuelle de l'accord collectif, et partant son rapprochement avec le droit commun des contrats, est déjà à l'oeuvre dans des contentieux différents de celui de l'interprétation des conventions collectives. Nous l'avons vu, au stade de l'élaboration de l'acte, le juge a prévu une obligation de loyauté⁸⁸² qui a trouvé son fondement dans l'obligation de négocier les contrats individuels de bonne foi, obligation prévue par le Code civil⁸⁸³. Au stade de la modification et de la cessation de l'accord collectif, la jurisprudence a reconnu, au nom de la liberté contractuelle, la possibilité pour les négociateurs de conclure un avenant de révision-extinction⁸⁸⁴. Dans un tel contexte, le rapprochement avec le droit des contrats s'agissant de l'interprétations des accords collectifs n'est plus une hérésie.

437. Cependant, ce rapprochement entre intention commune des parties et méthode téléologique - selon l'objectif social - n'est pas si aisés en pratique, en raison notamment de l'orientation législative dans la rédaction de ce préambule. Des accords collectifs sont souvent rédigés sur orientation du législateur, en suivant exactement le modèle légal, ce qui enlève tout l'attrait à la rédaction d'un préambule, et en tout cas à sa rédaction selon l'intention commune des parties définissant eux-mêmes l'objectif social. Ce dernier sera dans une telle hypothèse, comme tout le reste de l'accord, orienté par le législateur, et en réalité défini par

⁸⁸¹ M. Fabre-Magnan, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », SSL 2016, n° 1715. V. égal. G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 2015, 1468.

⁸⁸² *supra*. n° 140 et s.

⁸⁸³ C. civ. art. 1104, préc.

⁸⁸⁴ *supra*. n° 29.

lui. Dans ce cas de figure, l'attrait du préambule serait remis en question. Il est préférable de conseiller aux négociateurs des accords collectifs de faire preuve d'une large imagination pour rédiger des préambules qui ne seraient pas le reflet de la volonté légale, mais bel et bien de la volonté commune des parties, née de compromis réciproques.

b) La prise en compte par le juge du renouveau de la méthode téléologique

438. Nous savons désormais que l'interprétation de l'accord selon la méthode littérale et l'interprétation selon la loi de l'époque, selon une loi *ne varietur*, ne peuvent être évolutives. C'est pour cela que les magistrats de la Haute juridiction font remonter la méthode consistant à prendre comme repère une loi ayant un objet voisin mais adaptée au contexte social actuel, afin de prendre en compte l'évolution de l'intention des parties, et donc de faire primer l'interprétation téléologique. Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 mars 2020 (*b.1*), du 14 décembre 2022 (*b.2*), et du 8 février 2023 (*b.3*) en témoignent.

b.1) L'exemple de l'arrêt du 25 mars 2020

439. Ce changement de perspective, même s'il n'a pas été explicitement énoncé, a été consacré par la jurisprudence. La chambre sociale, le 25 mars 2020, commence certes par rappeler sa solution constante depuis l'arrêt du 23 octobre 2015⁸⁸⁵, tout en privilégiant une méthode évolutive, et non pas à l'aune d'une loi qui ne serait plus d'actualité aujourd'hui.

440. En l'espèce, un salarié licencié pour insuffisance professionnelle en 2006 fait grief à l'arrêt d'appel de l'avoir débouté de sa demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, ce qui constitue selon lui une illégalité injustifiée. Les hauts magistrats lui ont alors donné raison, au motif qu'à l'époque, il n'existe pas encore comme motif autonome de licenciement l'insuffisance professionnelle, ce qui est le cas aujourd'hui. A l'époque, le salarié licencié pour insuffisance professionnelle n'aurait donc pas pu bénéficier de l'indemnité spécifique prévue par la convention collective en plus de l'indemnité légale.

⁸⁸⁵ « *Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est à dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte* », Cass. soc. 25 mars 2020 n° 18-12.467, P. D. 2020, p. 771 ; RDT 2020, p. 476, obs. Q. Urban ; RTD civ. 2020, p. 645, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2020, p. 988, note F. Rouvière ; Dr. soc. 2020, p. 1034, obs. C. Mariano ; JCP E 2020, 1299, obs. G. Vachet ; BJT 2020, n° 6, p. 7, obs. J.-Y. Frouin ; JCP S 2020, 2079, obs. B. Gauriau.

Comme il fût licencié en 2006, donc bien postérieurement à la signature de ladite convention collective, les juges ont décidé d'opérer une interprétation évolutive, non pas figée à une époque révélatrice d'un contexte aujourd'hui dépassé. Le salarié, même si la convention collective ne mentionnait nullement son motif de licenciement, aurait dû percevoir le complément d'indemnité conventionnelle prévu par la convention collective du 25 juin 1968 dont relève l'entreprise. Le contexte a sensiblement évolué, l'insuffisance professionnelle est désormais un motif autonome de licenciement, et selon les juges, rien ne justifie de différencier entre les différents motifs de licenciement. Outre le fait que la chambre sociale rappelle que sa jurisprudence n'avait pas encore envisagé l'insuffisance professionnelle comme motif autonome de licenciement à l'époque de la conclusion de la convention collective, elle s'appuie aussi, pour justifier sa solution, sur l'ordonnance du 13 juillet 1967⁸⁸⁶. Cette ordonnance, prévoyant une indemnité légale de licenciement, sonne comme un prétexte pour permettre aux juges de proroger leur jurisprudence établie depuis le 23 octobre 2015. Ils promeuvent encore une fois une interprétation selon la loi, en l'occurrence ici selon une loi qui a certes évolué mais qui ne permet pas de distinguer selon le motif de licenciement. D'autant plus que le motif de licenciement dudit salarié n'était pas encore reconnu au jour de la conclusion de la convention collective litigieuse⁸⁸⁷. Les juges font preuve d'une certaine habileté dans le rendu de cette décision. Ils font primer une interprétation évolutive, tout en justifiant leur solution sur une ordonnance de l'époque dans le but de démontrer qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, pour savoir qui était légitime pour toucher ce complément d'indemnité conventionnelle, selon le type de motif. Une solution récente qui laisse penser que le modèle d'interprétation évolutive et l'interprétation *selon la loi* ne sont nullement antinomiques, dès l'instant où la loi servant d'objet de comparaison prend en compte le changement de contexte social, et se rapproche *de facto* de la méthode

⁸⁸⁶ Ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement.

⁸⁸⁷ « En effet, l'interprétation littérale aurait plutôt conduit à exclure l'indemnité en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle, en réduisant son octroi au cas du licenciement disciplinaire. De sorte que la Cour de cassation opte plutôt pour la deuxième méthode d'interprétation, la comparaison par référence à la loi ayant le même objet, qu'elle trouve dans l'ordonnance du 13 juillet 1967 relative à l'indemnisation du licenciement, disposant « qu'un salarié en contrat à durée indéterminée et ayant plus de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment de son licenciement peut prétendre, sauf faute grave, à une indemnité de licenciement ». Mais, au-delà de la référence à la loi ayant le même objet, la chambre sociale se réfère aussi à la jurisprudence sociale postérieure à la convention collective et relative à la reconnaissance de l'insuffisance professionnelle comme cause de licenciement. Elle semble de la sorte retenir une analyse rétrospective de l'intention des parties, décelée au prisme de ce qu'elle aurait été si la convention collective avait été conclue postérieurement à la reconnaissance de l'insuffisance professionnelle comme cause de licenciement. Cette analyse rétrospective conduit la Cour, au fond, à retenir une méthode d'interprétation que l'on pourrait dire évolutive ou historique de la convention collective, adaptant ainsi cette dernière à un contexte modifié depuis son adoption », E. Peskine, « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », RDT 2021, p. 118.

téléologique. En l'espèce, la Haute juridiction s'appuie sur une ordonnance ayant le même objet que l'article 28 de la convention, tout en l'adaptant au nouveau contexte social, législatif et jurisprudentiel en incluant de fait comme motif de licenciement l'insuffisance professionnelle. Le but de cette solution jurisprudentielle est alors à la fois de justifier le triptyque subsidiaire énonçant la méthode d'interprétation des accords collectifs à suivre pour le juge, et de revaloriser la méthode d'interprétation téléologique.

b.2) L'exemple de l'arrêt du 14 décembre 2022

441. Même si cette solution jurisprudentielle ne traite pas directement de l'interprétation des conventions et accords collectifs, les magistrats de la chambre sociale en profitent tout de même pour rappeler et entériner l'arrêt du 25 mars 2020. En effet, dans ce cas d'espèce, les juges sont venus réaffirmer qu'il est du rôle « *du tribunal judiciaire, saisi du recours formé contre la décision rendue par le DIRECCTE, d'apprécier la légalité de cette décision, au besoin après l'interprétation de l'accord collectif en cause, d'abord en respectant la lettre du texte de l'accord collectif, ensuite, si celui-ci manque de clarté, au regard de l'objectif que la définition des périmètres des établissements distincts soit de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel* »⁸⁸⁸. Afin de mieux appréhender l'apport de cette solution, un rappel des faits est indispensable. En l'espèce, un accord majoritaire conclu selon les modalités de l'article L. 2313-2 du Code du travail avait prévu le nombre et la répartition des établissements distincts afin de mettre en place des comités sociaux et économiques d'établissement. Par la suite, la négociation du protocole d'accord préélectoral n'ayant pas abouti, l'employeur a justement saisi le Direccte pour qu'il procède à la répartition des sièges et du personnel dans les collèges⁸⁸⁹. Sauf que l'administration n'a pas suivi les stipulations de l'accord relatives au découpage en établissements distincts pour répartir les sièges et le personnel selon ce qui était prévu conventionnellement. Dès lors, les sociétés composant l'unité économique et sociale ont saisi le tribunal judiciaire pour qu'il interprète l'accord, dans l'hypothèse où ce dernier serait peu clair quant au nombre et au périmètre des établissements distincts. Celui-ci s'est déclaré incompétent et par conséquent les sociétés composant l'UES ont formé un pourvoi en

⁸⁸⁸ Cass. soc. 14 décembre 2022, n° 21-19.551.

⁸⁸⁹ Sur ce point, v. P. Bouquard, « L'échec de la négociation du protocole d'accord préélectoral », BJT juillet 2022, p. 54.

cassation. La chambre sociale de la Haute juridiction « *censure le raisonnement suivi par les juges du fond et profite de l'occasion pour préciser, d'une part, de manière générale, l'office du juge judiciaire saisi d'une demande de répartition du personnel et des sièges entre les collèges et, d'autre part, plus spécialement, les pouvoirs du judiciaire du contentieux électoral dès lors que survient une difficulté d'interprétation d'un accord collectif fixant les établissements distincts à l'occasion d'une saisine en répartition du personnel et des sièges entre les collèges* »⁸⁹⁰.

442. Concernant l'interprétation des accords collectifs, les juges de la Haute juridiction mentionnent une nouvelle fois le guide d'interprétation, en étant néanmoins moins exhaustifs que dans les arrêts du 23 octobre 2015 ou du 25 mars 2020 puisqu'ils préconisent l'interprétation selon la lettre du texte, et seulement si les clauses de l'accord manquent de clarté, l'interprétation téléologique, soit « *au regard de l'objectif que la définition des périmètres des établissements distincts soit de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel* »⁸⁹¹. L'interprétation selon une loi ayant un objet similaire ou voisin est donc ici exclue par la chambre sociale. Est-ce en raison du rapprochement énoncé précédemment entre cette méthode et la méthode téléologique ? Il est permis de le croire.

443. Le juge a dû se demander si le tribunal judiciaire pouvait interpréter en dernier ressort un accord mettant en place des CSE d'établissement. Des forces contraires s'affrontaient dans ce cas d'espèce, avec d'un côté la compétence de principe du tribunal judiciaire en premier ressort lorsqu'il s'agit d'interpréter une convention ou un accord collectif⁸⁹², et de l'autre la compétence de ce même tribunal en dernier ressort lorsqu'il s'agit d'un contentieux préélectoral ou électoral⁸⁹³. Finalement, les magistrats de la chambre sociale de la Cour de

⁸⁹⁰ G. François, « De l'office du juge en matière de répartition du personnel et des sièges entre les collèges », BJT février 2023, p. 17.

⁸⁹¹ Cass. soc. 14 décembre 2022, n° 21-19.551, préc.

⁸⁹² V. Cass. soc. 21 novembre 2012, n° 11-15.057 : « *le litige entre un employeur et des syndicats quant à l'interprétation d'accords collectifs relève de la compétence du tribunal de grande instance (devenu tribunal judiciaire)* »

⁸⁹³ Notamment contre la décision de l'administration relative à la répartition des sièges et du personnel entre les collèges, v. C. trav. art. L. 2314-13 et R. 2314-3.

cassation répondent à cette interrogation par l'affirmative⁸⁹⁴, en faisant primer la compétence du tribunal judiciaire en dernier ressort dans le cadre d'un litige électoral : « *La solution est intéressante, en ce qu'elle confirme la volonté de la Cour de cassation de créer un bloc de compétence au profit du tribunal judiciaire statuant en dernier ressort, pour que l'ensemble du contentieux afférant au processus préélectoral et électoral soit soumis au même juge, y compris lorsqu'il s'agit d'interpréter un accord collectif, dès lors que celui-ci traite une question en lien avec l'organisation des élections professionnelles* »⁸⁹⁵. Une fois le pouvoir d'interprétation accordé au tribunal judiciaire en dernier ressort, la Haute juridiction affine un peu plus son raisonnement en réaffirmant la prévalence de la méthode téléologique. Comme le souligne Gwennhaël François, « *le tribunal judiciaire statuant en dernier ressort sur le fondement de l'article L. 2314-13 du Code du travail doit interpréter l'accord d'entreprise définissant les établissements distincts si cela s'avère être un préalable nécessaire à la répartition du personnel et des sièges entre les collèges. Lorsque l'interprétation de l'accord relatif aux établissements distincts est requise, la haute juridiction précise que le juge devra d'abord respecter la lettre du texte de l'accord collectif et, ensuite, si celui-ci manque de clarté, rechercher son sens « au regard de l'objectif que la définition des périmètres des établissements distincts soit de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel ». Comme pour tout accord collectif, la méthode d'interprétation retenue est donc avant tout téléologique* »⁸⁹⁶.

b.3) L'exemple de l'arrêt du 8 février 2023

444. Dans cet arrêt, il est question de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie qui prévoit une clause limitant les motifs de licenciement d'un salarié dont le contrat était suspendu pour cause de maladie⁸⁹⁷. D'après cette clause, et si on en fait

⁸⁹⁴ « *L'office du tribunal est enfin précisé selon qu'il juge les contestations de la décision administrative mal fondées ou bien fondées. Dans le premier cas, si les contestations sont mal fondées, il lui appartient de « confirmer la décision ». Autrement dit, le tribunal judiciaire peut, dans ce cas, rejeter les contestations et il n'aura pas à statuer sur le fond. Dans le second cas, si les contestations sont jugées bien fondées, autrement dit s'il les « accueille partiellement ou totalement », il lui appartiendra « d'annuler la décision administrative et de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige d'après l'ensemble des circonstances de fait à la date où (il) statue »* », G. François, « *De l'office du juge en matière de répartition du personnel et des sièges entre les collèges* », *op. cit.*, p. 19.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ Cass. soc. 8 février 2023, n° 21-16.805.

une interprétation littérale, il est possible de licencier un salarié dont le contrat de travail est suspendu pour maladie seulement en invoquant un licenciement économique collectif, ou une suppression de poste. La chambre sociale de la Cour de cassation ne va pas retenir la même interprétation.

445. Une nouvelle fois, les magistrats rappellent la grille de lecture de l'interprétation des conventions et accords collectifs, sans pour autant l'appliquer. En se basant sur la méthode exégétique, et en faisant une lecture de la convention collective *a contrario*, on pouvait facilement comprendre que cette clause voulait exclure tout autre motif de licenciement. Sauf que le juge judiciaire a décidé d'adapter sa solution en fonction du contexte social, et continue d'accentuer le mouvement faisant primer la méthode téléologique. En effet, de telles clauses, qu'on peut assimiler aux « clauses de garantie d'emploi », étaient nécessaires à une époque où le législateur n'était pas encore intervenu pour interdire de licencier selon l'état de santé des salariés. Maintenant que la loi est venue poser ce principe, et que la jurisprudence reconnaît bel et bien l'impossibilité de licencier pour un motif lié à l'état de santé, sans que cela empêche de licencier un salarié malade pour un autre motif, le juge interprète ces clauses à l'aune du contexte actuel. La méthode littérale, qui pouvait très simplement s'appliquer en l'espèce, ne répond pas au contexte social contemporain. De fait, le juge judiciaire, bien que continuant de citer le guide d'interprétation dégagé par l'arrêt d'assemblée plénière du 23 octobre 2015, écarte la méthode littérale au profit de la méthode téléologique. Par conséquent, la présence de clauses de garantie d'emploi dans une convention collective n'empêche pas l'employeur de licencier le salarié malade pour un motif autre que son état de santé, y compris son insuffisance professionnelle⁸⁹⁸. Enfin, la reprise de la grille de lecture, si elle semble inutile puisque non appliquée en l'espèce, a au moins le mérite de généraliser la solution : avec la reprise de cet attendu de principe, personne ne pourra arguer d'une solution isolée qui ne s'appliquerait qu'à la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie.

⁸⁹⁸ « Ces dispositions conventionnelles n'interdisent pas le licenciement du salarié pendant la suspension de son contrat de travail pour maladie pour d'autres causes que la maladie, la garantie d'emploi pour une durée déterminée n'étant prévue que pour le licenciement à la suite d'une absence pour maladie et nécessité de remplacement et prévoient les conditions de l'attribution de l'indemnité de préavis en l'étendant pour certains licenciements spécifiques », *ibid.*

446. Si cette solution témoigne une nouvelle fois du fait que la méthode téléologique est la méthode privilégiée par le juge, on peut y voir une nouvelle atteinte à la primauté hiérarchique de la méthode exégétique. D'autant que la notion de « manque de clarté » citée dans cette solution comme une condition d'application de l'interprétation téléologique, semble être à la discrétion du juge lui-même, ce qui lui permet d'avoir un contrôle encore plus grand sur le choix de la méthode interprétative.

2. Proposition d'inscription de l'interprétation téléologique dans le Code du travail

447. La solution pouvant mettre fin aux difficultés entourant la méthode à privilégier pour interpréter les conventions et accords collectifs, serait une retranscription dans le Code du travail. Si le Code civil prévoit expressément la méthode d'interprétation de tout contrat individuel dans son article 1188⁸⁹⁹, pourquoi le législateur n'en ferait pas autant à propos des accords collectifs ? D'autant plus à une époque où cette question de l'interprétation de la norme conventionnelle est source de difficultés en raison de sa normativité renforcée.

448. Nous envisageons ici, comme nous avons déjà commencé à le démontrer, de rapprocher la méthode d'interprétation que le législateur pourrait consacrer avec l'obligation de rédiger un préambule dans chaque accord collectif. En effet, la méthode téléologique étant selon nous celle à privilégier, l'article L. 2222-3-3 du Code du travail pourrait être complété afin de préciser que l'interprétation de l'accord devra se faire en fonction de ce qui est indiqué dans le préambule. Si le préambule manque de précision sur ce point, le juge pourrait alors recourir à une loi en vigueur ayant le même objet que l'accord en question, méthode qui se rapproche également de la méthode téléologique. Enfin, au dernier niveau de subsidiarité (système subsidiaire que le législateur serait bien inspiré de conserver), il peut être mentionné la méthode exégétique, qui ne devrait être utilisé que très rarement en raison des difficultés déjà invoquées précédemment. De fait, l'article L. 2222-3-3 du Code du travail pourrait être modifié ainsi :

⁸⁹⁹ C. civ. art. 1188, préc. : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ».

- Article L. 2222-3-3 : « *La convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte son contenu, le contexte social dans lequel il est rédigé, et sa finalité. Le contexte social et la finalité de la convention ou de l'accord sont utilisées par le juge pour interpréter la convention ou l'accord lorsque cela devient nécessaire. A défaut, le juge interprète la convention ou l'accord selon une loi en vigueur ayant le même objet. Enfin, en l'absence de loi en vigueur ayant le même objet, le juge interprète la convention ou l'accord littéralement*

 ».

449. Une telle rédaction n'est opportune que si l'actuel dernier alinéa de l'article L. 2222-3-3 disparaît. Il faudrait en effet que la nullité de l'accord tout entier soit encourue si le préambule fait défaut, ce qui obligerait les employeurs et les partenaires sociaux à clairement expliciter le contexte social et la finalité de l'accord collectif en question. Dès lors, cette nouvelle hiérarchisation pourrait pleinement s'appliquer, et permettrait de mieux rendre compte de la réalité actuelle consistant à faire primer l'interprétation téléologique et à renier la méthode littérale.

Paragraphe 2 : Le pouvoir interprétatif du juge sur la notion de « manque de clarté »

450. Les développements précédents ont d'ores et déjà commencé à appuyer le fait que le juge se laisse une grande marge de manoeuvre en ce qui concerne sa capacité d'interprétation. Cette marge de manoeuvre existe aussi à propos du recours à l'interprétation. En effet, la liberté jurisprudentielle que s'octroie le juge judiciaire se traduit également par la lecture très large que la chambre sociale fait de l'expression « *manque de clarté* ». L'interprétation judiciaire ne devrait voir le jour qu'en cas de manque de clarté des dispositions de la convention ou de l'accord collectif en question. L'arrêt rendu le 25 mars 2020⁹⁰⁰ démontre que les magistrats de la Cour de cassation disposent d'une grande liberté d'appréciation en ce

⁹⁰⁰ Cass. soc. 25 mars 2020, n° 18-12.467, préc.

qui concerne ce « *manque de clarté* »⁹⁰¹. Cette notion semble être à la discrétion du juge lui-même, ce qui lui permet d'avoir un contrôle encore plus grand sur le choix de la méthode interprétative. Le juge judiciaire va lui-même décider de rentrer dans cette phase d'interprétation de l'accord en s'octroyant une liberté certaine sur l'appréciation du « manque de clarté » dudit accord⁹⁰². Il s'est alors doté d'un réel pourvoir d'interprétation de l'accord collectif, en suivant une grille de lecture qui de prime abord semblait restreindre sa liberté d'interprétation en suivant une méthode purement exégétique, mais qui, au cas par cas, peut révéler une grande liberté. Ce pouvoir d'interprétation peut en lui-même faire l'objet d'une interprétation, laissant au juge une grande liberté, et de fait une grande normativité au service d'une meilleure cohérence juridique.

451. Un pouvoir interprétatif qui se matérialise d'ailleurs à nouveau dans un arrêt récent de la chambre sociale de la Cour de cassation, à propos de la saisine des commissions paritaires de l'emploi, et plus particulièrement sur la force obligatoire de la saisine de telles commissions. Ces commissions peuvent être instituées par des conventions collectives de branche, au niveau territorial ou national. Leur but est notamment d'obliger l'employeur, lorsqu'il procède à des licenciements collectifs pour motif économique, à élargir son obligation de reclassement, plus seulement interne, mais également externe en saisissant la commission paritaire pour qu'elle regarde les postes disponibles en dehors du seul secteur de l'entreprise. De nombreux litiges ont vu le jour suite à cette « obligation » qui incombait à l'employeur lorsqu'une convention collective instituait un tel mécanisme. La véritable question qui se pose alors est de savoir s'il s'agit bel et bien d'une obligation pour l'employeur, auquel cas il sera sanctionné dans l'hypothèse où il ne se tourne pas vers ladite commission avant de procéder au licenciement pour motif économique de ses salariés. La sanction devrait logiquement être le défaut de motif réel et sérieux du licenciement, pour non-respect de la procédure de reclassement. C'est d'ailleurs ce qu'avaient retenu les magistrats

⁹⁰¹ « *La chambre sociale trouve dans l'absence de clarté de la stipulation un levier dont use le juge pour déclencher ou non l'opération d'interprétation et trouver une forme de liberté dans cette opération. Très classiquement, la chambre sociale reprend en effet la formule selon laquelle une convention collective doit être interprétée « si elle manque de clarté ». Pourtant, les termes de la convention collective de 1968, qui stipulait que l'indemnité devait être octroyée en cas de licenciement disciplinaire, étaient-ils si peu clairs ? Certains diront que l'absence de clarté était née *a posteriori*, de l'évolution des règles juridiques. Et il est admis en effet que la clarté d'un texte est toujours au moins partiellement relative à son contexte d'application. Mais plus généralement, il apparaît dans cet arrêt combien proclamer la clarté est déjà affaire d'interprétation », E. Peskine, « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », *op. cit.*, p. 122.*

⁹⁰² V. en ce sens : M. Van de Kerchove, *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique. L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

de la Cour de cassation dans plusieurs affaires, en rappelant que « *l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 impose à l'employeur qui envisage de prononcer des licenciements pour motif économique de "rechercher les possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise, en faisant appel à la commission territoriale de l'emploi", et alors, d'autre part, que la méconnaissance par l'employeur de dispositions conventionnelles qui étendent le périmètre de reclassement et prévoient une procédure destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise, avant tout licenciement, constitue un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement et prive celui-ci de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁹⁰³. Une solution réitérée par la suite, et qui montrait bien la volonté prétorienne de faire de la saisine de cette commission paritaire de l'emploi une véritable condition de fond qui doit être suivie à la lettre par l'employeur sous peine de voir le licenciement prononcé dépourvu de cause réelle et sérieuse⁹⁰⁴. A cette époque, le juge judiciaire interprétabit alors strictement la convention collective qui mettait en place cette commission. Si la convention collective prévoit la saisine de cette dernière avant de notifier tout licenciement pour motif économique, le juge va faire de cette stipulation conventionnelle une exigence de fond, en rajoutant une obligation de reclassement externe qui n'était pas prévue légalement.

452. Cette interprétation stricte, faisant la part belle aux conventions et accords collectifs, va être battue en brèche. Au fil du temps, la jurisprudence s'est ravisée et se trouve de moins en moins sévère avec l'employeur. Tout d'abord, la Haute juridiction a commencé par se positionner dans des domaines que la convention collective ne traitait pas. Il fallait bien que la chambre sociale vienne préciser les conditions de cette saisine lorsque la convention collective se contentait d'affirmer qu'avant tout licenciement collectif pour motif économique, l'employeur devait saisir cette commission paritaire de l'emploi. Elle est donc venue annoncer que « *l'obligation de saisir la commission territoriale de l'emploi n'imposait pas à l'employeur de lui fournir une liste nominative des salariés dont le licenciement est envisagé ni leur profil individuel* »⁹⁰⁵. Les conditions de saisine sont précisées, mais vont

⁹⁰³ Cass. soc. 28 mai 2008, n° 06-46.009.

⁹⁰⁴ « *Mais attendu qu'ayant exactement retenu que la société avait l'obligation conventionnelle de saisir la commission territoriale de l'emploi en application des articles 5 et 15 de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 et ayant constaté que la société n'avait pas respecté cette obligation, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* », Cass. soc. 30 septembre 2013, n° 12-15.940.

⁹⁰⁵ Cass. soc. 17 mars 2015, n° 13-24.303.

dans un sens contraire avec ce qu'avait laissé penser le juge judiciaire dans un premier temps. Certes le juge cherche à faire respecter les stipulations conventionnelles, mais sans donner de véritable force à la saisine de la commission. Si l'employeur doit la saisir, il n'a pas à donner tous les moyens nécessaires à celle-ci pour procéder au reclassement effectif des salariés. A ce stade, la saisine de la commission devait encore être respectée, mais cette saisine se révélait purement formelle, puisque sur le fond l'employeur n'avait nullement à mettre cette commission dans les conditions idéales pour procéder au reclassement externe. Or, cette saisine, purement formelle, ne va même plus être une obligation lorsqu'elle est prévue par convention ou accord collectif. En effet, pour que la saisine préalable d'une telle commission instituée par accord collectif demeure une obligation⁹⁰⁶, il faut désormais, selon l'interprétation de plus en plus précise de la Cour de cassation, que cet accord énonce explicitement que ladite commission a un rôle en matière de reclassement externe des salariés⁹⁰⁷. Les juges du droit viennent donc de plus en plus faire une application restrictive de la convention ou de l'accord collectif. Une interprétation on ne peut plus proche de la lettre du texte, puisque si les clauses conventionnelles ne prévoient rien, alors la saisine de la commission perd *de facto* toute sa force normative et par suite sa force obligatoire⁹⁰⁸. Le juge judiciaire pousse donc la norme négociée à gagner en précision. On assiste à l'évolution du logiciel interprétatif des conventions et accords collectifs. Cette évolution dénote bien le très fort pouvoir interprétatif du juge judiciaire sur les accords collectifs. Celui-ci a eu très grande marge de manœuvre : il a pu décider à la fois que la saisine de cette commission prévue conventionnellement est une obligation à respecter pour l'employeur, quoi que prévoit ladite convention, et également interpréter cette « obligation » de façon très restrictive, en énonçant que ce n'est justement plus une obligation de fond. Le changement de paradigme dans l'interprétation des conventions et accords collectifs instituant les commissions paritaires de l'emploi démontre que le juge interprète comme il le souhaite, en fonction de la solution à laquelle il veut arriver. Ce serait davantage le fond de la solution jurisprudentielle qui

⁹⁰⁶ Dont le non-respect entraînera un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

⁹⁰⁷ « Mais attendu qu'après avoir relevé que l'article 3 de l'accord du 30 avril 2003 relatif à la mise en place d'une commission paritaire de l'emploi et de la formation professionnelle applicable à l'ensemble des entreprises comprises dans le champ d'application de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, bien que se référant à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, n'attribuait pas de missions à cette commission en matière de reclassement externe, la cour d'appel en a exactement déduit qu'aucune obligation de saisine préalable de la commission paritaire de l'emploi destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise, avant tout licenciement pour motif économique de plus de dix salariés, n'était applicable », Cass. soc. 11 juillet 2016, n° 15-12.752 ; V. en ce sens : Cass. soc. 16 novembre 2017, n° 16-14.572.

⁹⁰⁸ Le manque de clarté de la convention ou de l'accord collectif va porter préjudice à leur normativité.

dicterait le mode interprétatif du juge. Il peut élargir son domaine pour venir créer de nouvelles conditions d'application dans l'optique de faire jouer la clause conventionnelle en cause, ou à l'inverse restreindre son champ d'application en refusant d'interpréter excessivement en créant de nouvelles conditions dues au manque de clarté de l'accord collectif⁹⁰⁹.

453. Cette évolution du mode d'interprétation des magistrats de la Cour de cassation a continué et atteint son paroxysme avec l'arrêt de la chambre sociale du 8 septembre 2021. Cette solution a fini par affirmer que l'accord collectif qui ne dit pas clairement que c'est à l'employeur de saisir la commission paritaire de l'emploi pour aboutir à la recherche de reclassement externe des salariés, ne peut donc pas empêcher par la suite à l'employeur de procéder valablement au licenciement collectif pour motif économique des salariés visés⁹¹⁰. La lettre de l'accord collectif est en l'espèce tout simplement respectée, démontrant encore une fois que le résultat auquel veut arriver le juge détermine le moyen interprétatif à utiliser pour arriver à ce résultat. Un moyen interprétatif très largement adaptable et qui prouve le très large pouvoir d'interprétation du juge judiciaire, quelle que soit la méthode interprétative choisie par les juges.

454. Si la solution constante de la Cour de cassation concernant la hiérarchie méthodologique à suivre pour interpréter une convention ou un accord collectif peut être critiquée de par le manque de cohérence que nous avons précédemment relevé, le juge judiciaire se montre en revanche on ne peut plus clair s'agissant du lien qu'il peut avoir avec une commission paritaire conventionnelle. Il est également de jurisprudence constante que les avis de ces dernières ne lient pas le juge dès lors qu'ils n'ont pas valeur d'avenant

⁹⁰⁹ Il est néanmoins intéressant de remarquer que dans ce cas de figure, dans cette hypothèse, quand le juge judiciaire accroît son pouvoir d'interprétation, c'est pour faire une application très restrictive de la convention ou accord collectif, alors qu'à l'origine, il était simplement avancé que la norme négociée devait instituer une commission paritaire de l'emploi pour que l'obligation de saisine préalable au licenciement soit une condition de fond pour l'employeur, sans que le juge n'ait besoin de venir dégager des nouvelles conditions d'exercice de cette saisine.

⁹¹⁰ « *Si l'employeur est tenu d'informer la commission paritaire nationale de l'emploi du projet de licenciement économique collectif, seule la saisine de ladite commission par les organisations syndicales de salariés ou d'employeurs contractantes de l'accord du 30 octobre 2008 la conduit à exercer la mission qui lui est attribuée en matière de reclassement externe. Il s'en déduit que l'accord du 30 octobre 2008 ne met pas à la charge de l'employeur une obligation de saisine préalable de la commission paritaire de l'emploi destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise dont la méconnaissance priverait les licenciements de cause réelle et sérieuse* », Cass. soc. 8 septembre 2021, n° 19-18.959.

interpréitatif à la convention collective en cause⁹¹¹. En tout état de cause, si l'avis d'une telle commission ne lie nullement le juge, celui-ci est en droit de s'y référer. Le fait que ce ne soit pas obligatoire pour le juge de suivre ledit avis ne signifie pas qu'il lui est interdit de suivre cet avis. Dans un arrêt du 27 mai 2020, alors qu'une salariée d'un centre médico-chirurgical appliquant la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 contestait son coefficient, la chambre sociale relève que c'est à bon droit qu'après « *avoir constaté l'ambiguïté du texte (...), le conseil de prud'hommes, s'appuyant sur l'analyse suivie dans l'avis par la commission nationale paritaire d'interprétation du 13 avril 2013, sans lui conférer un effet obligatoire* » a débouté la salariée. En effet, « *si l'interprétation donnée par une commission paritaire conventionnelle du texte d'une convention collective n'a pas de portée obligatoire pour le juge, ce dernier peut, après analyse du texte, faire sienne l'interprétation de la commission* »⁹¹². Rien ne devrait pouvoir remettre en cause cette solution jurisprudentielle, qu'il sied d'ailleurs de rapprocher de la hiérarchie opérée par le juge depuis l'arrêt du 23 octobre 2015. Les avis donnés par les commissions sont généralement moins enclins à suivre la lettre même du texte, privilégiant davantage la méthode évolutive et donc la recherche de l'objectif social du texte en question. A titre d'exemple, une commission paritaire nationale avait en 1973 indiqué que les périodes d'arrêt maladie ne sauraient ouvrir droit à l'acquisition de congés trimestriels au motif que de telles périodes ne peuvent être assimilées à du temps de travail effectif. A cela, le juge a toujours répondu qu'à la lecture exégétique de la convention collective du 15 mars 1966⁹¹³, il fallait interpréter cette dernière comme faisant des arrêts maladie un temps de travail effectif (sous certaines conditions), et donc ouvrant droit aux salariés à l'acquisition de congés trimestriels. L'avis de la commission, qui avait privilégié l'esprit des rédacteurs de la convention collective en question, au détriment de sa lettre, peut ne pas être suivi par le juge. D'autant plus dans le contexte actuel où la hiérarchie veut que l'interprétation littérale de la convention ou de l'accord prime sur l'objectif social du texte, et ce quand bien même cette hiérarchie ne serait pas réellement établie en raison des limites et des critiques pouvant être apportées à

⁹¹¹ Cass. soc. 16 mars 2011, n° 10-10.634 : « *Et attendu que le conseil de prud'hommes, qui n'a pas écarté l'avis du comité de suivi du 19 mai 2004 mais s'est borné à lui dénier à bon droit le caractère d'avenant interprétatif, a exactement décidé que la durée de l'ancienneté à prendre en compte était celle correspondant à la totalité des services accomplis par chacun des salariés dans l'entreprise et non celle prise en compte antérieurement dans chacun de ses échelons successifs* ».

⁹¹² Cass. soc. 27 mai 2020, n° 19-10.886, D, RJS 7/2020, n° 363.

⁹¹³ Convention collective du 15 mars 1966 à propos du travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées.

l'interprétation purement littérale. Un modèle d'interprétation « comme la loi » qui peut ne plus du tout correspondre au contexte social actuel, et qui va par conséquent forcer le juge à s'appuyer sur une loi s'inscrivant dans un domaine plus ou moins voisin de celui de l'accord collectif. Ce choix d'une loi voisine, de près ou de loin, va quelque peu renverser la hiérarchie établie depuis quelques années maintenant par le juge judiciaire. Ce ne sera véritablement qu'à défaut de loi se rapprochant de près ou de loin du champ d'application de l'accord que le juge appliquera une interprétation exégétique avec les problèmes de contextualisation que cela comporte.

Conclusion du Chapitre 2

455. L'interprétation des conventions et accords collectifs est, avec le contrôle du contenu de l'accord et la faculté d'articulation, la dernière grande prérogative juridictionnelle du juge judiciaire. Celle-ci est également valorisée par la conventionnalisation du droit du travail, en raison de la grande marge de manœuvre dont dispose le juge pour interpréter la norme conventionnelle. La prérogative interprétative de la Cour de cassation est d'ailleurs renforcée depuis la loi du 8 août 2016 offrant la possibilité aux juges de première instance de saisir la Haute juridiction pour recueillir son avis et éviter les divergences d'interprétation. On peut simplement regretter que lorsque les hauts magistrats rendent un avis, rien n'oblige le juge à le suivre : une telle obligation renforcerait encore davantage la sécurité juridique⁹¹⁴. Outre ce mécanisme légal, la marge de manœuvre juridictionnelle se traduit en premier lieu par la capacité d'instaurer une hiérarchie interprétative, à savoir la méthode exégétique, à défaut en ayant recours à une loi portant sur le même objet ou ayant un domaine voisin, et enfin, à défaut, à la méthode téléologique. Mais le juge peut largement contrevénir à cette hiérarchie triadique, dans le but aujourd'hui de faire primer la méthode téléologique, pourtant envisagée initialement comme le dernier échelon de la hiérarchie. La marge de manœuvre juridictionnelle du juge à propos de l'interprétation des accords se retrouve également à un autre niveau. En effet, pour interpréter, il faut que l'acte à interpréter « *manque de clarté* ». Or, le juge se laisse une certaine liberté pour apprécier cette notion, et donc pour décider de recourir ou non à l'interprétation. La liberté du juge en ce qui concerne l'interprétation de la norme conventionnelle va, là encore, dans le sens de la valorisation réciproque de la conventionnalisation : en faisant primer la méthode téléologique, le juge interprète le contenu des accords de façon à les faire perdurer dans le temps, sans avoir besoin de les réviser ou de les dénoncer s'ils ne sont plus adaptés au contexte social de l'époque.

⁹¹⁴ V. not. G. Loiseau, « Guide de l'interprétation des conventions et accords collectifs », *op. cit.*, p. 167 ; P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *op. cit.*, p. 425.

CONCLUSION DU TITRE 2

456. Le contrôle judiciaire de l'accord collectif n'est qu'une partie de l'activité juridictionnelle du juge. De plus, à l'intérieur de ce pouvoir de contrôle, plusieurs prérogatives existent, en fonction des différentes étapes jalonnant la construction d'un accord collectif. L'application de celui-ci nécessite de savoir quelle stipulation appliquer lorsque plusieurs conventions entrent en concurrence. Ce sera alors le rôle du juge judiciaire, celui-ci étant en charge de contrôler l'articulation des accords collectifs entre eux. Si la loi est venue au fil des réformes réguler cette articulation entre accords de niveaux différents et donc résoudre les potentiels conflits pouvant voir le jour entre par exemple un accord d'entreprise et un accord de branche, l'articulation judiciaire continue d'exister. Même en présence des trois blocs légaux, le juge a le devoir de régir ce qu'il faut entendre par « *garanties au moins équivalentes* ». En outre, pour les concours entre conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 8 août 2016, le principe de faveur, bien qu'aujourd'hui limité, continue de s'appliquer. C'est également le mode de résolution des concours privilégié lorsque deux accords mettant en oeuvre des avantages pour les salariés sont en concurrence. On comprend alors l'obsolétescence de cet outil de résolution des concours entre accords collectifs depuis que la négociation est devenue organisationnelle, et ne sert plus uniquement à améliorer la situation des salariés.

457. En outre, le rôle du juge judiciaire concernant l'articulation des accords ne se résume pas à une résolution de conflits entre eux. Il a également dû se prononcer sur les rapports entre norme conventionnelle et contrat individuel de travail. Le juge judiciaire se fait à la fois le garant de l'intangibilité du contrat de travail en faisant appliquer le principe de faveur, et le meilleur allié de la conventionnalisation en posant la supériorité normative de l'accord collectif. Si le rôle du juge judiciaire sera de jongler entre la pluralité de relations, conflictuelles ou pas, existantes entre l'accord collectif et le contrat de travail, le contrôle de leur articulation est davantage attendu en ce qui concerne l'accord de performance collective. Ce dernier peut se substituer aux stipulations contractuelles, et le juge judiciaire se devra donc de réguler cette substitution en édifiant un régime juridique applicable.

458. Le contrôle judiciaire de l'articulation des accords collectifs, entre eux ou avec la norme contrat de travail, se trouve donc *a minima* bouleversé par la conventionnalisation

voulue par le législateur. Ce bouleversement vient valoriser le contrôle juridictionnel, le juge judiciaire confirmant le renouveau de son rôle dans l'articulation des accords entre eux. De surcroît, l'articulation entre la norme conventionnelle et la norme contractuelle permet au juge, en retour de la valorisation de son contrôle judiciaire, de valoriser la conventionnalisation du droit du travail, comme en témoigne la possible annulation (ou correction) d'une stipulation contractuelle qui ne respecterait pas une disposition conventionnelle. Un nouveau rapport de réciprocité se met donc en oeuvre, la conventionnalisation valorisant l'activité juridictionnelle du juge, qui va réciproquement, de par son pouvoir de contrôle sur l'articulation des accords, valoriser la négociation collective.

459. A côté du pouvoir de contrôle du juge judiciaire sur les œuvres de la négociation collective (contrôle englobant les prérogatives judiciaires liées à l'articulation des accords collectifs), il existe également un pouvoir d'interprétation. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire a fini par hiérarchiser les différentes méthodes d'interprétation existantes, qui sont au nombre de trois : une méthode littérale ; une méthode qui emprunte à une loi existante dans un même domaine ou dans un domaine voisin ; enfin, une méthode qui se réfère à l'objectif social du texte. Ces trois méthodes ont donc fait l'objet d'une hiérarchisation par les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un célèbre arrêt du 23 novembre 2015. Le juge doit d'abord interpréter l'accord en suivant la lettre du texte. Si cela n'est pas possible, si le texte est peu clair, alors il devra rechercher une loi pouvant servir de comparaison, dans un domaine identique ou un domaine voisin. Là encore, si aucune loi ne peut servir de modèle pour aider à l'interprétation du juge judiciaire, ce dernier se devra de rechercher l'objectif social du texte conventionnel, et orienter son interprétation en fonction.

460. En réalité, il a été possible de déceler un renversement de cette hiérarchie jurisprudentielle, en raison de l'insécurité juridique qui entoure la méthode purement exégétique. Cette méthode « comme la loi » est une méthode non évolutive qui peut ne plus du tout correspondre au contexte actuel, au contexte social dans lequel le juge se doit d'interpréter l'accord en question. Ce dernier va se borner à rechercher si une loi, dans le même domaine d'application ou dans un domaine voisin de celui de l'accord collectif, existe pour l'appliquer par translation. En effet, cette dernière méthode peut être évolutive, le juge pouvant s'appuyer sur une loi récente, en vigueur, plus à même de répondre aux nouvelles

problématiques des personnes concernées par l'accord collectif, comme en témoigne l'arrêt de la chambre sociale du 25 mars 2020.

461. Cet arrêt est important et révélateur à plus d'un titre. Tout d'abord, à propos du renversement de la hiérarchie précédemment évoquée, les juges vont utiliser la méthode « selon la loi » qu'ils rapprochent dans les faits de la méthode téléologique, troisième méthode prévue par le guide d'interprétation fourni par le juge judiciaire. Dès lors, ce rapprochement entre la méthode visant à rechercher un texte ayant un objet similaire ou voisin et la méthode téléologique, se fait au détriment de la méthode exégétique initialement prédominante selon la lecture hiérarchique dégagée par la Cour de cassation elle-même. Cette solution vient donc démontrer que cette subsidiarité peut être renversée selon l'appréciation du juge. Ce dernier s'octroie, malgré la grille de lecture instaurée par l'arrêt du 23 octobre 2015, une grande liberté pour interpréter les conventions et accords collectifs en favorisant une méthode évolutive, favorisant la cohérence et la sécurité juridique à l'aune du contexte social actuel. Le législateur pourrait, dans un tel contexte, intervenir, à l'instar de ce qu'il a fait s'agissant de l'interprétation des contrats individuels, pour sanctuariser les nouvelles méthodes d'interprétation des conventions et accords collectifs. Cette liberté d'interprétation que s'octroie le juge se traduit également à un autre niveau, en amont, puisque pour interpréter un accord collectif, il faut normalement que ses dispositions « *manquent de clarté* », sinon l'interprétation serait inopportune et inutile. Or, cet arrêt de 2020 dénote que ce manque de clarté est laissé à l'appréciation souveraine des juges du droit. En l'espèce, la convention collective ne manquait pas réellement de clarté : même pour procéder à l'interprétation, le juge dispose d'une grande marge de manœuvre, en appréciant librement la notion de « *manque de clarté* » de chaque convention ou accord. Il devient donc inévitable de constater que la conventionnalisation a donné plus de liberté au juge dans l'interprétation de la norme conventionnelle, tout d'abord quant à l'appréciation du manque de clarté pour pouvoir procéder à l'interprétation, et ensuite, une fois que le droit à interprétation est ouvert, quant à la méthode à employer pour interpréter. Une liberté qui traduit de fait la valorisation de son activité juridictionnelle dont son pouvoir d'interprétation fait partie.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

462. La distinction entre les différentes activités du juge judiciaire a été posée dès l'introduction de cet ouvrage. Si le mouvement de conventionnalisation a été renforcé et valorisé par les jurisprudences judiciaires, c'est ce même mouvement qui a été à l'origine du bouleversement de l'activité juridictionnelle du juge. Et par *bouleversement*, il faut là aussi comprendre *valorisation*. Le renforcement de la normativité de la négociation collective dans son ensemble a modifié plusieurs aspects de l'activité juridictionnelle du juge judiciaire. Ces modifications peuvent être distinguées selon qu'elles sont retranscrites explicitement dans le Code du travail, ou pas. En effet, le législateur a directement mentionné dans les textes de loi que le juge judiciaire verrait ses prérogatives changer, notamment s'agissant de la sanction de l'illicéité de l'accord collectif, ou de l'articulation entre accords ou avec d'autres normes comme le contrat de travail. Tout d'abord, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont énoncé que le juge a la possibilité de moduler dans le temps les effets de la nullité d'un accord collectif, nullité qu'il aura lui-même prononcée. La prérogative offerte au juge judiciaire est immense : la nullité est une sanction rétroactive, et le juge a désormais la possibilité non seulement de contrevir à cette rétroactivité en décidant que ses effets ne s'appliqueront que pour l'avenir, mais aussi de jouer avec cette rétroactivité en précisant à partir de quel moment dans le passé ou dans le futur la nullité prendra effet. En un mot, le juge est libre de décider. Une liberté qui est cependant mise à mal dans un seul domaine : la nullité des accords de mise en place du comité social et économique. Dans ce cas de figure, le juge ne se laisse aucun choix, puisqu'il est venu lui-même affirmer que la nullité d'un tel accord ne produit des effets que pour l'avenir, revenant donc sur les effets classiques de cette sanction.

463. A propos des prérogatives judiciaires sur l'articulation des conventions et accords collectifs, leur valorisation n'a pas exactement la même origine. Certes le législateur a créé des règles qui vont influencer le rôle du juge, mais sans édicter explicitement quel serait ce nouveau rôle judiciaire, comme pour les effets de la nullité de l'accord collectif. Ce sont ici les trois blocs issus là encore de la réforme du 22 septembre 2017 qui ont modifié le contrôle du juge sur l'articulation des accords entre eux, ou encore le nouvel article L. 2254-2 relatif à l'accord de performance collective qui a permis une valorisation du rôle du juge quant à l'articulation de la norme conventionnelle et du contrat de travail.

464. Quoi qu'il en soit, c'est bien la volonté légale de renforcer la conventionnalisation du droit du travail, en prônant la liberté judiciaire quant aux effets de la nullité de l'accord, en raccourcissant les délais de contestation dudit accord, en systématisant l'articulation entre conventions et accords collectifs, en faisant de ces derniers une norme hiérarchiquement supérieure au contrat de travail, ou en créant un nouveau mécanisme permettant aux dispositions conventionnelles de se substituer aux stipulations contractuelles, qui a permis la valorisation de l'activité juridictionnelle du juge judiciaire. C'est ce dont témoigne entre autres les modalités qui s'offrent au juge à propos de la contestation d'un accord par voie d'exception. Il ne faut néanmoins pas s'arrêter là. Si la conventionnalisation d'origine légale a nourri et valorisé les prérogatives judiciaires, la réciproque est vraie : dans de nombreux domaines, ce renouveau des prérogatives du juge a accentué le renforcement de la conventionnalisation.

465. C'est le cas du rôle du juge judiciaire quant à l'interprétation de la norme conventionnelle. Comme s'agissant de l'articulation des conventions et accords collectifs, la problématique de l'interprétation relève de l'application de ces derniers. Il a donc fallu distinguer deux étapes qui ont toutes deux permis une valorisation des prérogatives judiciaires : l'illicéité et l'application de l'accord. A l'intérieur de cette deuxième phase, il est loisible de constater que l'interprétation des accords collectifs a été très largement encadrée depuis que le législateur a cherché à renforcer leur normativité. Le juge a décidé, de façon autonome cette fois, sans être explicitement influencé par des dispositions légales, de donner vie à une certaine méthodologie de l'interprétation. Plusieurs méthodes sont utilisées par le juge, des méthodes qu'il a lui-même hiérarchisé, tout en se laissant une certaine marge de manœuvre, une certaine liberté. A l'instar de ce qui a été dit à propos de la modulation des effets de la nullité, la très grande liberté octroyée au juge judiciaire, ou qu'il s'octroie lui-même, témoigne de la valorisation de son activité juridictionnelle, qui par réciprocité renforce la normativité conventionnelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

466. Les rapports entre la normativité renforcée des conventions et accords collectifs de travail, appelée conventionnalisation, et le juge judiciaire s’opèrent à plusieurs niveaux. La présente étude, à défaut de prétendre à l’exhaustivité, a permis d’apporter une certaine vision de ces différents rapports.

467. La première interaction entre conventionnalisation et juge de l’ordre judiciaire révèle une réciprocité directe. Non seulement la hausse de normativité des accords collectifs voulue originellement par le législateur a bouleversé les solutions jurisprudentielles du juge, mais ces dernières ont également participé à la valorisation de la conventionnalisation. Celle-ci a eu un impact sur l’activité jurisprudentielle du juge judiciaire, alors que réciproquement cette activité jurisprudentielle consolide et valorise le mouvement de conventionnalisation du droit du travail.

468. Outre ce premier niveau d’interaction existant entre la normativité conventionnelle et l’activité jurisprudentielle du juge judiciaire, une seconde relation a lieu. Là encore, une réciprocité se constate. De prime abord, la conventionnalisation a révolutionné les différents pouvoirs que le juge judiciaire peut exercer sur la négociation collective dans son ensemble, à commencer par son pouvoir de contrôle sur la négociation ou sur l’application de la convention. L’évolution des prérogatives judiciaires a également impacté l’articulation de la norme conventionnelle, une articulation concernant à la fois les accords collectifs entre eux, ou l’accord collectif avec une autre norme telle que le contrat de travail. C’est enfin l’interprétation de l’accord collectif qui a été renouvelée, le juge judiciaire ayant édicté une grille de lecture interprétative du contenu de la norme conventionnelle. Dans l’ensemble de ces différents domaines d’intervention, le juge judiciaire exerce une prérogative lui permettant de valoriser à son tour le mouvement de conventionnalisation, insufflé initialement par le législateur.

469. Cette étude a alors tenté de démontrer que la corrélation entre la conventionnalisation et les différentes activités du juge judiciaire s’opère de façon circulaire : le législateur, au fil des réformes, a augmenté la normativité conventionnelle, ce qui a modifié la vision

jurisprudentielle du juge sur l'accord collectif en travaillant également à la promotion de sa normativité. Par suite, l'évolution de l'activité jurisprudentielle renforçant la conventionnalisation a eu pour conséquence d'influer sur les prérogatives judiciaires constituant l'activité juridictionnelle dudit juge, et en particulier sur son pouvoir de contrôle, comme en atteste le contrôle du contenu de l'accord suite à la présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle. Nul besoin dès lors de préciser que ces deux activités appartenant au juge judiciaire ne peuvent être opposées, tant elles sont intimement liées. Au bout de la chaîne, le renouvellement de la vision jurisprudentielle du juge judiciaire, affectant notamment le contrôle de la négociation et de l'application de l'accord, a eu pour effet de renforcer considérablement la valorisation de la conventionnalisation du droit du travail. Dès lors, cette corrélation s'inscrivant dans un mouvement circulaire traduit également des échanges synallagmatiques. Il a été démontré que la normativité accrue de la négociation collective a renforcé celle de l'activité jurisprudentielle du juge, qui, par réciprocité, a accompagné la valorisation de la conventionnalisation. Cette consolidation de la valorisation conventionnelle se retrouve directement dans les solutions prétoriennes du juge de par sa nouvelle vision de l'accord collectif, mais aussi en engendrant un renouveau de ses prérogatives juridictionnelles. De fait, la valorisation de la normativité conventionnelle provient de l'activité jurisprudentielle du juge, à la fois de façon directe et indirecte. Directement car elle découle de la nouvelle vision qu'a le juge de l'accord collectif et qui se ressent dans sa jurisprudence. Indirectement par le truchement des prérogatives juridictionnelles, bouleversés pour certaines d'entre elles à la suite de la valorisation jurisprudentielle de la norme conventionnelle, et qui vont appuyer encore davantage la promotion de la négociation collective dans son ensemble. On constate également que cette activité juridictionnelle s'enrichit grâce à la conventionnalisation. En raison de ces échanges réciproques entre conventionnalisation et activités du juge judiciaire, la valorisation concerne donc la conventionnalisation, par la voie directe et indirecte de l'activité jurisprudentielle, mais aussi les prérogatives judiciaires constituant l'activité juridictionnelle.

470. Au-delà de la diversité et la complexité de ces rapports circulaires et bilatéraux, nous nous sommes proposés d'en tirer les conséquences d'un point de vue structurel. Notre objectif a été de démontrer que cette double valorisation, de la normativité conventionnelle et des activités dont le juge judiciaire est titulaire, signifie indubitablement qu'il ne peut y avoir

aucune sorte de concurrence entre conventionnalisation et juge judiciaire. Non seulement il ne peut être constaté aucune concurrence normative entre conventionnalisation et solutions jurisprudentielles du juge, dans la mesure où elles ont participé à la valorisation conventionnelle, mais également aucune concurrence entre la conventionnalisation et les prérogatives judiciaires telles que le contrôle sur la phase de négociation et sur l'application de l'accord collectif. En effet, pour observer une quelconque concurrence, il faudrait reconnaître la présence d'un contrôle devenu « restreint » sur la norme conventionnelle. Or, nous avons cherché à nous détacher de cette représentation visant à mettre en concurrence la normativité conventionnelle et le contrôle judiciaire. Il ne peut y avoir de contrôle restreint car il y a eu une modification de la nature de ce contrôle. Dès lors, ce contrôle valorisant la conventionnalisation ne saurait être qualifié de restreint. Par conséquent, sans contrôle restreint, l'idée de concurrence et de vases communicants entre normativité conventionnelle et contrôle judiciaire devient dénuée de sens. Tout comme celle entre la conventionnalisation et l'ensemble des prérogatives juridictionnelles du juge judiciaire : l'exemple de son pouvoir d'interprétation, ou encore sa volonté de régulation de l'articulation de ces derniers, repensés eux aussi à l'aune de la valorisation des accords collectifs, en témoignent.

471. De par cette démonstration, il a donc été fait le pari de redorer le blason du juge judiciaire, lui qui, dans un contexte de conventionnalisation, a subi de nombreuses turbulences, notamment de la part du législateur. Cet examen émet alors l'opinion, nourrie de multiples illustrations, que le juge de l'ordre judiciaire a largement accompagné la valorisation de la norme conventionnelle, sans pour autant s'effacer. Au bout du compte, l'objectif de cette étude se propose même de prendre le contre-pied d'une vision doctrinale ayant eu un écho certain, en affirmant que la conventionnalisation du droit du travail, oeuvre de modernité et d'adaptation pratique, ne peut continuer son ascension de façon effective qu'avec la présence d'un juge judiciaire consolidé dans sa double activité, jurisprudentielle et juridictionnelle.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS ET MANUELS

ATIAS (C.),

- *Epistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 1ère éd., 2002.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.),

- *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33ème éd., 2019.

BENABENT (A.),

- *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 6ème éd., 1998.
- *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12ème éd., 2010, n° 13.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5ème éd., 2012.

BERGERON (F.), CHENU (D.), FRANÇOIS (G.), JEAN (S.), MORAND (M.) et VASSEUR (F.),

- *Les clés pour négocier un accord d'entreprise*, 1re éd., 2020, Revue Fiduciaire, Pratique d'experts, p. 107 et s.

BOBBIO (N.),

- *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. Leben, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115.

CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.),

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 2000.

CARBONNIER (J.),

- *Les obligations*, coll. Thémis droit privé, 1ère éd., « Quadrige » 2004, n° 926.

CHENU (D.), FRANÇOIS (G.), JEAN (S.), MORAND (M.) et VASSEUR (F.),

- *Le comité social et économique, de la mise en place au fonctionnement*, Groupe Revue Fiduciaire, coll. Pratiques d'experts, en collaboration avec Barthélémy Avocats.

COUTURIER (G.),

- *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Defrénois 2000, p. 880, spéc. II B.

DABIN (J.),

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3ème éd., 1969.

DAUXERRE (L.),

- *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005.

DESPAX (M.),

- *Traité de droit du travail : négociation, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989.
- *Droit du travail*, t. 7 – *Négociations, conventions et accords collectifs*, dir. G.-H. Camerlynck, 2e éd., 1989, Dalloz.

DUQUESNE (F.),

- *Le nouveau droit du travail*, Gualino, 2008.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),

- *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16ème éd., 2014, n° 55.

GAUDU (F.) et VATINET (R.),

- *Traité des contrats, Les contrats du travail*, LGDJ, 2001.

GENY (F.),

- *Science et Technique en droit privé positif*, T. I, Sirey, 1913.

GHESTIN (J.),

- *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.),

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994.

HABERMAS (J.),

- *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978.

HART (H. A.L.),

- *Le concept de droit*, traduction française par M. Van De Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 36-41.

JEANSEN (E.),

- *L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail*, préf. B. Teyssié, Economica, 2008.

JESTAZ (P.) et JAMIN (C.),

- *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.

KELSEN (H.),

- *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2e édition par C. Eisenmann, 1962, Bruylant-LGDJ, *La pensée juridique*, 1999.
- *Théorie générale des normes*, 1979, traduit de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996.

LOKIEC (P.),

- *Droit du travail*, t. II, *Les relations collectives*, 2011, Thémis, PUF.

LYON-CAEN (A.) et JEAMMAUD (A.),

- *Droit du travail, démocratie et crise, en Europe occidentale et en Amérique*, 1986, Actes Sud.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.),

- *Le raisonnement juridique*, PUF, Thémis droit privé, 2001.

MAYER (N.),

- *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 461, 2006.

MAYER (P.),

- *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973.

PAGNERRE (Y.) et PAGANI (K.),

- *Le vade-mecum des ordonnances Macron*, Gualino, 2018.

PELISSEUR (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.),

- *Droit du travail*, avec la collaboration de AUZERO (G.), Dalloz, coll. « Précis », 2008.

PENIN (O.),

- *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, LGDJ, 2012.

PERELMAN (C.),

- *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Dalloz, 1979.

PESKINE (E.) et WOLMARK (C.),

- *Droit du travail*, coll. HyperCours.

PICOD (Y.),

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),

- *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, Obligations, 1ère partie, collab. P. Esmein, LGDJ, 1930, n° 176.

SERINET (Y.-M.),

- *Le juge et l'illicéité du contrat*, in F. Collart-Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

SUPIOT (A.),

- *Critique du droit du travail*, 2e éd., Paris, 2007, PUF.

VERGES (E.), VIAL (G.) et LECLERC (O.),

- *Droit de la preuve*, PUF, 2015.

WEBER (M.),

- *Le savant et le politique*, Paris, Éditions 10/18, 2002.

II. THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

AMIC (L.),

- *La loyauté dans les relations du travail*, Thèse, Avignon, 2014.

ARSEGUEL (A.),

- *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Université des Sciences Sociales de Toulouse, pp. 2 et 3.

BANDRAC (M.),

- *La nature juridique de la prescription extinctive*, Economica, 1986, préf. P. Raynaud.

BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.),

- *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport 2010, p. 63-64.

BERGERON (F.),

- *L'ordre public en droit du travail*, Thèse remaniée du même titre, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 14, préface François Gaudu.

BOCQUILLON (F.),

- *La dérogation en droit du travail*, Thèse, Strasbourg, 1999.

CESARO (J.-F.),

- *Le doute en droit privé*, préface B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2001.

COTTET (M.),

- *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Paris, 2012.

DEL SOL (M.),

- *L'interlocuteur de l'employeur*, Thèse, Université de Rennes I, 1992, p. 282, n° 402.

DONNETTE (A.),

- *La contractualisation du droit du travail*, Thèse, Montpellier, 2010.

FILIPETTO (E.),

- *Le juge et l'accord collectif*, préface F. Géa, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2022.

FROUIN (J.-Y.),

- *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, Thèse, 2009.

GOUBEAUX (G.),

- *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface D. Tallon, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 93, 1969.

GOUËZEL (A.),

- *La subsidiarité en droit privé*, Thèse remaniée du même titre, Economica, coll. Recherches juridiques.

KAPPOPOULOS (I.),

- *Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle*, Thèse, 2010.

LUCCHINI (A.),

- *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, Thèse, Montpellier, 2021.

MARIANO (C.),

- *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018.

MAZAUD (A.-L.),

- *Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure*, thèse, Lyon II, 2016.

PERES-DOURDOU (C.),

- *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 421, 2004, coll. Thèses.

SOURIAC (M.-A.),

- *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I.

VACHET (G.),

- *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Thèse, Lyon III, 1977.

VAN DE KERCHOVE (M.),

- *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique. L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

III. ETUDES ENCYCLOPEDIQUES

BANDRAC (M.),

- « Droit et pratique de la procédure civile : les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008 », Dalloz Action, 2021/2022.

CHALARON (Y.),

- « Conventions et accords collectifs, Contenu, conditions d'applicabilité », Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 19-20, n° 35, p. 18.
- « Négociation, conventions et accords collectifs. Qualification et nature juridique », Juris-Classeur Travail traité, fasc. 19-25, n° 52.
- « Négociations, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources du droit », Juris-Classeur Travail Traité, 2000, fasc. 1-36, n° 27, p. 8.

LOKIEC (P.),

- « Ruptures conventionnelles », Répertoire de droit du travail, octobre 2020, actualisation novembre 2021.

NADAL (S.),

- « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions - Interprétation, violation et annulation de l'accord collectif », Répertoire de droit du travail, juin 2022, actualisation juin 2023.

IV. ARTICLES ET MÉLANGES

ADAM (P.),

- « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », SSL 13 novembre 2017, p. 52.

AKANDJI-KOMBE (J.-F.),

- « En amont du débat sur les recours collectifs en matière professionnelle : éliminer les causes conventionnelles de discrimination », Dr. soc. 2014, p. 68.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- « Les éléments du contrat de travail », Dr. soc. 1999, p. 330.
- « Plan social : il y a urgence à réformer ! », Dr. soc. 2000, p. 597.

- « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », Dr. soc. 2009, p. 1169.
- « Les nouvelles frontières de la négociation collective », Dr. soc. 2013, p. 241.
- « Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », Dr. soc. 2015, p. 811.
- « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », Dr. soc. 2017, p. 425.
- « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2018, p. 160.
- « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », Dr. soc. 16 mars 2019, p. 198.
- « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », BJT décembre 2019, p. 39 s.

ANTONMATTEI (P.-H.), DONNETTE (A.) et MARIANO (C.),

- « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2019, p.1054.

ANTONMATTEI (P.-H.), ENJOLRAS (L.) et MARIANO (C.),

- « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2021, p. 346.

ANTONMATTEI (P.-H.), ENJORLAS (L.), MARIANO (C.), SELUSI (S.) et SIAU (B.),

- « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2021, p. 992.

AUVERGNON (P.),

- « Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative » 2002, p. 7-18.

AUZERO (G.),

- « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. soc. 2017, p. 1018.
- « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », Dr. soc. 2018, p. 154.
- « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in Mélanges G. Pignarre, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 33.
- « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », BJT décembre 2019, p. 76.

- « Les relations collectives de travail dans l'entreprise à l'épreuve du Covid-19 », Lexbase hebdo, éd. soc., 2020.
- « Le Conseil d'État aux prises avec les « salaires minima hiérarchiques » », Dr. soc. 2021, p. 100.

AUZERO (G.) et BENTO DE CARVALHO (L.),

- « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », Dr. soc. 2022, p. 531.

BAILLY (P.),

- « Un accord ne peut exclure une catégorie professionnelle d'un avantage sans justification », SSL 2009, n° 1414, p. 13.

BALAT (N.),

- « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751.

BANDRAC (M.),

- « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », RDC 2008, p. 1413.

BARTHELEMY (J.),

- « Conflit entre accords collectifs. Accord d'entreprise sur des garanties collectives de prévoyance. Accord national de mensualisation de 1977. Nature juridique. Dispositions applicables », Dr. soc. 1996, p. 643
- « Les accords nationaux interprofessionnels », Dr. soc. 2008, p. 566.
- « L'accord de méthode de la négociation collective », Dr. soc. 2016, p. 505.
- « À propos du référendum », Rev. fid., 14 décembre 2017, p. 42.

BAUGARD (D.),

- « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », Dr. soc. 2018, p. 59.
- « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité », JCP S 2019, 1297.
- « L'extension de l'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires », RDT 2022, p. 395.

BAUGARD (D.) et GRATTON (L.),

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745.

BEGUE (A.),

- « Concours entre accords collectifs de groupe et d'entreprise : la règle de faveur neutralisée », Dr. ouv. 2020, p. 501.

BENTO DE CARVALHO (L.),

- « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », Dr. soc. 2019, p. 867.

BERAUD (J.-M.),

- « Le principe d'égalité », in *Les rencontres de la chambre sociale de la cour de cassation*, Dalloz 2011, p. 61.
- « Arrêts du 27 janvier sur les avantages catégoriels : l'éclairage de Jean-Marc Béraud » LSQ L'actualité 2015, n° 16765.

BERGERON (F.),

- « Un accord nul ne peut produire aucun effet », Cah. soc. février 2015, p. 104.
- « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles, à propos du projet de loi Travail », Dr. soc. 2016, p. 519.
- « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. soc. 2017, p. 1033.
- « Articulation des accords de branche et accords d'entreprise : entre continuité et rupture », Dr. ouv., février 2018, n° 835.
- « Nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel : absence de rétroactivité », Cah. soc. juillet 2018, p. 351.
- « Négociation dans les entreprises de 11 à 49 salariés dépourvues de délégué syndical : validité du décret du 10 novembre 2017 déterminant les modalités de consultation des salariés », BJT avril 2019, p. 23.
- « L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ? », BJT décembre 2019, p. 51.

- « De l'application dans le temps des accords collectifs », BJT février 2021, p. 24.
- « Salaires minima hiérarchiques : le Conseil d'État au secours des branches », JCP 2021, 2094.
- « L'articulation des accords collectifs de travail », CSA Lefebvre Dalloz, 20 décembre 2022.

BERGERON (F.) et GEA (F.),

- « Le droit du travail, entre ordre et désordre » (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038.
- « Le droit du travail, entre ordre et désordre » (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47.

BERGERON (F.) et MORAND (M.),

- « Accord collectif et contrat de travail », Mélanges offerts à P.-Y. Verkindt, LGDJ, 2022, p. 63.

BERRIAT (A.),

- « Pas de présomption générale de justification des différences de traitement conventionnelles », RJS 06/2019, p. 431.

BERLAUD (C.),

- « Conséquences de l'annulation d'une clause de convention collective : modulation par le juge », Gaz. Pal. 2 février 2021, n° 395p2, p. 34.

BOCQUILLON (F.),

- « Que reste-t-il du principe de faveur ? », Dr. soc. 2001, p. 255.

BORENFREUND (G.),

- « Propos sur la représentativité syndicale », Dr. Soc. 1988, p. 483.
- « Le représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. soc. 1991, p. 685.
- « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p. 608.

BOSSU (B.),

- « Loyauté et contrat de travail », intervention lors du colloque organisé à Avignon sur « Droit et loyauté », 10 octobre 2014, D. 2015, coll. Thèmes et Commentaires.

BOUBLI (B.),

- « La réduction du temps de travail, élément du plan de reclassement », JSL 2000, n° 58.

BOUQUARD (P.),

- « L'échec de la négociation du protocole d'accord préelectoral », BJT juillet 2022, p. 54.

BUGADA (A.),

- « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 688.

CAVAT (H.),

- « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », RDT 2022, p. 300.

CESARO (J.-F.),

- « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306.
- « Le malthusianisme contentieux en droit social », in Mélanges Teyssié, LexisNexis, 2019, p. 571.

CESARO (J.-F.) et TEISSIER (A.),

- « L'implantation du comité social et économique », JCP S 2018, 1224.

CHALARON (Y.),

- « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », Dr. soc. 1998, p. 355, spé. p. 363.

CHAMPEAUX (F.),

- « L'articulation entre la branche et l'entreprise en matière de SMH », SSL 2021, n° 1971, p. 6.

CLAVREUL (L.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.),

- « Le principe de faveur et la nouvelle hiérarchie des normes », SSL 27 septembre 2021, n° 1968, p. 6 et s.

COMBREXELLE (J.-D.),

- « La négociation collective, le travail et l'emploi », France Stratégie, 9 sept. 2015, p. 49.
- « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », Dr. soc. 2020, p. 503.

COUTURIER (G.),

- « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », Dalloz, 1975, chron. 24 et 36.
- « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », Mélanges offerts à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 273.

CREDOZ-ROZIER (J.),

- « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie) », SSL n° 1796, p. 5.

DAUXERRE (L.),

- « Interprétation d'une convention ou d'un accord collectif : une méthode éprouvée », JCP S 2015, 1433.

DEL SOL (M.),

- « Droit européen et protection sociale négociée : mesure de l'autonomie des partenaires sociaux », in P. Turquet (dir.), *La crise de la protection sociale en Europe*, Presses Universitaire de Rennes, 2015, pp. 95-105.

DOCKES (E.),

- « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », Dr. soc. 2008, p. 280.

DONNETTE (A.) et NOREVE (S.),

- « Accord de méthode de négociation général et spécifique », BJT octobre 2019, p. 80.

DUCLOZ (F.),

- « Le régime des accords dérogatoires », Dr. soc. 2017, p. 727.

DUMONT (F.) et POINSOT (L.),

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », Dr. ouv. 2017, n° 823, p. 88.

DUMORTIER (G.),

- « L'étendue du contrôle de l'administration sur un PSE négocié », SSL 2015, n° 1704.

DURAND (P.),

- « Le dualisme de la convention collective », RTD civ. 1939, p. 353.

DUTHEIL DE LAMOTHE (O.),

- « La révolution tranquille de la chambre sociale », JCP S 2015, 1251.

EISENMANN (C.),

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », APD, T. XI, *La logique du droit*, Sirey, 1966, p. 25.

FABRE (A.),

- « Egalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. G. Borenfreund et I. Vicarie, Dalloz, 2013, coll. Thèmes et commentaires.
- « Les négociateurs sociaux, seuls « juges » du principe d'égalité », Dr. soc. 2015, p. 237.
- « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », Dr. ouv. 2018, p. 441.
- « Dispositifs de contrôle des salariés en forfait-jours : la fin et les moyens », JCP S 2021, 1292.

FABRE (A.) et RADE (C.),

- « Le juge et la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 20.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », SSL 2016, n° 1715.

FAVENNEC-HERY (F.),

- « L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », Dr. soc. 1996, p. 20.
- « La représentativité syndicale », Dr. soc. 2009, p. 630, spéc. p. 640.
- « Jurisprudence et relations professionnelles : l'équilibre compromis ? », JCP S 2015, 1289.
- « Interprétation des conventions collectives de travail : l'incertitude », JCP G 2015, 1362.
- « L'ordre public légal », JCP S 2017, 1126.
- « L'indivisibilité entre accord collectif et convention individuelle : le cas du forfait annuel en jours ou en heures », RJS février 2020, p. 91.

FAVENNEC-HERY (F.) et WEISSMANN (R.),

- « Les dérogations en droit du travail - Le recours à l'accord dérogatoire », Dr. soc. 2017, p. 715.

FILIPETTO (E.),

- « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016, p. 415.
- « Les accords portant rupture conventionnelle collective : quelles tendances ? », RDT 2019, p. 332.

FLORES (P.),

- « Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes », SSL, n° 1635, p. 5.

FLORES (P.) et FABRE (A.),

- « Forfait jours : « La souplesse ne doit pas permettre de se désintéresser de la charge de travail réelle du salarié » », Cah. soc. novembre 2013.

FRANÇOIS (G.),

- « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », Dr. soc. 2018, p. 126.
- « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », Dr. soc. 2019, p. 956.
- « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (2nde partie) », Dr. soc. 2019, p. 1066.
- « Echec des négociations et décision unilatérale », BJT juillet 2019, p. 48.
- « La conventionnalisation de la représentation du personnel », BJT décembre 2019, p. 70.

- « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux », BJT avril 2020, p. 39 et s.
- « Le préalable de négociation obligatoire », Dr. soc. 2021, p. 356.
- « Nature et point de départ du délai relatif à l'action en nullité de l'accord de branche », Dr. soc. 2023, p. 59 et s.
- « De l'office du juge en matière de répartition du personnel et des sièges entre les collèges », BJT février 2023, p. 17.

FRANÇOIS (G.) et MARIANO (C.),

- « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », BJT mai 2021, p. 41.

FROSSARD (S.),

- « La suppléativité des règles en droit du travail », RDT 2009, p. 83.

FROUIN (J.-Y.),

- « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », RJS 3/96, p. 137.
- « Le recul du juge en droit du travail », RDT 2020, p. 18.

GARDIN (A.),

- « Le régime de l'accord collectif dérogatoire, De la dérogation à la suppléativité », Dr. soc. 2017, p. 722.

GAUME (G.),

- « Le temps de la démocratie dans l'entreprise », Dr. soc. 1982, p. 270 et s.

GAURIAU (B.),

- « Le référendum, un préalable nécessaire ? », Dr. soc. 1998, p. 338.
- « L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ? », JCP S 2019, 3.

GEA (F.),

- « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », SSL 28 janvier 2013, p. 1569.

- « Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'Etat », RDT 2015, p. 528.
- « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2016, p. 516.
- « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », SSL 2016, n° 1717, p. 5 et s.
- « Des accords (collectifs) sans juge ? », Dr. soc. 2017, p. 98.
- « L'accord sur le comité social et économique », BJT septembre 2018, p. 50.
- « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire », *Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly, Voyage au bout de la logique juridique*, Presses universitaires de Limoges, pp. 171-189, 2020.
- « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes » », RDT 2021, p. 37.
- « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. Géa (dir.), *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », p. 21, et plus spéc. p. 35 et s.

GREVY (M.) et HENRIOT (P.),

- « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

GSSIME (N.),

- « L'interprétation des dispositions conventionnelles relatives à la mobilité des salariés », SSL 2016, n° 1707.

GUEDES DA COSTA (S.) et LOISEAU (G.),

- « Les représentants de proximité », BJT septembre 2018, p. 60.

GUEDON (M.),

- « L'accord collectif pour éviter l'intervention et le contrôle du juge », Dr. ouv. avril 2008.

GUIOMARD (F.),

- « Nullité de l'accord collectif en l'absence de loyauté dans la négociation collective », D. 2008, Panorama, p. 448.

HEAS (F.),

- « État des lieux de la représentativité patronale », Dr. soc. 2014, p. 18.

HUGLO (J.-G.),

- « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », SSL 2016, n° 1739.
- « Le rôle de la Cour de cassation dans l'articulation des normes en droit du travail », Dr. soc. 2017, p. 404.
- « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge », RJS 2018, p. 179.
- « Les partenaires sociaux, la négociation collective et le juge », BICC, 15 septembre 2018.

ICARD (J.),

- « Intensité du contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel », Cah. soc. février 2016, n° 117w9, p. 83.
- « La prescription en droit du travail. Etude d'actualité des relations individuelles de travail », RJS 5/2019, pp. 331-344.
- « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », BJT décembre 2019, p. 55.

ICARD (J.) et BUGADA (A.),

- « Controverse : faut-il simplifier la prescription en droit du travail ? », RDT 2021, p. 556.

INES (B.),

- « Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles », D. actu. 15 mai 2012.

JEAMMAUD (A.),

- « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. soc. 1998, p. 211.
- « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », RDT 2018, p. 177.

JOUSSELIN (A.),

- « L'accord institutionnel, interrogations et propositions », BJT janvier 2022, p. 48.

LAGARDE (X.),

- « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », D. 2018, p. 469.

LANGLOIS (P.),

- « La technique juridique et la réforme des conventions collectives », Dr. soc. 1982, p. 285.
- « Qu'est-ce que l'interprofession ? », Dr. soc. 2005, p. 640.

LAROQUE (J.),

- « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », Études offertes à G.-H. Camerlynck, Sirey, 1977, p. 27, spéc. p. 28.

LEROY (Y.),

- « Paradoxe(s) sur ordonnances », RDT 2018, p. 784.
- « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », Dr. soc. 2020, p. 854.

LHUILIER (G.),

- « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation. Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », Dr. soc. 1995, p. 162.

LIBCHABER (R.)

- « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in Mélanges Oppetit, Litec, 2009, p. 505 et s.

LOISEAU (G.),

- « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 2015, 1468.
- « Conventionnalisation du changement d'affectation géographique et contractualisation du lieu de travail », RDC 2016, n° 1, p. 118.
- « Guide de l'interprétation des conventions et accords collectifs », Cah. soc. mars 2016, p. 167.
- « La résistance du contractuel au conventionnel », RDC 2018, p. 103.
- « L'égalité de traitement à l'heure européenne », JCP S 2019, 1134.

- « La conventionnalisation du droit du travail - Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », *in Liber amicorum en hommage à P. Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205 et s.
- « Réflexions à propos de la constitutionnalité de la liberté contractuelle en matière de négociation collective », RDC juin 2020, p. 99.
- « Le préalable de négociation », RJS 6/2021.

LOISEAU (G.) et MARTINON (A.),

- « L'âge d'or de l'accord institutionnel ? », Cah. soc. juillet 2015, p. 359.
- « La barbe du capitaine Haddock », Cah. soc. 2017, p. 559
- « La créativité conventionnelle », BJT décembre 2018, p. 233.
- « La déjudiciarisation du droit social », BJT avril 2019, p. 1.
- « FAQ, QR, fiches conseils, etc. : le mélange des normes », BJT juillet 2020, p. 1.

LOISEAU (G.), PECAUT-RIVOLIER (L.), PIGNARRE (G.),

- « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », Dr. soc. 2016, p. 886.

LOKIEC (P.),

- « Vers un nouveau droit du travail », D. 2017, p. 2109.
- « La conventionnalisation du droit du travail, aspects de droit comparé », BJT, décembre 2019.

LOKIEC (P.) et ROCHFELD (J.),

- « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », Dr. soc. 2017, p. 5.

LOKIEC (P.), CORMIER LE GOFF (A.) et TARAUD (I.),

- « Juges et accords de performance collective », Dr. soc. 2020, p. 511.

LUQUET DE SAINT GERMAIN (C.),

- « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », Dr. ouv. janvier 2007.

LYON-CAEN (A.),

- « Droit du travail et procéduralisation », in Lenoble J., De Munck J., Molitor M., et alii., *L'avenir de la concertation sociale en Europe, rapport remis à la DG V de la Commission de l'Union européenne*, 1995.
- « Le maintien de l'emploi », Dr. soc. 1996, p. 655.
- « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité entre salariés - Les cadres ont-ils encore un avenir ? », SSL 2011, n° 149, p. 8.
- « Discrète juridiction », RDT 2019, p. 217.
- « E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif*, préface F. Géa, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2022, tome 81, 394 pages + bibliographie et tables », RDT 2022, p. 272.
- « A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, préf. P.-H. Antonmattei et F. Bergeron, LexisNexis, Planète social, 2023, 353 pages + biblio et tables », RDT 2023, p. 296.

LYON-CAEN (G.),

- « Droit syndical et mouvement syndical », Dr. soc. 1984, p. 8.
- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », Dr. soc. 2019, p. 524.

MAILLARD-PINON (S.),

- « Nullité des élections professionnelles en l'absence de désignation du président du bureau de vote », D. actu. 3 mars 2008.
- « Interprétation d'un accord collectif : compétence prud'homale et sort de l'avenant interprétatif », D. actu. 1er avril 2008.

MARIANO (C.),

- « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », Dossier : Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail, BJT 2020, n° 4, pp. 44-51.

MARTINON (A.),

- « Négociation catégorielle », JCP S 2011, 1207.
- « Représentativité des syndicats catégoriels », JCP S 2012, 1235.

- « Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs », JCP S 2018, 1056.

MARTINON (A.) et PESKINE (E.),

- « Le juge et le contenu de l'accord collectif », Dr. soc. 2017, p. 115.

MAURY (J.),

- « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Études offertes au professeur Ripert*, t. I, 1950, LGDJ, p. 28.

MINE (M.),

- « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », Travail et Emploi, n° 84, octobre 2000, p. 47.
- « Le juge doit vérifier l'absence d'effet discriminatoire de l'accord collectif », RDT 2018, p. 604.

MORAND (M.),

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RJS 2016, p. 655.
- « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », Dr. soc. 2018, p. 148.
- « La conventionnalisation du droit de la durée du travail », BJT décembre 2019, p. 63.
- « Salariés en forfait-jours : quand les moyens justifient la fin », JCP S 2022, 1264.
- « Forfait en jours : tout recommencer ou tout arrêter ! », SSL, n° 2028, 9 janvier 2023.

MORAND (M.) et FRANÇOIS (G.),

- Liaisons sociales thématiques, avril 2018, n°58, p. 98.

MOREAU (M.),

- « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? » Dr. soc. 1995, p. 171.

MOREL (F.) et CORMIER LE GOFF (A.),

- « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », SSL 2021, n° 1971, p. 13.

MORIN (J.),

- « La réglementation conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2020, p. 936.

MORIN (M.-L.),

- « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », Dr. soc. 2008, p. 24.
- « Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. ouv. 2017, p. 590.

MORVAN (P.),

- « Le Conseil d'Etat et les plans de sauvegarde de l'emploi : une oeuvre de modération », JCP S n° 5, 9 février 2016, 1047.

MOULY (J.),

- « Vers une résurrection de la jurisprudence *Le Berre* ? », Dr. soc. 2016, p. 27.
- « Les dispositions relatives à la contestation des accords collectifs à l'épreuve des exigences constitutionnelles », Dr. soc. 2018, p. 702.

NADAL (S.),

- « À propos des récentes péripéties de l'ANI du 11 janvier 2008 », RDT 2009, p. 323.

NASOM-TISSANDIER (H.),

- « Discrimination et présomption de justification des différences de traitement nées d'un accord collectif », JSL 2019, n° 487, p. 26.
- « Absence de présomption de justification des discriminations établies par accord collectif », JSL 2021, n° 515.

NICOD (C.),

- « L'interprétation conventionnelle : de l'office du juge à l'intention des signataires », RDT 2016, p. 282.
- « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle répartition », RDT 2017, p. 657.

OLIVIER (J.-M.),

- « Est nul l'accord de révision négocié avec les seuls syndicats signataires de l'accord révisé », TPS, juin 2002, p. 16.

OMARJEE (I.) et LOISEAU (G.),

- « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », RDT 2019, p. 301.

PAGNERRE (Y.),

- « Les accords de performance collective », Dr. soc. 2018, p. 694.
- « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - *De lege lata*, une action en inopposabilité », JCP S 2019, 1298.
- « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in Mélanges en l'honneur du Professeur B. Teyssié, LexisNexis, 2020.

PAGNERRE (Y.) et JEANSEN (E.),

- « La négociation dérogatoire », JCP S 2009, 1572.
- « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », RDT 2018, p. 358.

PASQUIER (T.),

- « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », RDT 2018, p. 44.

PECAUT-RIVOLIER (L.),

- « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement » », SSL 2015, n° 1663, p. 12.
- « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », JCP S 2016, 1300.

- « L'accord collectif et le juge », Dr. soc. 2017, p. 96.
- « Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui », Dr. soc. 2018, p. 79.
- « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », Dr. soc. 2020, p. 507.
- Discussion avec L. Pécaut-Rivolier, « Le juge et le dialogue social », in F. Géa et A. Stévenot (dir.), *Le dialogue social, l'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 271.

PELISSIER (J.),

- « La loyauté dans la négociation collective », Dr. ouv. décembre 1997, p. 496.

PERES-DOURDOU (C.),

- « Règles impératives et règles supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016, 454.

PERNOT (C.) et BENTO DE CARVALHO (L.),

- « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les ordonnances Macron », Dr. soc. janvier 2020, p. 43.

PERNOT (J.-M.),

- « Le mouvement syndical en France depuis 2008 », Dr. soc. 2020, p. 137.

PESKINE (E.),

- « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », RDT 2015, p. 339.
- « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », RDT 2021, p. 118.

PETIT (F.),

- « De la négociation à la conclusion d'un avenant portant révision d'un accord collectif », D. 2002, n°49, p. 3231.
- « La propagande électorale dans l'entreprise », JCP S 2009, 1222.
- « La loyauté dans le dialogue social », intervention lors du colloque organisé à Avignon sur « Droit et loyauté », 10 octobre 2014, D. 2015, coll. Thèmes et Commentaires.
- « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », BJT décembre 2019, p. 42.

- « Les mutations de la représentation des personnels », Rev. sociétés 2020, p. 7.

PIGNARRE (G.),

- « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », RDT 2014, p. 746.

PIVETEAU (D.),

- « La dualité de juridictions à l'épreuve du droit du travail », Dr. soc. 2017, p. 415.

PUTMAN (E.),

- « Remarque sur la demande subsidiaire », JCP G, 1991, I., 3493.

RADE (C.),

- « De l'accord national interprofessionnel », Dr. soc. 2010, p. 285.

- « Le juge et l'air du temps », Dr. soc. 2017, p. 889.

- « De la prescription de l'exception de nullité de la convention individuelle de forfait », Lexbase hebdo, éd. soc., 11 avril 2019.

- « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », Dr. soc. 2019, p.447.

- « La discrimination n'est pas une inégalité de traitement comme les autres », Dr. soc. 2021, p. 266.

RAY (J.-E.),

- « De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », Dr. soc. 1998, p. 312.

- « Les curieux accords dits «majoritaires» de la loi du 4 mai 2004 », Dr. soc. 2004, p. 592.

- « A travail inégal, salaire inégal », Dr. soc. 2011, p. 42.

- « Le juge et les accords sur l'emploi », Dr. soc. 2017, p.107.

- « Juges en première ligne et dernier mot », Dr. soc. 2017, p. 384.

- « Dossier : Juges et accords collectifs de travail, Introduction générale au débat, Légalité et légitimités », Dr. soc. 2020, p. 481.

REVET (T.),

- « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43-44.
- « Les apports au droit des relations de dépendance », RTD com. 1997, p. 37 et s.

ROSA (F.),

- « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », Dr. ouv. 2018, p. 450.

ROUVIERE (F.),

- « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 31 juillet 2009, n° 152, p. 7.

SAURET (A.),

- « Accords de branche et accords d'entreprise : focus sur une articulation complexe entre les sources du droit », Gaz. Pal. 2017, n°43, p. 67.

SCHWEITZER (S.),

- « Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? », Dr. soc. 2018, p. 410.

SCIBERRAS (J.-C.),

- « Comment renforcer le dialogue social en France ? », Dr. soc. 2019, p. 224.

SERIZAY (B.),

- « L'égalitarisme ou la régression sociale en marche », SSL 2011, n° 1497, p. 13.

SERVERIN (E.),

- « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », Droit et société n° 25, 1993, p. 339.

SOUBIE (R.),

- « Cause du déclin syndical », Dr. soc. 1992, p. 11.

SOURIAC (M.-A.),

- « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », Dr. soc. 1996, p. 395.
- « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », Dr. soc. 1997, p. 1061.
- « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », RDT 2008, p. 188.

SUPIOT (A.),

- « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », Dr. soc. 2010, p. 525.

TAFFOREAU (P.),

- « La convention collective nationale de l'édition phonographique dans la tourmente judiciaire », Dalloz IP/IT 2019, p. 383.

TEISSIER (A.),

- « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », JCP S 2018, 1113.
- « Validation de la négociation collective par référendum dans les TPE », JCP S 2019, 1151.

TEYSSIE (B.),

- « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?*, Montpellier 25 avril 1986, Dr. soc., 1986, p. 559.
- « A propos de la négociation collective d'entreprise », Dr. soc. 1990, p. 575 et spé. p. 576.
- « Un nouveau droit du travail ? », JCP S 2015, 1234.

TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.),

- « La représentativité des organisations patronales d'employeurs », JCP S 8 mars 2011, p. 11 et s.

TOURNAUX (S.),

- « De l'interprétation des dispositions conventionnelles relatives au lieu de travail », Lexbase hebdo., éd. soc. 2015, n° 632.

- « Les supérettes, hauts-lieux des nuits parisiennes ? », Lexbase hebdo., éd. soc. 6 février 2020, n° 812.

VACHET (G.),

- « L'interprétation des conventions collectives », JCP E 1992, I, 186.

VERDIER (J.-M.),

- « Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », in *Etudes dédiées au Professeur A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 578.
- « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », Dr. soc. 2004, p. 845.

VERICEL (M.),

- « Accords d'aménagement du temps de travail et modifications du contrat de travail », JCP S 2010, 1423.
- « Forfaits-jours : validité d'un avenant de sécurisation antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Travail », RDT 2020, p. 129.

VERKINDT (P.-Y.),

- « L'interprétation des accords collectifs », in *Regard critique sur le droit de la négociation collective*, SSL 2008, suppl. n° 1361.
- « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », JCP S 2016, 1159.
- « Dessine-moi une démocratie (sociale) sans juges (sociaux) », Dr. soc. 2018, p. 957.

WALINE (M.),

- « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Études offertes au professeur Scelle*, t. II, 1950, LGDJ, p. 613.

WAQUET (P.),

- « Retour sur l'arrêt Ponsolle », RTD trav 2008 p. 22.

V. NOTES, CHRONIQUES, CONCLUSIONS, COMMENTAIRES, ETUDES, RAPPORTS ET OBSERVATIONS

AUBERT-MONPEYSSEN (T.),

- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 1999, n° 98-44.271, D. 2000, p. 368.

ALLIX (B.),

- concl. sous Ass. plén. 30 novembre 2007, n° 06-45.365, Dr. soc. 2008, p. 360.

AMAUGER-LATTES (M.-C.), DESBARATS (I.), DUPOUEY-DEHAN (C.), LARDY- PELISSIER (B.), PELISSIER (J.) et REYNES (B.),

- obs. sous Cass. soc. 16 janvier 2008, n° 06-42.983, D. 2008, p. 2306.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- chron. sous Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, Dr. soc. 2008, p. 182.

- chron. sous Ass. plén. 30 novembre 2007, n° 06-45.365, Dr. soc. 2008, p. 182.

- note sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, Dr. soc. 2009, p. 1169.

- obs. sous Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, Dr. soc. 2012, p. 536.

- étude sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Dr. soc. 2015, p. 351.

- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, Dr. soc. 2017, p. 87.

- note sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, 20-18.442 et 20-20.077, SSL 2022, n° 1995, p. 9.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.),

- étude sous CE 11 mai 2004, n° 255886, Just. & cass. 2007, p. 15.

ARSEGUEL (A.),

- obs. sous Cass. soc. 27 octobre 1999, n° 98-40.769 et 98-40.783, D. 2000, p. 374.

AUFRERE (L.-P.),

- obs. sous CE 28 octobre 1988, Féd. Nat. Chimie CGT, Dr. soc. 1989, p. 237.

AUGUET (Y.),

- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 1998, n° 95-41.480, D. 1999, p. 104.

AUZERO (G.) et BENTO DE CARVALHO (L.),

- note sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002 et n° 20-18.442, Dr. soc. 2022, p. 531.

BAILLY (P.),

- entretien sous Cass. soc. 10 juin 2008, SSL n° 1359, p. 10.

- interview sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, SSL 28 septembre 2009, p. 13.

BAILLY (P.), WURTZ (E.), DUCLOZ (F.), FLORES (P.), PECAUT-RIVOLIER (L.) et CONTAMINE (A.),

- chron. sous Cass. soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341, D. 2012, p. 1765.

BARBIER (H.),

- obs. sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2015, n° 14-23.267, RTD civ. 2016, p. 339.

BARTHELEMY (J.),

- chron. sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, SSL 28 septembre 2009, p. 16.

BAUDUIN (B.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 682.

BAUGARD (D.),

- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002 et 20-18.442, RDT 2022, p. 395.

BAUGARD (D.) et MORIN (J.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 718.

BENEIX (I.) et MIKALEF-TOUDIC (V.),

- obs. sous Cass. soc. 20 juin 2007, n° 04-47.820, JCP S, 24 avril 2007.

BENTO DE CARVALHO (L.),

- obs. sous Cass. soc. 15 septembre 2021, n° 19-15.732, Dr. soc. 2022, p. 89.

BERGERON (F.),

- obs. sous Cass. soc. 4 février 2015, n° 13-28.034, BJT 2015, p. 210.
- « Négociation collective : distinction entre échanges bilatéraux et négociations séparées », obs. sous Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-18.080, Cah. soc. avril 2017, p. 194.
- obs. sous Cass. soc. 28 juin 2018, n° 17-16.499, BJT septembre 2018, p. 43.
- note sous Cass. soc. 13 janvier 2019, n° 19-23.533, RJS 3/21, n° 162.
- note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, BJT juin 2019, p. 24.
- obs. sous Cass. soc. 16 octobre 2019, n° 18-16.539, SSL 2019, n° 1881, p. 10.
- « Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise : mode de comparaison des avantages », obs. sous Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.708, BJT mars 2020, p. 25.
- note sous Cass. soc. 22 janvier 2020, n° 19-12.896, BJT mars 2020, p. 18.
- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, Dr. soc. 2021, p. 377.

BERGUIN (F.),

- étude sous CE 11 mai 2004, n° 255886, AJDA 2004, p. 1219.

BERRIAT (A.),

- avis sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, Just. & cass. 2020, p. 314.

BERTHIER (P.-E.),

- obs. sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, RDT 2019, p. 498.

BLAISE (H.),

- obs. sous Cass. soc. 10 juillet 1996, n° 93-40.966, Dr. soc. 1996, p. 976.

BONICHOT (J.-C.),

- tribune sous CE 11 mai 2004, n° 255886, AJDA 2004, p. 1049.

BORENFREUND (G.),

- obs. sous Cass. soc. 20 septembre 2006, n° 04-10.765, RDT 2007, p. 254.

**BORENFREUND (G.), GUIOMARD (F.), LECLERC (O.), PESKINE (E.),
WOLMARK (C.), FABRE (A.) et PORTA (J.),**

- obs. sous Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, D. 2008, p. 442.

BOULOUIS (J.),

- note sous T. confl. 19 mai 1958, Dr. soc. 1959, p. 35.

BOURRIER (C.) et BOUCHE (N.),

- note sous Cass. soc. 13 janvier 1998, n° 95-41.480, D. 1999, p. 159.

CASTEL (D.),

- obs. sous Cass. soc. 27 mars 2019 n°17-22.227, JA 2019, n° 603, p. 12.

CESARO (J.-F.),

- note sous Cass. soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532 à 16-20.549, JCP S 2018, 1023.

- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002 et 20-20.077, JCP S 2022, 1093.

- obs. sous Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.708, JCP E 2020, n° 40, p. 50

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, RDT 2018, p. 666.

CHATELIER (Q.),

- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, JSL 2022, n° 541.

CIRAY (H.),

- obs. sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, D. actu. 14 mai 2019.

- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 19-10.816, D. actu. 5 octobre 2019.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

- obs. sous Cass. soc. 5 mai 2010, n°08-43.652, JCP S 2010, 1300.

- note sous Cass. soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, JCP G 2016, act. p. 86.

- note sous Cass. soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532 à 16-20.549, JCP G 2017, 1341.

CORTOT (J.),

- « La limitation de l'impact de l'annulation d'une convention collective par le juge », obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, D. actu. 29 janvier 2021.

COUËDEL (C.),

- « Différences de traitement négociées en cas de fondement discriminatoire », obs. sous Cass. soc. 9 décembre 2020, n° 19-17.092, D. actu. 7 janvier 2021.

COUTURIER (G.),

- obs. sous Cass. soc. 17 mai 1995, n° 94-10.535, D. 1995, p. 436.
- obs. sous Cass. soc. 19 février 1997, n° 94-45.286, Dr. soc. 1997, p. 432.
- obs. sous Cass. soc. 27 octobre 1999, n° 98-40.769 et 98-40.783, Dr. soc. 2000, p. 185.

CRISTAU (A.),

- note sous Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219, Dr. soc. 2001, p. 133.

DAIMEZ (N.),

- obs. sous Cass. soc. 10 mars 2004, n° 03-40.505, D. 2004, p. 2188.

DANIEL (J.),

- obs. sous Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 10-24.529, JCP S 2012, 1540.
- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 17-16.642, JCP S 2019, 1336.

DARMAISIN (S.),

- obs. sous Cass. soc. 17 septembre 2003, n° 01-10.706, JCP E 2004. II, 513.

DAUXERRE (L.),

- note sous Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279, JCP S 2015, 1433.
- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, JCP S 2022, 1102.

DAVID (A.), LE MASNE DE CHERMONT (F.), PRACHE (A.) et SALOMON (F.),

- chron. sous Cass. soc. 27 mars 2019, n° 17-23.315 et 17-23.375, D. 2019, p. 1558.
- chron. sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, D. 2019, p. 1158.

DEBAETS (E.) et JACQUINOT (N.),

- obs. sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, D. 2019, p. 1248.

DEBORD (F.),

- obs. sous Cass. soc. 25 février 2009, n° 07-41.724, RDT 2009, p. 303.

DE CAIGNY (P.),

- concl. sous Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219, Dr. soc. 2001, p. 126.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.),

- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, JCP 2022, 321.

DEL SOL (M.),

- note sous Cass. soc. 25 septembre 2007, n° 05-62.363, JCP S 2007, 1887.

DEVYS (C.),

- concl. sous CE 11 mai 2004, n° 255886, RFDA 2004, p. 454.

DRAI (L.).

- note sous Cass. soc. 4 juillet 2007, n° 05-45.688, JCP S 2007, 1759.

DRIGUEZ (L.),

- obs. sous Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, D. 2014, p. 1628.

DUCLOZ (F.), FLORES (P.), SALOMON (F.), WURTZ (E.) et SABOTIER (N.),

- chron. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, D. 2017, p. 235.

DUMORTIER (G.),

- concl. sous CE 22 juillet 2015, n° 385816, *Sté H. J. Heinz France*, RDT 2015, p. 514.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.),

- note sous Cass. soc. 3 mars 1993, n° 89-45.868, D. 1994, p. 588.

FABRE (A.),

- obs. sous Cass. soc. 5 mai 2010, n°08-43.652, RDT 2010, p. 437.
- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Dr. soc. 2015, p. 237.
- note sous Cass. soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532 à 16-20.549, RDT 2018, p. 56.
- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 688.

FADEUILHE (P.),

- obs. sous Cass. soc. 3 juillet 2001, n° 98-44.139, D. 2002, p. 1270.

FAVENNEC-HERY (F.),

- chron. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, RJS 2011, p. 587.

FERKANE (Y.),

- obs. sous Cass. soc. 4 octobre 2017, n° 16-17.517, RDT 2018, p. 67.
- obs. sous Cass. soc. 6 juin 2018, n° 17-21.068, RDT 2018, p. 689.

FLORES (P.),

- étude sous Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, RDT 2014, p. 447.

FLORES (P.), MARIETTE (S.), WURTZ (E.) et SABOTIER (N.),

- chron. sous Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279, D. 2016, p. 144.

FRAISSE (W.),

- obs. sous Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, D. actu. 25 juin 2014.

FRANÇOIS (G.),

- « L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral », note sous Cass. soc. 12 juin 2012, JCP éd. n° 24, 1261.
- « La neutralisation par la chambre criminelle de la présomption de conformité des accords collectifs sur le travail de nuit », note sous Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, BJT, mars 2020, p. 27 et 28.

- « Contestation portant sur la régularité des opérations électorales et compétence territoriale du juge judiciaire », note sous Cass. soc. 11 mars 2020, BJT mai 2020, p. 36 et s.
- obs. sous Cass. soc. 4 octobre 2023, n° 25-21.748, Dr. soc. 2023, p. 927.

FRIER (P.-L.),

- obs. sous CE 11 mai 2004, n°255886, D. 2005, p. 26.

FROUIN (J.-Y.),

- rapp. Sous Cass. soc. 29 mai 1996, Dr. soc. 1996, p. 606.
- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020, n°18-12.467, BJT 2020, n° 6, p. 7.

GADRAT (M.),

- note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, Dr. soc. 2019, p. 574.

GAHDOUN (P.-Y.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 732.

GARDIN (A.),

- obs. sous Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 10-18.341, RDT 2014, p. 627.

GAURIAU (B.),

- note sous Cass. soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, JCP S 2016, 1069.
- obs. sous Cass. soc. 14 décembre 2016, n° 15-20.812, JCP S 2017, 1045.
- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, JCP S 2020, 2079.

GAUTIER (P.-Y.),

- obs. sous Cass. com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, RTD civ. 1999, p. 646.
- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, RTD civ. 2020, p. 645.

GEA (F.),

- obs. sous CE 7 février 2018 (trois arrêts), RDT 2018, p. 213.
- obs. sous Cass. soc. 16 janvier 2019, n° 17-17.475, RDT 2019, p. 252.
- obs. sous CE 22 mai 2019, RDT 2019, p. 574.

- obs. sous CE 25 septembre 2019, RDT 2019, p. 785.

GIBOULOT (A.),

- note sous Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 193.

GOINEAU (J.),

- note sous Cass. soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, D. 1989, Somm. p. 202.

GOSSELIN (H.),

- « Accord collectif et égalité de traitement. Différences fondées sur des catégories professionnelles », obs. sous 8 juillet 2011, n° 10-14.725, RJS 2011, p. 599.

HAUTEFORT (M.),

- obs. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, JSL 2011, n° 3042.

- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, JSL 2021, n° 514-3.

HE (L.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 739.

ICARD (J.),

- note sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, Dr. soc. 2022, p. 539.

JAMIN (C.),

- note sous Cass. com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, JCP E 1999, 1242.

JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.),

- note sous Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219, Dr. soc. 2001, p. 417.

JEANSEN (E.),

- obs. sous Cass. soc. 14 novembre 2007, n° 06-44.284, JCP S 2008, 1153.

- note sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, JCP S 2009, 1451.

- obs. sous Cass. soc. 14 décembre 2016, n° 15-20.812, JCP E 2017, 1514.

JUBERT (L.),

- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 18-13.529, RDT 2019, p. 797.

JULIEN (M.) et PAULIN (J.-F.),

- étude sous Cass. soc. 30 septembre 2020, n° 18-18.265, JA 2021, n° 632, p. 38.

JULIEN (P.),

- obs. sous Cass., avis, 9 octobre 1992, n° 92-06.000, D. 1993, p. 188.

KERBOURC'H (J.-Y.),

- note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, JCP S 2019, 1172.

LAHALLE (T.),

- note sous Cass. soc. 4 février 2015, n° 13-28.034, JCP S 2016, 1146.

LANDAIS (C.) et LENICA (F.),

- chron. sous CE 11 mai 2004, n° 255886, AJDA 2004, p. 1183.

LANGLOIS (P.),

- étude sous CE 11 mai 2004, n° 255886, Dr. soc. 2004, p. 762.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.),

- note sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2015, n° 14-23.267, D. 2016, p. 411.

LE BAUT-FERRARESE (B.),

- obs. sous Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, RTD eur. 2013, p. 292-28.

LEGEAIS (D.),

- obs. sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2015, n° 14-23.267, RTD com. 2015, p. 726.

LE MASNE DE CHERMONT (F.),

- rapp. sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, Just. & cass. 2020, p. 297.

- obs. sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, D. 2019, p. 1562.

LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.),

- obs. sous Cass. Soc 23 mai 2012, n° 10-18.341, D. 2013, 1089.
- obs. sous Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 10-18.341, D. 2015, p. 1408.

LEVENEUR (L.),

- note sous Cass. com. 10 décembre 1991, CCC mars 1992, p. 3, n° 45.

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, RTD civ. 1997, p. 785.

LIEBER (M.) et BOTTEGHI (D.),

- chron. sous CE 16 décembre 2008, req. n° 317162, AJDA 2009, p. 1308.

LOISEAU (G.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 713.
- note sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, JSL 19 juin 2020 n° 500, numéro spécial, p. 8.
- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, JCP 2021, 240.

LOKIEC (P.) et PORTA (J.),

- obs. sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, D. 2012, p. 901.
- obs. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, D. actu. 2012, p. 901.
- obs. sous Cass. soc. 12 octobre 2011, n° 09-43.155, D. 2012, p. 2622.
- obs. sous Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, D. 2012, p. 901.
- obs. sous Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, D. 2014, p. 829.
- obs. sous Cass. soc. 8 octobre 2014, n° 13-11.789, D. 2015, p. 829.
- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, D. 2015, p. 829.
- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, D. 2015, p. 2340.
- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, D. 2017, p. 2270.
- obs. sous Cass. soc. 4 octobre 2017, n° 16-17.517, D. 2018, p. 813.
- obs. sous Cass. soc. 5 octobre 2017, n° 16-13.581, D. 2018, p. 813.
- obs. sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, D. 2018, p. 2203.

- obs. sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, D. 2019, p. 2153.
- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 18-13.529, D. 2019, p. 2153.

LYON-CAEN (A.),

- obs. sous Cass. soc. 1 juin 1994, n° 92-18.896, Dr. soc. 1994, p. 715.
- note sous Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, Dr. soc. 1996, p. 1013.
- obs. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, Dr. ouv. 2012, p. 171.

MAILLARD-PINON (S.),

- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 17-16.642, Dr. ouv. 2020, p. 158.

MALFETTES (L.),

- obs. sous Cass. soc. 15 septembre 2021, n° 19-15.732, D. actu. 30 septembre 2021.
- obs. sous Cass. soc. 16 février 2022, n° 20-17.644, D. actu. 7 mars 2022.

MALVERTI (C.) et BEAUFILS (C.),

- chron. sous CE 7 octobre CE 7 octobre 2021, n° 433053, AJDA 2021, 2272.

MARIANO (C.),

- « Application volontaire d'une convention collective : portée de la mention inscrite au contrat de travail », note sous soc. 4 mars 2020, BJT Extenso 2020, n° 6 pp. 29-31.
- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, Dr. soc. 2020, p. 1034.

MATHIEU (B.),

- chron. sous Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, D. 1998, p. 152.
- chron. sous CE 11 mai 2004, n°255886, D. 2004, p. 1603.

MAZARS (M.-F.) et FLORES (P.),

- note sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, SSL 2011, n° 1499, p. 11.

MAZARS (M.-F.), LAULOM (S.) et DEJOURS (C.),

- note sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, RDT 2011, p. 481.

MAZEAUD (D.),

- obs. Cass. com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, Defrénois 1999, p. 371.
- note sous Cass. civ. 1ère 16 mars 2004 n° 01-15.804, D. 2004, Jur. p. 1754.

MEFTAH (I.),

- obs. sous Cass. soc. 8 janvier 2020, n° 18-17.708, RDT 2020, p. 191.

MELIN (F.),

- obs. sous Cass. soc. 4 octobre 2023, n° 25-21.748, D. actu. 19 octobre 2023.

MERCAT-BRUNS (M.) et MINE (M.),

- « Indemnisation conventionnelle du licenciement d'un salarié inapte pour une cause non professionnelle : la fin d'une discrimination liée à l'état de santé », obs. sous Cass. soc. 8 octobre 2014, n° 13-11.789, RDT 2015, p. 119.

MESTRE (J.),

- obs. sous Cass. com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, RTD civ. 1999, p. 98.

MEYRAT (I.),

- note sous Cass. soc. 10 mars 2004, n° 03-40.505, Dr. ouv. 2004, p. 547.

MILLET (L.),

- obs. sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, Dr. ouv. 2019, p. 302.

MILLET (S.),

- note sous Cass. soc. 4 juillet 2007, n° 05-45.688, SSL 2008, n° 1343.

MORAND (M.),

- obs. sous Cass. soc. 14 novembre 2012, n° 11-18.571, JCP S 2013, 1070.
- obs. sous Cass. soc. 22 juin 2016, n° 14-15.171, JCP S 2016, 1320.
- obs. sous Cass. soc. 16 octobre 2019, n° 18-16.539, JCP S 2019, 1334.

MOREAU (M.-A.),

- obs. sous Cass. soc. 16 juillet 1998, n° 90-41.231, Dr. soc. 1995, p. 1036.

MORIN (M.-L.),

- obs. sous Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, Dr. soc. 1997, p. 25.

- note sous Cass. soc. 26 mars 2002, n° 00-17.231, Dr. soc. 2002, p. 617.

MORVAN (P.),

- note sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, JCP S 2011, 1333.

MOULINIER (A.),

- note sous Cass. soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, RDT 2016, p. 73.

MOULY (J.),

- obs. sous Cass. soc. 12 octobre 2011, n° 09-43.155, Dr. soc. 2012, p. 198.

- obs. sous Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 10-18.341, Dr. soc. 2014, p. 854.

- étude sous Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279, Dr. soc. 2016, p. 27.

- obs. sous Cass. soc. 5 octobre 2017, n° 16-13.581, Dr. soc. 2017, p. 1079.

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 702.

- obs. sous Cass. soc. 20 avril 2022, n° 19-17.614, Dr. soc. 2022, p. 559.

MOUSSY (P.),

- obs. sous Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, Dr. ouv. 1997, p. 148.

NADAL (S.),

- obs. sous Cass. soc. 22 janvier 2003, n° 01-41.190, Dr. ouv. 2003, p. 430.

NASOM-TISSANDIER (H.),

- obs. sous Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 04-47.550, RDT 2007, p. 48.

NAULIN (G.),

- rapport au CES sur *La prévention et la résolution des conflits du travail*, 1998, éd. JO.

NICOD (C.),

- obs. sous Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948, RDT 2019, p. 589.

ODOUL-ASOREY (I.),

- obs. sous Cass. soc. 17 septembre 2003, n° 01-10.706, D. 2004, somm. p. 388.

- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, RDT 2017, p. 140.

PAGNERRE (Y.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 694.

- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, JCP S 2021, 1081.

PAISANT (G.),

- obs. sous Cass., avis, 9 octobre 1992, n° 92-06.000, RTD com. 1996, p. 334.

PATIN (M.),

- obs. sous Cass. soc. 22 juin 2016, n° 14-15.171, JSL 2016, n° 415-3.

PELISSIER (J.),

- note sous Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219, D. 2001, p. 1125.

PERNOT (C.),

- note sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002, Dr. ouv. 2022, p. 163.

PERRIN (J.-J.),

- obs. sous Ass. plén. 30 novembre 2007, n° 06-45.365, D. 2008, p. 23.

- obs. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, D. actu. 19 juillet 2011, p. 1830.

PERU-PIROTTE (L.),

- obs. sous Cass. soc. 24 septembre 2008, JCP S, 1659.

PESKINE (E.),

- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, RDT 2015, p. 339.

- note sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-13.977, SSL 2021, n° 1943.

PETIT (F.),

- note sous Cass. soc. 26 mars 2002, n° 00-17.231, D. 2002, n° 43, Jur. p. 3231.
- « Loyauté dans la négociation collective : Distinction entre « signatures séparées » et « négociations séparées » », obs. sous TGI 9 septembre 2014, n° 14/06551, Cah. soc. février 2015, p. 97.
- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 19-10.816, Dr. soc. 2020, p. 96.
- obs. sous Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 19-23.533, Dr. soc. 2021, p. 284.
- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-18.442, Dr. soc. 2022, p. 562.

PEYRONNET (M.),

- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, D. actu. 6 février 2015.
- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444, D. actu. 21 novembre 2016.

PIGNARRE (G.),

- obs. sous Cass. soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, RDT 2015, p. 472.

POR TA (J.),

- obs. sous Cass. soc. 14 décembre 2016, n° 15-20.812, D. 2017, p. 2278.

PRETOT (X.),

- note sous CE 11 mai 2004, n° 255886, Dr. soc. 2004, p. 766.

RADE (C.),

- chron. sous Cass. soc. 10 juin 2008, n° 06-46.000, Dr. soc. 2008, p. 981.
- obs. sous Cass. soc. 1er juillet 2009, n° 07-42.675, Dr. soc. 2009, p. 1002.
- obs. sous Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 07-45.528, Dr. soc. 2010, p. 345.
- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 726.
- tribune sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 677.
- étude sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, Dr. soc. 2019, p. 447.

RAY (J.-E.),

- « Une motion de défiance à l'égard de la négociation collective », étude sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, Dr. soc. 2019, p. 559.

RICHARD (C.),

- obs. sous Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, Dr. ouv. 2011, p. 723.

ROSA (F.),

- obs. sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11.970, RDT 2019, p. 578.

ROUVIERE (F.),

- note sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, RTD civ. 2020, p. 988.

SAINT-JOURS (Y.),

- note sous Cass. soc. 8 octobre 1987, *Raquin*, D. 1988, p. 57.

SAVATIER (J.),

- obs. sous CE 13 juillet 1963, Dr. soc. 1964, p. 107.
- obs. sous Cass. soc. 8 octobre 1987, *Raquin*, Dr. soc. 1988, p. 135.
- obs. sous Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 93-40.865, Dr. soc. 1996, p. 983.
- obs. sous Cass. soc. 3 juin 2003, n° 01-43.573, Dr. soc. 2004, p. 884.

SCHOETTL (J.-E.),

- chron. sous CE 11 mai 2004, n°255886, AJDA 2014, p. 116.

SERRA (Y.),

- obs. sous Cass. soc. 12 octobre 2011, n° 09-43.155, D. 2012, p. 2760.

SOURIAC (M.-A.),

- obs. sous Cass. soc. 1 juin 1994, n° 92-18.896, D. 1994, p. 294.
- note sous Cass. soc. 9 juillet 1996, D. 1998, somm. com., p. 258.
- « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage », obs. sous Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 05-15.069, RDT 2007, p. 186.

- obs. sous Cass. soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, RTD 2008, p. 188.

STAHL (J.-H.) et COURREGES (A.),

- note sous CE 11 mai 2004, n°255886, RFDA 2004, p. 438.

TOURREIL (J.-E.),

- note sous Cass. soc. 10 mars 2004, n° 03-40.505, JSL 2004, n° 143, p. 12.

TOURNAUX (S.),

- chron. sous Cass. soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448, Dr. soc. 2015, p. 206.

- chron. sous Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279, Dr. soc. 2016, p. 9.

- étude sous Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279, Dr. soc. 2016, p. 650.

TREMEAU (J.),

- obs sous Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, D. 1998, p. 152.

URBAN (Q.),

- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, RDT 2020, p. 476.

VACHET (G.),

- obs. sous Cass. soc. 25 mars 2020 n°18-12.467, JCP E 2020, 1299.

VERICEL (M.),

- note sous Cass. soc. 10 mars 2004, n° 03-40.505, Dr. soc. 2004, p. 834.

- obs. sous Cass. soc. 21 juin 2006, RDT 2006, p. 322.

- obs. sous Cass. soc. 14 novembre 2012, n°11-18.571, RDT 2013, p. 343.

- obs. sous Cass. soc. 16 octobre 2019, n°18-16.539, RDT 2020, p. 129.

- obs. sous Cass. crim. 7 janvier 2020, n° 18-83.074, RDT 2020, p. 341.

VERKINDT (P.-Y.),

- étude sous Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, Dr. soc. 2018, p. 708.

VERNAC (S.) et FERKANE (Y.),

- obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2019, n° 17-16.642, D. 2020, p. 1136.
- obs. sous Cass. soc. 2 mars 2022, n° 20-16.002 et 20-18.442, D. 2022, p. 1280.

VIRASSAMY (G.),

- note sous Cass. com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547, JCP 1993. II. 22164.

WAQUET (P.),

- rapport sous Cass. soc. 2 juin 1992, n° 90-41.369, Dr. soc. 1992, p. 696.
- obs. sous Cass. soc. 3 novembre 1999, n° 98-44.271, Dr. soc. 1999, p. 1101.

WILLMANN (C.), LABOUZ (J.-M.), GAMET (L.) et ANTOINE-LEMAIRE (V.),

- obs. sous CE 11 mai 2004, n° 255886, D. 2005, p. 2187.

VI. AUTRES OUVRAGES : DICTIONNAIRES, DOCUMENTS OFFICIELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX...

COMBREXELLE (J.-D.),

- Rapport sur la réforme de la représentativité patronale, octobre 2013.
- *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, septembre 2015, p. 58

CORNU (G.) (dir.),

- *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3ème éd., 2005.
- *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 9ème éd., 2011.
- *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd., 2012.

GUINCHARD (S.),

- *Lexique de termes juridiques*, 2018-2019, 26e éd., Dalloz, 2018.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes

- A -

Accord,

- de branche, v. *Branche*
- donnant-donnant, 347 et s.
- d'établissement, v. *Établissement*
- de groupe, v. *Groupe*
- de méthode, 171 et s.
- d'entreprise, v. ce mot
- dérogatoire, v. *Dérogation*
- national interprofessionnel, v. ce mot
- de performance collective, 371 et s.

Accord de branche,

- V. *Branche*

Accord d'entreprise,

- prévalence, 316 et s.

Accord dérogatoire,

- V. *Dérogation*

Accord national interprofessionnel, 371, 403.

Activité,

- contentieuse, 33, 253 et s.

- juridictionnelle, 24, 29 et s., 212, 213, 217, 245, 249 et s., 308, 312, 314, 393, 413, 441, 443, 446, 447, 449, 450, 454.
- jurisprudentielle, 24, 37 et s., 75, 141, 185, 188, 189, 193, 212, 213, 217, 224, 244 et s., 308, 452, 453, 454.

Articulation,

- des accords collectifs, 315 et s.

- B -

Base de données économiques et sociales (BDES), 111.

Branche, 3, 106, 144, 145, 145, 268, 271, 316 et s., 333 et s., 337 et s.

- C -

Caducité, 283.

Catégories professionnelles, 191, 192, 221.

Clause,

- de mobilité, 290.
- de non-concurrence, 263, 291, 302, 369.
- de verrouillage, 3, 333, 343.

Comité social et économique, 50, 72, 78, 87, 89, 91, 92, 114, 131 et s., 164, 278, 281, 297, 298, 364, 366, 392, 447.

Concours,

- des accords collectifs, 316 et s.

Contractualisation, 1, 122, 357, 359, 360, 361.

Contrat d'adhésion, 392.

Contrat de travail, 352 et s.

Contrôle,

- de légalité externe, 216.
- de légalité interne, 216.

- D -

Décision unilatérale de l'employeur, 49 et s.

Délégué syndical, 22, 89, 228, 298.

Dénonciation, 337, 356, 382, 383, 413.

Dérogation, 2, 4, 8, 10, 16, 111, 112, 321, 329, 338, 340.

Différence de traitement, 190 et s.

- E -

Effet *erga omnes*, 17, 302.

Egalité de traitement, 190 et s.

Elections professionnelles, 20, 23, 50, 87, 90, 143, 150, 164, 228, 366, 388, 391.

Etablissement,

- Accord d', 224, 332.
- distinct, 77, 89, 99, 131, 224, 297, 426.

Exception,

- d'illégalité, 293 et s.
- de nullité, 289 et s.

- F -

Forclusion,

- Délai de, 264 et s.

Forfait-jours, 215, 292, 293, 367, 368.

- G -

Garanties au moins équivalentes, 322 et s.

Groupe,

- Accord de, 332, 346, 349, 350, 390.

- H -

Heures complémentaires, 106, 110.

Heures supplémentaires, 106, 110, 114, 367.

- I -

Illégalité,

- de l'accord collectif, 304.
- Exception d', 293 et s.

Illicéité,

- de l'accord collectif, 253 et s.

Information,

- Transmission d', 174 et s.

Interprétation,

- de l'accord collectif, 394 et s.
- exégétique, 394 et s.
- téléologique, 394 et s.

Invalidité,

- de l'accord collectif, 304.

- J -

Juge administratif, 28, 207, 280, 296, 334, 375.

Juge constitutionnel, 26, 199, 257, 260, 273, 296, 297, 376 et s.

- L -

Légitimité, 11 et s.

Loyauté,

- Principe de, 135 et s.

- M -

Maintien de l'emploi,

- Accord de, 371.

Mandatement,

- syndical, 152.

Mise en cause, 337, 356, 382, 383.**- N -****Négociation**,

- de droit commun, 52 et s., 72, 85 et s., 92, 95, 102, 128, 129, 133, 147 et s., 229, 247, 373 et s.
- loyale et sérieuse, V. *Loyauté*
- Préalable de, 49 et s.
- substitutive, 86 et s., 150 et s., 187, 227, 385, 388, 391 et s.

Non-discrimination,

- Principe de, 197, 235, 240, 241, 242.

Normativité,

- conventionnelle, 1.
- judiciaire, 37.

Normes,

- non substantielles, 108, 110, 115, 116, 186.
- substantielles, 65, 67, 93, 105 et s., 186.

Nullité, 277 et s., 367 et s.**- O -****Obligation de négocier**, 2, 88, 89, 155.

Obligation de loyauté,

- V. *Loyauté*

Obligation d'information,

- V. *Information*

Ordre public,

- absolu, 10.
- social, 10, 65, 66, 112.

Organisation internationale du travail, 378, 379.

- P -

Plan de sauvegarde de l'emploi, 28, 70, 172, 375, 384.

Préambule, 174, 384, 419 et s., 433, 434.

Prescription,

- Délai de, 264 et s..

Présomption,

- de justification, 194 et s.

Principe de faveur, 1, 2, 8, 122 et s., 321, 322, 338, 346 et s., 353, 357, 393, 441, 442.

Principe d'égalité de traitement,

- V. *Egalité de traitement*

Principe de loyauté,

- V. *Loyauté*

Principe de non-discrimination,

- *V. Non-discrimination*

Procéduralisation, 182.

Prohibition des négociations séparées, 154 et s.

Protocole d'accord préelectoral, 77, 95, 96, 97, 279, 426.

- R -

Référendum,

- -approbation, 23.
- -ratification, 23, 164.

Représentation,

- du personnel, 13.

Représentativité, 13, 14, 17, 19, 22, 32, 47, 83, 303.

Révision,

- de l'accord collectif, 140, 145, 146, 337, 348, 356, 413, 421.

Rupture conventionnelle,

- collective, 403.
- individuelle, 213, 403.

- S -

Section syndicale, 99, 176, 310.

Subsidiarité, 53 et s.

Supplétivité, 8, 9, 54, 64 et s., 104 et s., 125, 134, 186, 363 et s.

Syndicat,

- catégoriel, 14.
- Représentation, V. ce mot
- Représentativité, V. ce mot
- Légitimité, V. ce mot

- T -

Transfert d'entreprise, 226, 337.

Travail de nuit, 72, 257 et s.

- U -

Unité économique et sociale, 426.

- V -

Valorisation,

- de la conventionnalisation, 1, 44, 45, 84, 111 et s., 172, 183, 185, 188, 203, 204, 220, 224, 234, 246, 250, 307, 413, 452, 454.
- de l'activité juridictionnelle, 251 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Les numéros indiqués renvoient aux pages

Sommaire	1
Liste des principales abréviations	3
INTRODUCTION GÉNÉRALE	7
Section 1 : Les éléments de consolidation et de justification de la conventionnalisation	15
<u>Paragraphe 1 : Les éléments de consolidation de la conventionnalisation</u>	15
<u>Paragraphe 2 : Les éléments de justification de la conventionnalisation</u>	17
A/ La hausse de légitimité des négociateurs.....	18
B/ La hausse de légitimité des accords collectifs.....	23
Section 2 : Les rapports entre la conventionnalisation et les différents juges	28
<u>Paragraphe 1 : Les rapports entre la conventionnalisation et les juges, à l'exception du juge judiciaire</u>	28
A/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge européen.....	28
B/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge constitutionnel.....	29
C/ Les rapports entre la conventionnalisation et le juge administratif.....	32
<u>Paragraphe 2 : L'influence de la conventionnalisation sur le juge judiciaire</u>	35
A/ L'influence de la conventionnalisation sur l'activité juridictionnelle.....	35
B/ L'influence de la conventionnalisation sur l'activité jurisprudentielle.....	40

PARTIE 1 : LA VALORISATION JURISPRUDENTIELLE DE LA CONVENTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL..... 45

Titre 1 : La valorisation jurisprudentielle de la phase de négociation..... 49

Chapitre 1 : La valorisation jurisprudentielle par la reconnaissance du préalable de négociation obligatoire..... 53

Section 1 : Le fondement du préalable de négociation obligatoire..... 55

Paragraphe 1 : L'identification d'une subsidiarité 56

A/ L'insuffisance de l'absence inconditionnée d'accord collectif..... 56

1. L'incidence des formulations « *à défaut* » et « *en l'absence* » d'accord..... 56
a) Des termes légaux exprimant une subsidiarité..... 57
a.1) Définition de la subsidiarité..... 57
a.2) Distinction et rapprochement avec la suppléativité..... 60
b) La synonymie des expressions révélant le « *défaut* » ou l' « *absence* » d'accord..... 62
c) La dissociation des expressions légales et du préalable de négociation..... 64
d) Des textes de loi précisant l'obligation de négociation : source de confusion ?..... 66
d.1) L'identification des textes de loi utilisant une formule dépourvue d'ambiguïté..... 66
d.2) L'hypothèse de la négligence rédactionnelle du législateur..... 69
2. L'hypothèse du « *défaut* » ou de « *l'absence* » inconditionnée d'accord collectif..... 70

B/ La nécessité de l'échec des négociations..... 70

Paragraphe 2 : L'exigence jurisprudentielle d'une négociation de droit commun, loyale et sérieuse..... 74

A/ L'exigence d'une négociation de droit commun..... 74

1. L'absence de rapport subsidiaire avec la négociation substitutive..... 75
2. Le cas particulier de l'article L. 2313-3 du Code du travail..... 78

B/ L'exigence d'une négociation loyale et sérieuse..... 82

1. La précision prétorienne de l'exigence de loyauté de la négociation..... 82
2. L'incitation jurisprudentielle de recourir au PV de désaccord ?..... 85

Section 2 : Le champ d'application du préalable de négociation obligatoire..... 88

<u>Paragraphe 1 : L'incidence du type de norme subsidiaire sur la reconnaissance du préalable de négociation</u>	89
A/ L'incidence de la nature de la supplétivité.....	89
1. Les dispositions supplétives substantielles révélatrices d'une subsidiarité de nature différente.....	89
2. Dispositions supplétives substantielles : absence de valorisation de la conventionnalisation.....	94
B/ L'incidence du type de norme supplétive non substantielle.....	99
1. La décision unilatérale comme norme subsidiaire du préalable de négociation.....	99
a) Un mouvement jurisprudentiel faisant primer la norme conventionnelle.....	100
b) La sanction judiciaire comme indice de la primauté de la norme conventionnelle.....	101
2. Subsidiarité du contrat de travail : absence de préalable de négociation.....	103
<u>Paragraphe 2 : L'incidence des thèmes de la décision patronale sur la reconnaissance du préalable de négociation</u>	107
A/ Une possible distinction selon le recours à l'avis du CSE.....	108
B/ Nécessité d'une intervention législative.....	111
Conclusion du chapitre 1.....	117
Chapitre 2 : La valorisation jurisprudentielle par la consolidation du principe de loyauté.....	118
Section 1 : La solidité de la construction jurisprudentielle.....	119
<u>Paragraphe 1 : Un régime juridique d'origine légale insuffisant</u>	120
<u>Paragraphe 2 : Un solide apport jurisprudentiel à l'origine des obligations spéciales de loyauté</u>	122
A/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans la convocation des négociateurs.....	123
B/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans la transmission des informations.....	125
1. La transmission des informations lors d'une négociation de droit commun.....	125

2. La transmission des informations lors d'une négociation substitutive.....	126
C/ Un apport jurisprudentiel concernant l'exigence de loyauté dans les modalités et la finalisation de la négociation.....	129
1. La loyauté par la prohibition des négociations séparées.....	130
a) L'obligation de négocier.....	130
b) La portée nuancée de la prohibition des négociations séparées	132
2. La loyauté lors de la finalisation de la négociation	136
a) La signature de l'accord collectif de droit commun.....	136
b) La ratification de l'accord collectif substitutif.....	138
D/ L'influence de l'apport jurisprudentiel sur le législateur : les obligations spéciales de loyauté.....	140
Section 2 : L'utilité du renfort conventionnel : les accords de méthode.....	142
<u>Paragraphe 1 : L'accord de méthode : une conception positive du principe de loyauté.....</u>	143
A/ Des clauses prévoyant la transmission d'informations pertinentes.....	144
B/ Des clauses prévoyant les modalités de la négociation.....	145
C/ Des clauses prévoyant la finalisation de la négociation.....	148
<u>Paragraphe 2 : Les sanctions du non-respect de l'accord de méthode.....</u>	150
Conclusion du chapitre 2.....	153
Conclusion du titre 1.....	155
<u>Titre 2 : La valorisation jurisprudentielle par l'adaptation du principe d'égalité de traitement à la norme conventionnelle.....</u>	159
Chapitre 1 : Le fondement et les effets de la présomption de justification.....	163
Section 1 : Le fondement de la présomption de justification.....	163
<u>Paragraphe 1 : L'évolution prétorienne du principe d'égalité de traitement.....</u>	163

<u>Paragraphe 2 : La légitimité des partenaires sociaux comme raison déterminante de la présomption de justification</u>	166
--	-----

Section 2 : Les effets de la présomption de justification	168
--	-----

<u>Paragraphe 1 : Les effets de la présomption sur la normativité des accords collectifs</u>	168
--	-----

<u>Paragraphe 2 : Les effets de la présomption sur le rôle du juge judiciaire</u>	171
---	-----

A/ Les divergences doctrinales sur le rôle du juge judiciaire	171
---	-----

B/ Application de l'accord collectif et contrôle du juge judiciaire : une mise en concurrence ?	173
---	-----

1. L'impossible généralisation de la concurrence entre juge et accord collectif	175
---	-----

2. L'impossible concurrence dans le domaine des différences de traitement conventionnelles	176
--	-----

Conclusion du chapitre 1	183
---------------------------------	-----

Chapitre 2 : Le domaine de la présomption de justification	184
---	-----

Section 1 : La valorisation de la conventionnalisation par l'élargissement initial du domaine de la présomption	184
--	-----

<u>Paragraphe 1 : L'élargissement de la présomption au sein d'une même catégorie professionnelle</u>	185
--	-----

<u>Paragraphe 2 : L'élargissement de la présomption aux différents types d'accord</u>	186
---	-----

A/ La reconnaissance de la présomption quel que soit le niveau de négociation	186
---	-----

B/ La reconnaissance de la présomption quelle que soit la fonction de l'accord collectif..	187
--	-----

Section 2 : Les limites à l'élargissement de la présomption de justification	188
---	-----

<u>Paragraphe 1 : Le contenu critiquable de l'arrêt du 3 avril 2019</u>	189
---	-----

A/ L'exégèse de l'arrêt du 3 avril 2019	189
---	-----

B/ Les critiques de l'arrêts du 3 avril 2019.....	192
1. La reprise surprenante de l'attendu de principe de l'arrêt <i>Pain</i>	193
2. La motivation inexiste d'une mise en oeuvre du droit de l'Union européenne.....	195
3. La systématisation injustifiée des cas d'application de la présomption.....	196
<u>Paragraphe 2 : La confirmation de la limite et l'amélioration des justifications.....</u>	200
Conclusion du chapitre 2.....	205
Conclusion du titre 2.....	207
Conclusion de la première partie.....	209
PARTIE 2 : LA VALORISATION DE L'ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE NÉE DE LA CONVENTIONNALISATION DU DROIT DU TRAVAIL.....	213
<u>Titre 1 : La valorisation juridictionnelle par la sanction de l'illicéité de l'accord collectif.....</u>	219
Chapitre 1 : La volonté légale de réduire la saisine du juge judiciaire.....	222
Section 1 : La présomption de légalité des accords collectifs.....	222
<u>Paragraphe 1 : La tautologie de l'article L. 2262-13 du Code du travail.....</u>	222
<u>Paragraphe 2 : Le maintien du contrôle du juge par le biais du travail de nuit.....</u>	223
Section 2 : La réduction des délais de contestation devant le juge.....	226
<u>Paragraphe 1 : La restriction de la saisine du juge judiciaire.....</u>	227
<u>Paragraphe 2 : L'incertitude autour la nature du délai de deux mois.....</u>	230
A/ Définition des notions de prescription et de forclusion.....	230

B/ La reconnaissance jurisprudentielle d'un délai de forclusion.....	233
C/ Controverse doctrinale autour de la nature du délai et proposition de solution.....	235
Conclusion du chapitre 1.....	237
Chapitre 2 : La volonté légale d'augmenter le contrôle judiciaire.....	238
Section 1 : Le rôle du juge sur les modalités de la nullité de l'accord.....	238
<u>Paragraphe 1 : La mise en oeuvre de la nullité de l'accord.....</u>	238
<u>Paragraphe 2 : La modulation judiciaire des effets de la nullité de l'accord collectif.....</u>	242
Section 2 : Le rôle du juge sur les modalités de contestation par voie d'exception.....	248
<u>Paragraphe 1 : L'inadaptation de l'exception de nullité.....</u>	248
A/ Fondement invoqué seulement par le défendeur à l'instance.....	248
B/ Fondement invoqué seulement pour un acte n'ayant reçu aucune exécution.....	250
<u>Paragraphe 2 : La consécration et les limites de l'exception d'illégalité.....</u>	251
A/ Le régime juridique de l'exception d'illégalité.....	252
1. Des conditions insufflées par le droit administratif.....	252
a) Les conditions tenant au délai pour invoquer l'exception d'illégalité.....	253
b) L'ouverture de l'exception d'illégalité au demandeur à l'instance.....	254
2. Des conditions propres au droit du travail.....	255
a) La compétence du juge judiciaire.....	255
b) Les conditions tenant à la qualité de celui qui invoque l'exception d'illégalité.....	255
B/ Les limites de l'exception d'illégalité sur les litiges relatifs aux accords collectifs.....	260
1. L'exposé des limites.....	260
a) Les limites tenant à la nature de l'accord collectif.....	260
b) Les limites tenant à la nature des griefs invoqués.....	261
2. Proposition de solution : l'action en inopposabilité autonome.....	264

Conclusion du chapitre 2	267
Conclusion du titre 1	269
<u>Titre 2 : La valorisation juridictionnelle dans l'application de l'accord collectif.....</u>	<u>273</u>
Chapitre 1 : Le juge et l'articulation des accords collectifs.....	276
Section 1 : Le juge et le concours des accords collectifs entre eux.....	276
<u>Paragraphe 1 : La volonté légale d'éviter le concours entre accords collectifs.....</u>	<u>278</u>
A/ La prévalence mise en oeuvre par les trois blocs légaux.....	279
1. L'article L. 2253-1 du Code du travail.....	279
2. L'article L. 2253-2 du Code du travail.....	281
3. L'article L. 2253-3 du Code du travail.....	282
B/ Exemple du retrait de l'accord de branche : les salaires.....	283
<u>Paragraphe 2 : Le nouveau rôle du juge sur l'articulation des accords.....</u>	<u>287</u>
A/ La résolution du concours par l'appréciation judiciaire des garanties au moins équivalentes.....	290
1. Définition des « garanties au moins équivalentes ».....	290
2. L'appréhension des « garanties au moins équivalentes ».....	291
a) L'appréhension par le juge judiciaire.....	291
b) L'appréhension par les partenaires sociaux.....	293
B/ Le juge comme éternel garant d'un principe de faveur à l'obsolescence programmée... ..	296
Section 2 : Le juge et les rapports entre accord collectif et contrat de travail.....	301
<u>Paragraphe 1 : Le rôle du juge sur l'articulation de l'accord collectif de droit commun et du contrat de travail.....</u>	<u>302</u>
A/ L'influence de l'accord collectif sur le contrat de travail.....	303

B/ Le conditionnement du contrat de travail l'accord collectif.....	309
1. Le conditionnement théorique.....	309
2. Le conditionnement réel.....	313
a) Le conditionnement de l'ensemble du contrat de travail.....	313
b) Le conditionnement des clauses du contrat de travail.....	315
<u>Paragraphe 2 : Le rôle du juge sur l'articulation entre l'accord de performance collective et le contrat de travail.....</u>	321
A/ Le rôle du juge sur l'APC issu d'une négociation de droit commun.....	325
1. Le débat autour de l'intensité du contrôle judiciaire.....	325
2. Les problématiques entourant le régime juridique de l'APC.....	332
a) Le rôle du juge sur la notion de substitution.....	332
b) Le rôle du juge quant à la sanction encourue par l'accord illicite.....	335
c) Le rôle du juge sur les accords dits « mixtes ».....	337
d) Le rôle du juge sur l'articulation entre les différents périmètres de négociation.....	339
B/ Le rôle du juge sur la reconnaissance de l'APC issu d'une négociation substitutive....	340
Conclusion du chapitre 1.....	345
Chapitre 2 : Le juge et l'interprétation des accords collectifs.....	346
Section 1 : La consécration jurisprudentielle d'un système subsidiaire d'interprétation....	348
<u>Paragraphe 1 : L'insuffisance des méthodes d'interprétation classiques.....</u>	348
A/ L'interprétation originelle de l'accord collectif comme la loi.....	348
B/ L'inadéquation constatée par le juge de l'interprétation comme un contrat.....	350
<u>Paragraphe 2 : L'énoncé du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle.....</u>	352
A/ La primauté de la méthode exégétique et la subsidiarité de la méthode téléologique....	352
B/ La confirmation de l'absence de la commune intention des parties.....	354
Section 2 : Les limites du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle.....	355

<u>Paragraphe 1 : La remise en cause du système subsidiaire d'interprétation jurisprudentielle</u>	356
A/ Les difficultés de l'interprétation « selon la loi » et « comme la loi ».....	356
B/ Renouveau de la méthode téléologique et proposition d'inscription dans le Code du travail.....	360
1. La renouveau de la méthode d'interprétation téléologique.....	361
a) Le préambule comme renouveau de la méthode téléologique.....	361
<i>a.1) Un rapprochement entre la méthode téléologique et la commune intention des parties</i>	361
<i>a.2) Un rapprochement avec le droit des contrats</i>	362
b) La prise en compte par le juge du renouveau de la méthode téléologique.....	365
<i>b.1) L'exemple de l'arrêt du 25 mars 2020</i>	365
<i>b.2) L'exemple de l'arrêt du 14 décembre 2022</i>	367
<i>b.3) L'exemple de l'arrêt du 8 février 2023</i>	369
2. Proposition d'inscription de l'interprétation téléologique dans le Code du travail.....	371
<u>Paragraphe 2 : Le pouvoir interprétatif du juge sur la notion de « manque de clarté »</u>	372
Conclusion du chapitre 2	379
Conclusion du titre 2	381
Conclusion de la seconde partie	385
CONCLUSION GÉNÉRALE	389
Bibliographie	393
I. Traités et manuels.....	393
II. Thèses et ouvrages généraux.....	397
III. Etudes encyclopédiques.....	399
IV. Articles et mélanges.....	400

V. Notes, chroniques, conclusion, commentaires, études, rapports et observations.....	423
VI. Autres ouvrages : dictionnaires, documents officiels.....	441
Index alphabétique.....	443

Résumé en français :

La normativité des conventions et accords collectifs au sein du panorama des sources propres au droit du travail n'a cessé d'évoluer au fil des réformes législatives. Cette évolution de la normativité conventionnelle, faisant aujourd'hui de l'accord collectif la norme privilégiée dans la réglementation des conditions de travail et d'emploi, porte un nom : conventionnalisation. Si ce mouvement a pour origine la volonté du législateur, le juge judiciaire en est également un acteur à part entière. Ce dernier n'a eu de cesse de valoriser la conventionnalisation de par la multitude de ses solutions prétoriennes dans toute une série de domaines divers et variés. A ce titre, l'accompagnement de la valorisation de la conventionnalisation par l'activité jurisprudentielle du juge de l'ordre judiciaire se fait à plusieurs niveaux. Au stade de la négociation - en particulier d'entreprise - tout d'abord, le renforcement de la normativité conventionnelle passant bien évidemment par un renforcement des exigences relatives à la phase de négociation en tant que telle. Au stade de l'application de l'accord collectif ensuite, où le juge judiciaire a notamment adapté le principe d'égalité de traitement au contexte de la conventionnalisation. Mais les rapports entre le rôle du juge et la conventionnalisation ne se limitent pas à l'activité jurisprudentielle. Celui-ci est aussi tributaire d'une activité juridictionnelle, dont le lien avec l'activité jurisprudentielle est d'ailleurs omniprésent. De par cette dernière, le juge judiciaire est venu modifier à la fois son pouvoir de contrôle sur la négociation collective dans son ensemble, et son pouvoir d'interprétation de l'accord collectif. C'est à la suite de tels constats que nous nous proposons d'approfondir ces différents rapports de valorisation : celle de la conventionnalisation par l'activité jurisprudentielle du juge judiciaire, qui par conséquent va engendrer celle de son activité juridictionnelle.

Titre et résumé en anglais :

PRIVATE LAW JUDGE AND COLLECTIVE BARGAINING

The normativity of collective bargaining within the panorama of sources specific to labor law has continued to evolve with the legislative reforms. This evolution of contractual normativity, which today makes the collective agreement the preferred norm in the regulation of working and employment conditions, has a name : *conventionalisation*. If this movement originates from the legislator's will, the private law judge is also a full-fledged actor. He has constantly promoted conventionalisation through the multitude of its case law rulings in a whole series of diverse and varied fields. In this respect, the development of the value of conventionalisation by the jurisprudential activity is accompanied at several levels. First of all, at the negotiation stage of company-level agreements, the strengthening of the normativity of bargaining obviously involves a strengthening of the requirements relating to the negotiation phase as such. Secondly, at the stage of application of the collective agreements, where the courts have adapted the principle of equal treatment to the context of conventionalisation. But the relationship between the role of the judge and conventionalisation is not limited to case law. The judge is also dependent on jurisdictional activity, the link between which and jurisprudential activity is ubiquitous. Therefore, the private law judge has modified both his power of control over collective bargaining as a whole, and his power to interpret collective agreements. It is in the light of these observations that we propose to examine in greater depth these different relationships of valuation : the conventionalisation by the jurisprudential activity of private law judges, which consequently will generate that of his jurisdictional activity.

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Juge judiciaire - Conventionnalisation - Activité jurisprudentielle - Activité juridictionnelle - Négociation collective - Accords collectifs - Relations collectives de travail - Droit du travail

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire : Faculté de Droit et de Science politique de l'Université Clermont-Auvergne. Centre Michel de l'Hospital (UPR 4232) - 41 boulevard François Mitterrand, TSA 80403, 63001 CLERMONT-FERRAND Cedex 01.