

Le juge et l'accord collectif de travail : *le droit continue de s'écrire*

Par Frédéric GÉA

Professeur à l'Université de Lorraine

Un mouvement a été observé, ces dernières années, dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : celui traduisant, disons, une forme de retrait du juge par rapport à l'accord collectif de travail. En tout cas, l'amorce d'un changement. Loin de se limiter à une question technique de portée limitée, cette évolution cristallisait une orientation fondamentale, adossée à une hypothèse : dans un droit du travail, de plus en plus négocié, qui, à la faveur d'une série de réformes législatives, se revendique – au travers des ambitions que lui assignent les pouvoirs publics – d'un modèle de dialogue social, le juge, et en particulier le juge judiciaire, ne devrait-il pas reconsidérer son rôle, sa position, à l'égard de l'accord collectif, en restreignant son contrôle ? C'est en termes de conflit de légitimité que, subrepticement, le problème a semblé se poser : à la légitimité du juge s'opposerait celle des partenaires sociaux, si bien que l'accord collectif négocié puis conclu ne pourrait donner lieu qu'à un contrôle limité du juge, quel qu'il soit. Il y aurait là, à s'en tenir à cette interprétation, une relation de causalité entre ces deux dynamiques : la promotion de l'accord collectif entraînerait – ou impliquerait – une mise en retrait du juge, au motif impérieux que celui-ci n'a pas à déconstruire ce qui a été négocié, c'est-à-dire à remettre en cause les compromis que sont habilités à façonner les acteurs du dialogue social – ici, les signataires de l'accord collectif. Le juge serait, de la sorte, invité à se mettre en retrait, à faire un pas de côté, afin de favoriser le déploiement d'un authentique ordre conventionnel. Un peu *comme si* une conception de la justice devait en chasser une autre¹.

Telle est, dans sa radicalité, l'hypothèse qui a été propulsée dans l'espace public, à la faveur du changement de cap jurisprudentiel initié, en matière d'égalité de traitement, par la série d'arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 27 janvier 2015. Cinq ans plus tard, où en sommes-nous ? Cette hypothèse a-t-elle conservé sa pertinence ? Si l'on scrute avec attention la trajectoire qu'a suivie cette problématique dans la période récente, il est permis de penser que, d'un premier acte, nous sommes passés à un second, et que la « donne » a été, dans une large mesure, renouvelée. A la manière d'une intrigue qui aurait rebondi. Ou d'un récit qui continuerait de s'écrire, par l'action même des acteurs. Quelle est la *dynamique* à l'œuvre ? (I) Quelle *orientation* le rôle du juge à l'égard de l'accord collectif emprunte-t-il aujourd'hui ? (II)

I – Quelle dynamique ?

Voilà bien le point de départ de l'intrigue – de l'action : une dynamique de retrait du juge, par rapport à l'accord collectif, s'est esquissée en jurisprudence. Sous l'impulsion, principalement, de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Encore faut-il s'aviser de ce que celle-ci prend part à un jeu d'acteurs (du droit), des plus subtils, où les représentations – du juge, de l'accord

¹ A ce sujet, v. : E. Filippetto, *Le juge et l'accord collectif de travail*, Thèse droit privé, Université de Lorraine, soutenue le 22 nov. 2019.

collectif, du dialogue social – exercent une influence majeure. Cette dynamique mérite, à coup sûr, aujourd’hui d’être appréciée, réévaluée même. En scrutant les mouvements, côté cour, côté jardin. Et en les mettant en question. Y a-t-il eu un mouvement de retrait du juge par rapport à l’accord collectif, et, dans l’affirmative, en quoi a-t-il consisté ? (A) Ce mouvement n’apparaît-il pas remis en cause à la faveur d’un rebondissement récent ? (B)

A – Un mouvement de retrait du juge ?

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 1^{er} 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 : « 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 »². Le contrôle judiciaire des différences de traitement des avantages catégoriels instaurés par voie conventionnelle s’identifiait donc en tous points à celui mis en œuvre lorsque ces avantages ont été définis unilatéralement par l’employeur. Tenant compte des critiques que formulèrent certains auteurs, la Haute juridiction choisit, deux ans plus tard, d’assouplir sa position, et admit que des avantages conventionnels puissent être modulés entre les salariés en fonction de la catégorie professionnelle dont ils relèvent, à condition que cette différence de traitement soit justifiée par la prise en compte de la situation des salariés auxquels l’avantage est accordé³. Atténuer n’était manifestement pas suffisant aux yeux de la Chambre sociale qui estima nécessaire de franchir une étape supplémentaire, dans ses trois importants arrêts du 27 janvier 2015, en posant que « les différences de traitement entre catégories professionnelles, opérées par voie de conventions ou d’accords collectifs (...), sont présumées justifiées de sorte qu’il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu’elles sont étrangères à toute considération de nature

² Cass. soc. 1 juill. 2009, n° 07-42675 ; *Bull. civ.* V, n° 168. Était en cause un accord d’entreprise qui réservait 25 jours de congés payés annuels aux salariés non-cadres et 30 jours pour les cadres. La cour d’appel avait débouté le salarié de sa demande en paiement d’un rappel d’indemnité à ce titre, en jugeant qu’aucune disposition légale ou conventionnelle n’interdit aux partenaires sociaux de prévoir un nombre de jours de congés différent selon les catégories professionnelles et que les contraintes spécifiques aux cadres, notamment l’importance des responsabilités qui leur sont confiées, justifiaient une telle différence de traitement. Décision censurée par la Cour de cassation, au motif que les juges d’appel auraient dû rechercher si l’octroi de l’avantage accordé aux cadres était justifié par des raisons objectives et pertinentes.

³ Tout en réaffirmant le principe normatif posé par l’arrêt *Pain*, la Cour de cassation ajoutait « que repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d’un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, 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 » (Cass. soc. 8 juin 2011, n° 10-14725 et n° 10-11933 ; *Bull. civ.* V, n° 155).

professionnelle »⁴. Le changement d'optique se révélait d'autant plus éclatant que, dans une autre décision rendue le même jour, les hauts magistrats réaffirmaient la ligne jurisprudentielle issue de l'arrêt *Pain* dans l'hypothèse où les avantages catégoriels procèdent d'une décision unilatérale de l'employeur⁵. Ainsi sommes-nous passés d'un régime probatoire unifié, quelle que soit la source de la différence de traitement, à deux régimes probatoires distincts, suivant que lesdits avantages ont ou non été instaurés par voie de convention ou d'accord collectif.

N'y aurait-il là qu'une évolution technique, cantonnée à une question probatoire ? C'est ce que pourrait suggérer l'une des considérations avancées par Jean-Marc Béraud, conseiller rapporteur dans l'une des affaires ayant donné lieu à ce revirement de jurisprudence, lequel soulignait les difficultés que posait l'analyse antérieure : comment attendre d'un employeur, pris individuellement, qu'il justifie d'une différence de traitement procédant d'une convention ou d'un accord collectif conclu, le plus souvent, à un niveau plus large que celui de l'entreprise – par exemple au niveau de la branche ?⁶ Cette explication a cependant, nous semble-t-il, ses limites. Quel que soit, en effet, le niveau auquel est institué l'avantage catégoriel, c'est bien par une décision de l'employeur que l'avantage en cause (nombre de jours de congés, montant d'une indemnité...) est ou non attribué aux salariés. Ce qui différencie cette décision de celle que l'on qualifie plus volontiers d'unilatérale tient à ce qu'elle se fonde, ici, sur une norme négociée. La problématique s'en trouve, par là même, quelque peu déplacée, en devenant : une norme négociée constitue-t-elle sa propre justification ? Sa légitimité s'infère-t-elle des raisons qui, au plan substantiel, la sous-tendent ou du processus dont elle procède ? *In fine*, c'est sans aucun doute de la représentation que l'on se fait de la convention ou de l'accord collectif que dépend la réponse. *Si* l'on considère cette convention ou cet accord comme un (pur) compromis, il apparaît difficile, non seulement d'en fragmenter le contenu, mais, en outre, de soumettre à une exigence de justification telle ou telle partie du texte négocié. Parce qu'il sera perçu comme un ensemble – un tout – dont les parties sembleront indissociables et insusceptibles d'une appréciation extérieure, quant à leurs raisons intrinsèques. Ne reste plus alors qu'une limite, celle du dépassement – de l'outrepassement – de leur objet (légitime). Ce qui s'apparente à une forme d'abus, qu'il appartient à celui qui l'invoque de démontrer. Tel est sans doute le sens de la réserve tenant aux différences (de traitement) étrangères à toute considération de nature professionnelle. La cohérence qui se perçoit se révèle étroitement dépendante d'une conception. Seulement, il ne faut pas s'y tromper : cette conception n'a rien de technique ; elle est fondamentalement d'ordre *politique* – au sens le plus noble du terme.

De cette conception, les trois arrêts du 27 janvier 2015 portent plus que la marque : la trace. Et ce, dans leur motivation même. C'est que la Cour de cassation a jugé opportun, voire nécessaire, d'énoncer que les conventions et accords collectifs de travail sont « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote ». Hautement signifiante, cette incise, non seulement réfère au principe de participation – exprimé au huitième alinéa de la Constitution du 27 octobre 1946⁷ –, mais elle en déploie les ressorts exclusivement dans le modèle de négociation collective menée avec des représentants

⁴ Cass. soc. 27 janv. 2015, n° 13-14773 ; *Bull. civ. V*, n° 8 ; n° 13-22179 ; *Bull. civ. V*, n° 9 ; n° 13-25437 ; *Bull. civ. V*, n° 10.

⁵ Cass. soc. 27 janv. 2015, n° 13-17622 ; *Bull. civ. V*, n° 6.

⁶ « Arrêts du 27 janvier sur les avantages catégoriels : l'éclairage de Jean-Marc Béraud », *Liaisons sociales Quotidien*, n° 16765, 3 fév. 2015, p. 1.

⁷ Au visa duquel deux de ces décisions ont été rendues, celles ayant censuré les arrêts d'appel en l'occurrence.

syndicaux, en insistant sur les *acteurs* (de cette négociation, côté salarié), leur *mission* (si ce n'est leur raison d'être) et la fonction de *représentation* que les salariés contribuent à leur conférer (par leur vote aux élections professionnelles). En mettant en avant ces trois dimensions et, plus encore, en les reliant, la Chambre sociale entendait manifestement insister sur la légitimité – avant tout sociale – dont bénéficient les conventions et accords collectifs. Une telle orientation procède, certes, de la réforme, consacrée par la loi du 20 août 2008, tant du régime de la représentativité syndicale que de celui de la validité des conventions et accords collectifs, l'un comme l'autre intégrant depuis lors une condition tenant à l'audience électorale. Faut-il voir à travers l'analyse de la Chambre sociale l'influence d'évolutions législatives instituant, à l'instar de la loi du 14 juin 2013, des formes renouvelées d'accords majoritaires ou brandissant en étendard le dialogue social ? Sans aucun doute. Mais, loin d'être les réceptacles passifs d'une transformation qu'ils subiraient, les hauts magistrats nous semblent avoir, à ce moment précis, voulu y prendre leur part, en repensant leur rôle, leur place et leur positionnement, par rapport à l'accord collectif. Notre hypothèse est qu'ils l'ont fait en opposant des légitimités d'acteurs, en postulant qu'au renforcement de la légitimité des signataires d'accords collectifs ne pouvait que répondre une forme de mise en retrait du juge par rapport à l'acte négocié.

Cette dynamique avait-elle réellement vocation à se déployer ? Les observateurs ne pouvaient que constater que la Chambre sociale de la Cour de cassation s'était attachée à en déplier les implications en matière d'égalité de traitement, puisqu'elle étendit par une série d'arrêts voués à la plus grande diffusion, l'analyse consacrée en janvier 2015 aux différences de traitement opérées par voie de convention ou d'accord collectif entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes⁸, puis à celles instaurées entre les salariés d'une même entreprise relevant d'établissements distincts, qu'elles soient prévues par un accord d'établissement⁹ ou par un accord d'entreprise¹⁰. Repérait-on la même logique en dehors de cette matière ? En réalité, oui. L'arrêt *Clear Channel* rendu par la Chambre sociale en date du 14 octobre 2015 semblait bien signifier que le juge judiciaire n'a pas à porter d'appréciation sur le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements fixé par voie d'accord collectif¹¹. S'agissant du droit du licenciement économique, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à propos de l'accord collectif fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, illustre le plus nettement la propension de cette analyse à étendre son empire. Il est vrai que le contrôle du Direccte et, par suite, du juge administratif se trouve défini mais aussi circonscrit par l'article L. 1233-57-2 du Code du travail. La Haute juridiction administrative ne nous paraît pas moins s'être forgée une « doctrine » impliquant que l'accord collectif doit donner lieu à un contrôle restreint de la part du juge. En témoigne, entre autres, l'arrêt *Polimont IT Services* du 7 février 2018 qui tend à dérober la détermination des catégories professionnelles concernées par le licenciement collectif à toute appréciation de conformité, quant aux contours retenus par les signataires de l'accord, à la seule exception des stipulations entachées de nullité, du fait notamment de leur caractère discriminatoire¹². Seules demeurent, dans cette optique, les bornes,

⁸ Cass. soc. 8 juin 2016, n° 15-11324, *PBRI*.

⁹ Cass. soc. 3 nov. 2016, n° 15-18444, *PBRI*.

¹⁰ Cass. soc. 4 oct. 2017, n° 16-17517, *PBRI*. *Adde*, s'agissant de différences de traitement instituées par voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif : Cass. soc. 30 mai 2018, n° 17-12782, publié au *Bulletin*.

¹¹ Cass. soc. 14 oct. 2015, n° 14-14339, publié au *Bulletin*. En l'espèce, la salariée soutenait que le périmètre géographique « de l'agence, du bureau ou du site technique, siège social, plate-forme technique », prévu par l'accord collectif d'entreprise, se révélait trop imprécis.

¹² Cette réserve mise à part, le Conseil d'Etat affirme que « la circonstance que, pour déterminer les catégories professionnelles concernées par un licenciement, un accord collectif fixant un plan de sauvegarde de l'emploi se

pour ainsi dire, résultant du respect des dispositions d'ordre public. Si elle ne surprend guère, cette solution peut difficilement être présentée comme étant imposée par les limites que le législateur a assignées au contrôle de validation de l'accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Le texte légal précité faisant de la conformité à l'article L. 1233-24-2, d'où résulte l'exigence d'une détermination des catégories professionnelles concernées, l'un des points sur lequel doit porter ce contrôle, une autre interprétation aurait pu être consacrée – à partir d'un prisme conceptuel différent. Trouvant écho tant dans la jurisprudence de la Cour de cassation que dans celle du Conseil d'Etat, la perspective consistant à restreindre le contrôle exercé par le juge sur l'accord collectif tendait-elle pour autant à se généraliser ? Certes, non. De nombreuses autres matières, fera-t-on valoir, ont échappé à cette approche¹³, à l'instar des accords relatifs au forfait en jours. Il n'empêche qu'une *dynamique* apparaissait alors décelable.

Seulement voilà, cette dynamique semble avoir été mise en question et, dès lors, fragilisée par la Cour de cassation elle-même... Qui plus est, sur le terrain où elle avait initialement prospéré, à savoir celui des différences de traitement opérées par voie de convention ou d'accord collectif. D'où le trouble provient-il ? De l'important arrêt *CRCAM de Normandie* rendu le 3 avril 2019, à propos d'un accord d'entreprise qui réservait le bénéfice de mesures d'accompagnement au personnel affecté sur l'un des sites à une date donnée, condition que ne remplissait pas une salariée. La cour d'appel avait écarté la présomption de justification, au motif que la différence de traitement n'était fondée ni sur l'appartenance à une catégorie professionnelle, ni sur une différence de fonctions au sein de la même catégorie professionnelle, mais sur une considération liée à la date de présence sur le site, avant de constater qu'aucune raison objective n'était alléguée par l'employeur. Aussi le pourvoi formé par l'employeur invitait-il la Haute juridiction à préciser la portée qu'elle entend conférer à la ligne jurisprudentielle inaugurée en janvier 2015. Fallait-il en étendre ou, au contraire, en circonscrire l'application ? Cette alternative, la Cour de cassation la tranche avec une certaine vigueur, en considérant que « la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée »¹⁴. Une telle affirmation n'implique-t-elle pas une remise en cause de la dynamique que nous avons cru pouvoir identifier ? S'il s'agit, bien sûr, d'une question d'interprétation, celle-ci requiert avant tout de chercher à comprendre les ressorts de la position exprimée par la Chambre sociale.

B – Une dynamique remise en cause ?

Que s'est-il joué avec l'arrêt du 3 avril 2019 ? Pour le mesurer, il faut, d'abord, souligner que le premier moyen du pourvoi formé par l'employeur à l'encontre de la décision rendue par la cour d'appel, consistait à s'emparer de la justification mise en avant par la Cour de cassation elle-même pour la transmuter en norme. D'une certaine manière, la stratégie argumentative consistait à prendre au mot la Chambre sociale... Les raisons invoquées dans les arrêts du 27

fonde sur des considérations étrangères à celles qui permettent de regrouper les salariés par fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune, ou ait pour but de permettre le licenciement de salariés affectés sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée, n'est pas, *par elle-même*, de nature à caractériser une méconnaissance des dispositions de l'article L. 1233-57-2 du code du travail » (CE 7 fév. 2018, n° 403989, cons. 7 – souligné par nous).

¹³ V. *infra*, II, A.

¹⁴ Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-11970, *PBRI*.

janvier 2015 ne portaient-elles pas, en effet, le germe d'un principe susceptible de se généraliser, au-delà des hypothèses déjà consacrées ? Il y avait là un piège, que les hauts magistrats ont parfaitement su identifier, en décelant dans cette argumentation une manière d'instituer une présomption générale de justification. La Cour de cassation, de la sorte, se trouvait confrontée à la dynamique qu'elle avait elle-même générée, et amenée à prendre ses responsabilités en la matière. A l'option consistant à la déployer dans sa radicalité, le choix a été fait, non pas de l'abandonner, mais de marquer, sans mauvais jeu de mots, un « coup d'arrêt » à son développement. En fixant, à ce stade, son contenu sur les significations déjà consacrées et en neutralisant discrètement les potentialités que l'on pouvait *a priori* lui prêter. Fondamentalement, il y a eu un choix, tout aussi politique que celui opéré quatre ans plus tôt. Les raisons tirées de la convocation du droit européen ici n'ont fait, à notre avis, que se greffer dessus, pour lui offrir une justification juridique, sinon incontestable, du moins à l'allure impérieuse. Il s'est agi, en substance, de signifier que la reconnaissance d'une présomption générale de justification des différences de traitement instituées par voie de conventions et accords collectifs serait *contraire* au droit de l'Union européenne, tant parce qu'elle conduirait à faire reposer sur le salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité que parce qu'elle ferait de l'existence d'un accord collectif une raison susceptible de justifier cette différence de traitement, et que, dès lors, une telle présomption se trouverait *privée d'effet* dans les domaines où, en vertu de ce droit, doit s'appliquer un autre régime probatoire¹⁵. Cette décision a donné lieu à des interprétations multiples, tantôt à la lumière de la référence faite au droit de l'Union européenne¹⁶, tantôt à l'aune du message dont elle serait porteuse à l'égard de la négociation collective¹⁷. Cette référence, surgissant plus de quatre ans après les arrêts de 2015, se révèle-t-elle artificielle ? Comment comprendre, par ailleurs, la note explicative diffusée sur le site internet de la Cour de cassation laissant entendre, par-delà ce qu'exprime l'arrêt, que la présomption de justification des différences de traitement instaurées par voie de convention ou d'accord collectif pourrait se limiter à l'avenir aux seules hypothèses consacrées jusqu'alors en jurisprudence ? Manifestement les raisons profondes ayant présidé ici au choix de la Cour de cassation ne se logent pas dans la motivation de l'arrêt¹⁸, mais *ailleurs*. Ce n'est qu'en tentant de les cerner que l'on peut espérer identifier comment se pose aujourd'hui la question du juge par rapport à l'accord collectif.

Avant toute chose, il nous semble important de rappeler que ce thème était dans le débat, et que les conseillers de la Chambre sociale en appelaient eux-mêmes à des discussions approfondies à son propos. Ainsi le sujet s'est-il trouvé inscrit à deux reprises – ce qui est un signe – à l'ordre du jour des « Rencontres de la chambre sociale », en l'occurrence celles organisées respectivement le 18 mars 2016 et le 30 mars 2018. Cela révélait, non pas nécessairement qu'une évolution de la jurisprudence était envisagée, mais que les hauts magistrats se montraient attentifs à la manière dont leur analyse était reçue. L'on se souvient, à ce titre, qu'avait surgi lors de ces échanges¹⁹ la question de savoir si l'orientation retenue par la Cour s'avérait transposable à l'ensemble des accords collectifs, quelles que soient leurs conditions

¹⁵ *Ibid.*, § 22.

¹⁶ V., not. : F. Bergeron-Canut, « Présomption de justification des différences de traitement opérées par voie conventionnelle et droit de l'Union européenne », *Bull. Joly Trav.*, juin 2019, n° 111s8, p. 30 ; G. Loiseau, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *JCP S*, 30 avril 2019, 1134 ; C. Radé, « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », *Dr. soc.* 2019, p. 447. *Adde* : I. Omarjee et G. Loiseau, « L'accord collectif comme justification d'une inégalité de traitement : quelles limites ? », *RDT* 2019, Controverse, p. 301.

¹⁷ V., not. : J-E. Ray, « Une motion de défiance à l'égard de la négociation collective », *Dr. soc.* 2019, p. 559 ; O. Dutheillet de Lamothe et L. Marquet de Vasselot, « Présomption de légalité des accords collectifs : une atteinte à la démocratie sociale ? », *Sem. soc. Lamy*, 23 avril 2019, n° 1858, p. 8.

¹⁸ Fut-elle « développée ».

¹⁹ Ceux de l'édition de 2018, pour être plus précis.

de conclusion, notamment aux accords signés par des élus du personnel, mandatés ou non, voire par des salariés non élus mandatés²⁰, ou encore, dans les petites entreprises, à ces accords résultant d'une approbation aux deux tiers du personnel d'un projet présenté par l'employeur²¹. En se référant explicitement à des conventions ou accords « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote », la Cour de cassation avait-elle entendu réserver une analyse différente aux accords conclus dans des entreprises dépourvues de délégué syndical ? Les modes de légitimation des formes alternatives de négociation (conditions liées aux suffrages obtenus par les élus ou à l'approbation des salariés) ne rendent-ils pas délicate la mise à l'écart des accords concernés ? Premier problème, qui, s'il n'est pas indépassable, incite déjà à la prudence.

A notre avis, c'est la représentation qu'ourlent la loi et, plus particulièrement, les réformes législatives récentes qu'ont scrutée de près les hauts magistrats. De là procèdent leurs interrogations et questionnements sur le sujet – en janvier 2015 comme en avril 2019. Or, justement, est-il bien certain que la conception diffusée ou promue par la loi soit, sans équivoque, celle d'une mise en retrait (ou à distance) du juge ? A la réflexion, il convient, nous semble-t-il, de se garder des appréciations hâtives à ce propos. Si la position jurisprudentielle consacrée en 2015 s'inspirait de la « logique » prêtée à la loi du 20 août 2008, même si celle-ci n'appréhendait pas directement les rapports entre le juge et l'accord collectif, quelle « philosophie » y a-t-il lieu de prêter aux réformes législatives intervenues ces dernières années, sur ce sujet précis ?

Les signes d'une conception pouvaient être repérés dans la loi du 14 juin 2013, non pas tant sur le terrain des accords de maintien de l'emploi²², que sur celui des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), en différenciant le contrôle devant être exercé par le Direccte – sous le contrôle du juge administratif – selon que le contenu du plan donne lieu à un accord collectif majoritaire ou se trouve fixé dans le cadre du document unilatéral de l'employeur. Pour favoriser la forme négociée, le choix consista à définir un référentiel de contrôle plus restreint dans le premier cas²³, c'est-à-dire dans le cadre de la procédure de validation de l'accord. Cette approche consistant à circonscrire les points de contrôle n'a cessé de se décliner de 2015 à 2017, au sujet des accords de maintien de l'emploi « seconde version », des accords de préservation et de développement de l'emploi, puis des accords de performance collective²⁴. Chaque modification législative aura, à cet égard, contribué à limiter toujours plus les objets du contrôle exercé, cette fois, par le juge judiciaire. Est-ce à dire que la réforme initiée par les ordonnances du 22 septembre 2017 s'est purement et simplement approprié cette logique ? Avec le recul, la philosophie ou la doctrine qui en émane se révèle bien plus ambiguë. Le nouvel article L. 2262-4 du Code du travail n'a d'autre objet que d'instituer à des fins de prescription²⁵ un délai de deux mois pour engager une action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif, délai qui s'applique à l'action principale, et non au recours par voie d'exception²⁶. Ce texte n'a pas traité au contrôle de l'accord collectif, mais à l'action en contestation d'une convention ou d'un accord collectif. En revanche, c'est bien ce contrôle que prenait pour objet

²⁰ Art. L. 2232-23 et s., art. L. 2232-24 et s., C. trav.

²¹ Art. L. 2232-21 à L. 2232-23 C. trav.

²² Accords que cette loi créa et qui, notamment dans cette version, ouvraient bien sur un contrôle judiciaire.

²³ V. l'art. L. 1233-57-2 C. trav.

²⁴ Qui se sont substitués aux précédents, ainsi qu'aux accords de mobilité interne.

²⁵ En ce sens : J. Mouly, « Les dispositions relatives à la contestation des accords collectifs à l'épreuve des exigences constitutionnelles », *Dr. soc.* 2018, p. 704, écartant la qualification de délai de forclusion.

²⁶ Une exception d'illégalité plutôt que de nullité, à notre avis. Mais le débat est ouvert. Sur cette question, v. : 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.* 2020, spéc. p. 46 et s.

la disposition, prévue à l'article 4 du projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective, visant à instaurer une présomption générale de conformité à la loi des conventions et accords collectifs²⁷. De cet objectif, la version des ordonnances publiée au *Journal officiel* ne portait déjà plus trace : l'article L. 2262-13 se borne à énoncer qu'« [i]l 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 ». Ce texte ne fait, en somme, que « rappeler le droit commun de la preuve », ainsi que l'a observé Jean Mouly²⁸. Si l'on se réfère à l'étude d'impact, il était également envisagé d'instaurer au bénéfice des accords collectifs fixant le contenu du PSE, « une présomption de conformité concernant la définition des catégories professionnelles »²⁹. Cette piste fut, quant à elle, écartée dès le stade de la rédaction des projets d'ordonnances. Finalement, parmi les mesures qui avaient à ce titre été imaginées, seule a été consacrée la présomption d'exceptionnalité du travail de nuit, signifiant que l'accord collectif mettant en place le travail de nuit est, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 3122-15 du Code du travail³⁰, présumé avoir été conclu et négocié conformément à l'exigence formulée à l'article L. 3122-1 selon laquelle le recours au travail de nuit doit rester exceptionnel. A l'aune de ces considérations, la réforme issue des ordonnances du 22 septembre 2017 s'est, en fait, abstenue de décliner une conception imposant au juge de se tenir à distance de l'accord collectif, à la faveur d'un contrôle restreint.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne s'y est pas trompée, en relativisant d'emblée la portée de la présomption d'exceptionnalité du travail de nuit : « l'existence d'une convention collective, dût-elle être présumée valide, ne suffit pas à établir que [les conditions prévues à l'article L. 3122-1 du Code du travail] sont réunies », affirme-t-elle. S'agissant d'une présomption simple, le juge se doit, estiment les hauts magistrats, de vérifier que les exigences d'ordre public exprimées par ce dernier texte sont respectées. En l'espèce, la cour d'appel de Paris s'était contentée de relever que les parties civiles n'avaient pas renversé la présomption, s'abstenant ainsi de procéder à un quelconque contrôle à ce titre. C'est la raison pour laquelle sa décision, sur ce point, est censurée par la Chambre criminelle, au motif « qu'il lui appartenait de *mieux contrôler* si ces exigences étaient remplies dans le cas de l'établissement en cause, fût-ce en écartant les clauses d'une convention ou d'un accord collectif non conformes »³¹. Ce qui revient à signifier avec force que le juge est invité à remplir son office, le cas échéant en tirant conséquence de ce que l'accord collectif méconnaît le caractère exceptionnel du recours au travail de nuit, par la mise à l'écart des stipulations concernées. Cette position mérite, à nos yeux, d'être pleinement approuvée : il y a besoin d'un contrôle par le juge des conventions et accords collectifs de travail. La voie dans laquelle s'était engagée la Chambre sociale de la Cour de cassation, en matière d'égalité de traitement, procédait, à notre avis, d'un choix qui consistait, répétons-le, à appréhender sur le mode de l'opposition la légitimité des signataires de l'acte négocié et la légitimité des juges à remettre en cause le compromis que l'accord collectif consacre. De là une approche faisant varier l'intensité du contrôle d'un acte donné, suivant qu'il émane d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif. Une telle approche peut se révéler dangereuse, tout particulièrement à l'heure où est encouragée la

²⁷ Ce, en faisant débiter le futur nouvel article L. 2262-13 par l'affirmation suivante : « Les conventions ou accords collectifs répondant aux conditions de validité applicables à la date de conclusion sont présumés négociés et conclus conformément à la loi ». Le texte ajoutait : « Il appartient à celui qui conteste la validité d'une convention ou d'un accord collectif ou le déroulement de la négociation d'apporter la preuve que la convention ou l'accord n'a pas été négocié ou conclu conformément à la loi sauf dispositions légales contraires ».

²⁸ J. Mouly, *op. cit.*, p. 705.

²⁹ *Etude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017, p. 57.

³⁰ Sous réserve des conditions posées par ce texte légal.

³¹ Cass. crim. 7 janv. 2020, n° 18-83074. Arrêt « PBRI ». Souligné par nous.

négociation collective à un niveau décentralisé, tel que celui de l'entreprise ou de l'établissement. Pourquoi dangereuse ? Parce que les négociateurs, de part et d'autre, ne sont pas forcément en mesure de conclure des accords dont la licéité et/ou la qualité sont garanties, d'autant que le rapport de forces n'apparaît pas toujours propice à l'élaboration de normes négociées. En fin de compte, si un contrôle du juge s'impose, c'est pour garantir la *légalité* de l'accord collectif et, par là même, en asseoir la *légitimité*.

Puisque la voie du retrait du juge par rapport à l'accord collectif se présente aujourd'hui comme une impasse, quel doit (ou peut) être le rôle de ce juge dans un modèle qui se place sous la bannière du dialogue social ? Une orientation alternative se serait-elle pas d'ores et déjà en germe en droit positif ? Là réside notre hypothèse. Mais de quelle orientation s'agit-il ?

II – Quelle orientation ?

Là où le législateur détermine les conditions que doit satisfaire l'accord collectif, il nous semble acquis que le juge compétent est tenu d'exercer un contrôle de légalité de ces exigences. Qu'en est-il, en revanche, lorsque la loi se contente, à peu de choses près, d'instaurer un espace de négociation, comme par exemple au sujet des représentants de proximité³² ? *Quid* dans les hypothèses où la loi confère une compétence à l'accord collectif, mais s'abstient d'enserrer la liberté des négociateurs dans des limites explicites, à l'instar, en matière de licenciement économique, de la détermination de la pondération ainsi que du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, ou bien encore de l'identification des catégories professionnelles concernées par un grand licenciement collectif ? La question du rôle que le juge peut ou doit endosser se pose de manière extrêmement sensible dans ces cas de figure qui ne sont pas rares. S'effacer s'apparenterait, pour le juge, à un renoncement – celui d'exercer sa mission de dire le droit et rendre la justice. Inversement, défaire, sans précaution, ce qui, à la faveur de concessions et le cas échéant afin de parvenir à un compromis, a été négocié pourrait entraver le développement du dialogue social – considération qui avait conduit la Chambre sociale de la Cour de cassation à s'engager dans la voie esquissée par les arrêts de janvier 2015³³. Au fond, c'est une sorte de « grammaire » qui se cherche. Ne se réfléchit-elle pas déjà cependant au miroir du droit positif ? Une conception *procédurale* nous paraît bien, de ce point de vue, s'esquisser (A), aux côtés d'un contrôle de légalité qui demeure, dans une certaine mesure, irréductible. Mais ne se double-t-elle pas d'une seconde conception, en réalité complémentaire, et qui semble elle aussi trouver une traduction en jurisprudence ? (B).

A – Une conception *procédurale* ?

Le renforcement de la place de la négociation collective, qu'ont cherché à favoriser les réformes législatives ces dernières années (sans être cependant en mesure de maîtriser l'appropriation de leurs dispositifs par les acteurs du dialogue social), ouvre sur des normes du travail susceptibles d'être adaptées à différents niveaux, notamment celui de l'entreprise. Promue par la loi Travail

³² Art. L. 2313-7 C. trav.

³³ V. *supra*.

du 8 août 2016, à la faveur du triptyque « Ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives », puis portée par la réforme de 2017, bien que ses promoteurs aient refusé de s'enfermer dans cet agencement textuel, la technique de la supplétivité n'a cessé d'étendre son empire, en multipliant les espaces de négociation. De cette recomposition, le législateur a été mais également demeure le maître d'œuvre. Il n'en résulte pas une authentique autonomisation d'un ordre conventionnel par rapport à l'ordre étatique, mais un réagencement de leurs rapports – au travers d'un pluralisme juridique que l'on peut dire *tempéré*. Dans un tel système, les modèles de justice substantiel et procédural³⁴ ont vocation à se combiner, non à s'exclure mutuellement. Cela signifie que le juge, figure s'il en est du premier ces modèles, a un rôle à jouer au sein des espaces réservés au droit négocié, même lorsque le législateur n'instaure pas une cartographie, en quelque sorte, du contrôle auquel les conventions et accords collectifs doivent donner lieu. A notre avis, ce rôle se dédouble, en ce qu'il doit permettre, d'un côté, de garantir les conditions d'intégration de ce droit négocié à un système juridique qui l'englobe et le dépasse, et, d'un autre côté, de s'assurer – au minimum – que les conditions de conclusion de ces conventions et accords collectifs s'avèrent, dans un contexte donné, réunies. A une dimension systémique s'adjoint, de la sorte, une dimension pragmatique. La première ouvre, nous semble-t-il, sur une conception « classique » du contrôle de légalité : c'est par son objet que ce contrôle se teinte d'une approche procédurale. En revanche, dans la seconde dimension, c'est la conception même du contrôle qui se fait procédurale.

Dans la première perspective, *systémique* donc, le contrôle du juge – qu'il s'agisse du juge judiciaire ou, le cas échéant, du juge administratif, en tant que juge de l'excès de pouvoir – prend pour référence les règles légales qui bornent ou encadrent les conventions et accords collectifs, *en considération de leur objet*. Ces règles sont celles relevant, explicitement ou non, de l'ordre public³⁵. Par exemple, les stipulations d'un accord collectif, conclu selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail, pourraient être annulées par le juge si elles limitaient les consultations et informations récurrentes du comité social et économique à deux – et *a fortiori* un – des trois thèmes mentionnés à l'article L. 2312-17 (les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière de l'entreprise, et la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi). Le même sort serait réservé aux stipulations d'un accord qui prévoirait une majoration des heures supplémentaires à un taux inférieur à 10 %, au mépris du 1^o de l'article L. 3121-33 du même code³⁶. Correspond à cette hypothèse l'arrêt daté du 9 octobre 2019 par lequel la Cour de cassation écarte du bénéfice de la présomption de justification la différence de traitement résultant des stipulations d'une convention ou d'un accord collectif, dès lors que cette différence repose sur l'un des motifs discriminatoires prohibés par l'article L. 1134-1 du Code du travail. Dans cette affaire, les stipulations en cause laissaient supposer l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge : il appartenait donc à l'employeur de démontrer que la différence de traitement était justifiée, sans pouvoir invoquer cette présomption de justification³⁷. Sans doute sera-t-on enclin à interpréter cette solution à la lumière de l'arrêt daté du 3 avril 2019 et

³⁴ A ce sujet, v. les développements de : E. Filipetto, thèse préc., p. 395 et s., n° 465 et s.

³⁵ Qu'elles s'inscrivent, lorsque nous sommes en présence du triptyque évoqué plus haut, dans la catégorie dénommée « Ordre public » ou qu'elles prennent place, ce qui est fréquent, dans la catégorie « Champ de la négociation ». Reste que, faute d'avoir été généralisé, ledit triptyque ne s'applique pas à toutes les matières, loin s'en faut. Ce qui peut rendre délicate l'identification des dispositions d'ordre public

³⁶ Règle d'ordre public, émanant pourtant d'un article qui trouve, quant à lui, place parmi les dispositions légales définissant le « champ de la négociation collective ».

³⁷ Cass. soc. 9 oct. 2019, n° 17-16642. A paraître au *Bulletin*.

de l'incompatibilité que celui-ci invoquait entre la présomption générale de justification et le droit de l'Union européenne³⁸, lequel appréhende l'interdiction des discriminations comme une expression spécifique du principe général d'égalité³⁹. L'explication tient aussi au fait que l'accord collectif, ici, heurtait potentiellement une règle d'ordre public – ce dont résultait l'application du régime probatoire correspondant. Quoi qu'il en soit, l'analyse de la Cour de cassation rappelle, incidemment mais nécessairement, que l'ordre conventionnel entretient un rapport de relevance avec d'autres ordres ou systèmes juridiques (droit étatique et/ou droit de l'Union européenne). C'est cette conception qui se déploie lorsque le juge judiciaire contrôle la validité d'un accord collectif, quelles que soient les modalités de conclusion définies par le législateur, et plus largement la conformité aux exigences légales du contenu des accords collectifs, du moins lorsque ceux-ci donnent lieu à un régime défini par la loi (rupture conventionnelle collective, accord de performance collective, accords d'aménagement du temps de travail, accords relatifs au forfait-jours, etc.). La même approche – orchestrée par le législateur lui-même, maîtrisant ainsi les points de contrôle concernés – se retrouve, du côté du juge administratif, dans le cadre du contrôle exercé à l'encontre d'une décision du Direccte faisant suite à une demande de validation d'un accord fixant le contenu du PSE⁴⁰, ou du contrôle relatif aux arrêtés d'extension des conventions et accords collectifs⁴¹.

Une autre perspective – que nous dénommerons *pragmatique* – se révèle constitutive aujourd'hui du contrôle du juge en matière d'accord collectif, ouvrant sur une approche ou une méthode qui s'attache, quant à elle, au contexte de mise en œuvre du droit. Une attention particulière mérite, à cet égard, d'être portée aux normes par lesquelles le législateur oriente l'action des négociateurs (et, indirectement, la négociation) à travers des directives ou en posant des jalons, qui sont autant de prises pour un contrôle ultérieur. Cette approche trouve des points d'ancrage explicites dans les textes légaux relatifs aux accords collectifs sur le comité social et économique, issus – par hypothèse – de la réforme de 2017. Qu'il s'agisse de la négociation sur les délais de consultation ou de celle portant sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales, une limite générale a, en effet, été introduite, par la loi, tenant à la nécessité que le comité social et économique (CSE)⁴² soit, au regard des stipulations de l'accord collectif négocié, en mesure d'*exercer utilement sa compétence*⁴³. Or, quel sera le garant de cette impérieuse exigence ? Le juge judiciaire. Ne pourrait-on d'ailleurs y voir une considération susceptible de guider (ou d'inspirer) le contrôle du juge sur les différents aspects de la négociation relative au CSE, s'agissant des attributions mais encore du fonctionnement et de la composition de cette instance ? Une telle question surgira forcément, tôt ou tard, à l'occasion d'un litige. Passons. Il est, en tout cas, remarquable que les dispositions en cause instituent, à cet égard, un contrôle dont on peut dire qu'il s'avère procédural dans sa méthode – parce qu'il s'agit d'apprécier *concrètement* si la condition posée par la loi est remplie – comme dans sa finalité – puisque c'est la capacité du CSE à remplir son rôle dans le cadre de procédures d'information et de consultation qui est alors jaugée.

³⁸ V. *supra*.

³⁹ CJCE 19 oct. 1977, aff. C-117/76, C-16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. / Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG / Hauptzollamt Itzehoe*, § 7.

⁴⁰ Sur le fondement de l'article L. 1233-57-2 du Code du travail.

⁴¹ En vertu de l'article L. 2261-25 du Code du travail.

⁴² Et, le cas échéant, le comité central, voire, dans le second cas, les délégués syndicaux.

⁴³ Art. L. 2312-16, al.2, et art. L. 2312-21, avant-dernier alinéa, C. trav.

C'est également à cette perspective que se rattache, pensons-nous, l'exigence de *loyauté* en matière de négociation⁴⁴ – autre versant, aux riches potentialités, du contrôle du juge. D'une disposition introduite par la loi du 8 août 2016, au sujet des accords de méthode⁴⁵, s'infère la faculté pour le juge d'annuler un accord collectif en cas de méconnaissance, *in situ*, de ce que le législateur désigne comme un « principe ». C'est à lui que se rattache dans la jurisprudence, en particulier, l'obligation, mise en avant par le droit international du travail⁴⁶, imposant à l'employeur de fournir aux organisations syndicales (et plus largement aux négociateurs représentant les salariés) toutes les informations permettant de négocier utilement le contenu d'une convention ou d'un accord⁴⁷. A ce principe, la Chambre sociale de la Cour de cassation entend conférer une force particulière. Voilà ce dont témoigne un arrêt rendu en date du 9 octobre 2019, à propos d'un protocole d'accord préélectoral. Compte tenu de la majorité renforcée⁴⁸ dont celui-ci bénéficie (par rapport au droit commun des accords collectifs⁴⁹), la Haute juridiction circonscrit délibérément la possibilité de le contester devant le juge judiciaire « qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral »⁵⁰. Récemment encore, la Cour se refusait à admettre que la non-transmission aux syndicats participant à la négociation des éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité des listes électorales justifie, au titre d'un manquement de l'employeur à son obligation de loyauté dans la conduite d'une négociation préélectorale, la nullité de ce protocole d'accord préélectoral⁵¹. C'est aujourd'hui la position diamétralement opposée qu'elle consacre : en ne transmettant pas aux syndicats concernés les informations nécessaires à un contrôle réel de la répartition du personnel et des sièges dans les collèges, l'employeur, estime la Haute juridiction, commet un manquement à l'obligation de négociation loyale, lequel « constitue une cause de nullité de l'accord, peu important que celui-ci ait été signé aux conditions de validité prévues par l'article L. 2314-6 du code du travail »⁵². Ne serait-ce pas là une façon détournée⁵³, et sans le dire

⁴⁴ Sur cette question, v., récemment : G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, L.G.D.J., 2018, p. 33 et s., not. p. 37, soulignant, à raison, que ladite exigence concerne toutes les parties à la négociation, et non pas seulement l'employeur.

⁴⁵ A savoir le dernier alinéa de l'article L. 2222-3-1 du Code du travail, lequel énonce : « Sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations de sont pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties ».

⁴⁶ Art. 7, recommandation OIT n° 163 sur la négociation collective, 1981, énonçant que des mesures adaptées aux circonstances nationales doivent être prises pour que les parties à la négociation collective « aient accès aux informations nécessaires pour pouvoir négocier en connaissance de cause ».

⁴⁷ Y compris lorsqu'il s'agit d'un protocole d'accord préélectoral (Cass. soc. 6 janv. 2016, n° 15-10975, à propos des éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité des listes électorales).

⁴⁸ Avec une double condition de majorité, en nombre (signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation) et en voix (signature par les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles), conformément à ce que prévoit l'article L 2314-6 du Code du travail.

⁴⁹ Dont les conditions de validité sont définies à l'article L. 2232-12 du Code du travail.

⁵⁰ V., not. : Cass. soc. 6 oct. 2011, n° 11-60035 ; *Bull. civ. V*, n° 228 ; Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-25696 ; *Bull. civ. V*, n° 38. La Cour de cassation étend cette analyse aux dispositions de l'article L. 2314-30 relatives à la représentation équilibrée entre femmes et hommes dans la constitution des listes de candidats aux élections professionnelles, en leur reconnaissant un caractère d'ordre public absolu (v., à ce sujet : Cass. soc. 11 déc. 2019, n° 18-23513, n° 19-10826 et n° 18-26568)

⁵¹ Cass. soc. 4 mai 2017, n° 1618297 – non publié au *Bulletin*, il est vrai.

⁵² Cass. soc. 9 oct. 2019, n° 19-10780 (à paraître au *Bulletin*), précisant toutefois que la contestation du protocole préélectoral doit, pour que cette sanction soit retenue, « avoir été introduite judiciairement avant le premier tour des élections, ou postérieurement par un syndicat n'ayant pas signé le protocole et ayant émis des réserves expresses avant de présenter des candidats ».

⁵³ Puisque c'est du processus de négociation, et non du contenu de l'accord, qu'il s'agit.

explicitement, de conférer à ce principe de loyauté dans la négociation un caractère d'ordre public ? C'est ainsi que la Chambre sociale nous semble, en tout cas, le concevoir *désormais*, en l'érigeant subrepticement en pierre angulaire d'une conception procédurale du contrôle des conventions et accords collectifs.

On le voit, cette conception procédurale du contrôle de l'accord collectif n'est pas antinomique avec le contrôle de légalité classique. Ces deux perspectives se combinent, jusqu'à l'enchevêtrement, et se révèlent complémentaires. Nous serions même tenté de dire que c'est à leur point de jonction que s'esquisse la figure d'un juge garant de la procédure. Il se pourrait bien cependant que, dans son ombre, émerge simultanément une conception distincte, susceptible de consolider mais aussi de dépasser cette vision procédurale.

B – Une conception dialogique ?

Dans un modèle de droit du travail que les réformes législatives récentes aspirent à placer sous la bannière du dialogue social, le juge n'a-t-il pas vocation à devenir l'un des artisans, voire des architectes, de cette construction ? Une réponse positive s'impose pour au moins trois raisons. D'abord parce que 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 formes⁵⁴. Ensuite parce que le juge a un rôle majeur à jouer pour garantir un dialogue social de qualité – ce que nous venons de constater s'agissant de la portée conférée à l'exigence de loyauté dans la négociation. Enfin parce 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 économique⁵⁵, 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 travail⁵⁶.

De ces enjeux, la Cour de cassation prend elle aussi pleinement la mesure – aujourd'hui plus qu'hier. Certes, de longue date, sa jurisprudence impose à l'employeur de convoquer, donc d'associer, à la négociation toutes les organisations syndicales concernées⁵⁷ et de les mettre en

⁵⁴ Notamment en admettant qu'une atteinte à la liberté contractuelle puisse procéder de ce principe de participation (Cons. constit. 15 mars 2012, déc. n° 2012-649, cons. 14) ou, plus récemment, en écartant les griefs d'inconstitutionnalité à l'encontre des dispositions relatives au projet d'accord soumis par l'employeur à l'approbation des deux tiers du personnel dans les petites entreprises (Cons. const. 21 mars 2018, déc. n° 2018-761 DC, §§ 3 à 12)

⁵⁵ L'on se permettra, à ce propos, de renvoyer le lecteur vers une série de commentaires publiés dans la *Revue de Droit du Travail* : obs. sur CE 25 sept. 2019, *RDT* 2019, p. 785 ; obs. sur CE 22 mai 2019, *RDT* 2019, p. 574 ; obs. sur CE 7 fév. 2018 (trois arrêts), *RDT* 2018, p. 213. *Adde* : « 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.

⁵⁶ Encore que des nuances se repèrent, à ce propos (v. nos obs. sur CE 22 mai 2019, *op. cit.*, spéc. pp. 575-576).

⁵⁷ C'est-à-dire les organisations représentatives, excepté pour la négociation du protocole d'accord préélectoral.

mesure de discuter du projet d'accord jusqu'au terme du processus⁵⁸. Cette exigence – qui, à notre avis, réfère au *dialogue* bien plus qu'à la loyauté⁵⁹ – s'accompagne d'une sanction vigoureuse puisque son non-respect est susceptible d'entraîner la nullité de la convention ou de l'accord collectif, voire, s'il s'agit de la négociation d'un protocole d'accord préélectoral et que l'employeur refuse de négocier avec un syndicat intéressé, l'annulation des élections, selon la solution consacrée par un arrêt du 28 février 2018⁶⁰. Mais à cette strate – dans la conception dialogique que déploie la Haute juridiction – s'en est ajoutée une autre, hautement significative. Bien que le principe de participation, tel que l'envisage du moins le Conseil constitutionnel, n'implique pas de conférer une primauté à une norme négociée par rapport à une décision unilatérale de l'employeur⁶¹, la Chambre sociale de la Cour de cassation a apporté à ce débat une contribution fondamentale avec son arrêt *Omnitrans* daté du 17 avril 2019. C'est de l'interprétation (conjointe) des nouveaux articles L. 2313-2 et L. 2313-4 du Code du travail, issus de la réforme de 2017, qu'il était question, s'agissant donc de la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts en vue de la mise en place du ou des comités sociaux et économiques. Le premier de ces textes légaux confère compétence à un accord collectif (impérativement) majoritaire, dès lors qu'un délégué syndical a été désigné, pour procéder à cette détermination. Quant au second article, il énonce qu'*en l'absence* d'un tel accord⁶², l'employeur fixe unilatéralement 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. Comment penser cette articulation ? Fallait-il reconnaître la faculté pour l'employeur d'opter librement entre l'engagement d'une négociation sur ces sujets ou, sous réserve de se conformer au cadre définitionnel de l'établissement distinct posé par la loi, une décision unilatérale ? Convenait-il, au contraire, d'instaurer un ordre de priorité, afin de favoriser la voie négociée ? Non seulement la Cour de cassation a choisi cette seconde solution, mais elle l'a enserrée dans une conception forte du dialogue social. Ainsi affirme-t-elle que « ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts »⁶³. Soutenir que cette analyse résulterait d'une interprétation de la lettre de la loi serait un peu court – d'autant qu'elle méconnaîtrait, au passage, la complexité de l'interprétation en droit. L'expression « *en l'absence d'accord* » ouvrirait sur un choix interprétatif. Ce choix, la Chambre sociale l'a fait, non pas l'œil rivé sur les mots utilisés par le législateur, mais avec la conscience de ce qu'à travers l'interprétation de ces textes se jouait un agencement entre norme

⁵⁸ V, not. : Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-18080, affirmant 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 par celle-ci ». Et antérieurement : Cass. soc. 10 oct. 2007, n° 06-42721 ; *Bull. civ. V*, n° 156 ; Cass. soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069 ; *Bull. civ. V*, n° 305.

⁵⁹ A ce propos, v. les observations de : G. Auzero, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁶⁰ Cass. soc. 28 fév. 2018, n° 17-60112 ; *Bull. civ. V*, n° 30 : « l'employeur est tenu de rechercher avec toutes les organisations syndicales intéressées au sens de [l'article L. 2314-3 du code du travail – dans la version applicable au litige] un accord sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories, ainsi que sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, et que son refus de négocier avec une organisation syndicale intéressé au sens de cette disposition entraîne en lui-même l'annulation des élections ».

⁶¹ Sur cette discussion : F. Géa, « Le licenciement comme objet de dialogue social », *Dr. soc.* 2015, p. 1003 et s.

⁶² Ou, lorsqu'aucun délégué syndical n'a été désigné, en l'absence d'accord entre l'employeur et le comité social et économique, au sens de l'article L. 2313-3.

⁶³ Cass. soc. 17 avril 2019, n° 18-22948. Arrêt « PBRI ».

négoziée et décision unilatérale de l'employeur. En conférant, à ce sujet, une primauté à l'accord collectif, la Cour de cassation n'a-t-elle pas entendu tirer signification (et conséquence) du modèle de dialogue social qu'invoquaient les promoteurs de la réforme de 2017, dont ces textes sont issus ? Là résident, à notre avis, les raisons de ce choix interprétatif, lequel, de nouveau, se révèle politique, en ce sens qu'il s'adosse sur une certaine représentation (du dialogue social, voire du droit du travail). Si les prémisses de cette conception se repéraient déjà dans un arrêt rendu en 2014⁶⁴, celle-ci n'est pas non plus étrangère à la différenciation consacrée par les arrêts du 27 janvier 2015, entre les avantages catégoriels instaurés par voie de conventions ou accords collectifs signés par des syndicats représentatifs et ceux émanant d'une décision unilatérale de l'employeur⁶⁵. Cette ligne se renouvelle néanmoins ici, en se dotant d'une incontestable force subversive. Imaginons par exemple, même si cela ne semble pas à l'ordre du jour, que le Conseil d'Etat se l'approprie et interprète à travers ce prisme l'article L. 1233-24-4 du Code du travail – qui débute, quant à lui, par l'expression « *à défaut d'accord* »⁶⁶: la grille de lecture préconisée par l'administration (et, à vrai dire, peu discutée) consistant à admettre qu'en matière d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), l'employeur est libre de choisir d'ouvrir ou non une négociation, et de privilégier d'emblée la voie unilatérale (avec consultation du CSE)⁶⁷, s'en trouverait littéralement renversée. L'analyse retenue par la Cour de cassation, dans son arrêt *Omnitrans*, se révèle, au demeurant, d'autant plus audacieuse que la faculté pour l'employeur de déterminer seul le nombre et le périmètre des établissements distincts est subordonnée à une « tentative loyale de négociation ». Ainsi voit-on ressurgir, par la bordure, l'exigence de loyauté dans la négociation sur un terrain distinct de celui où elle se déploie habituellement, puisqu'il s'agit de signifier que la tentative de négocier avec des organisations syndicales représentatives doit être sérieuse, sincère, et qu'elle ne saurait dès lors s'apparenter à un simulacre⁶⁸. Sans quoi la décision unilatérale de l'employeur sera susceptible d'être annulée par le juge judiciaire. C'est dire que, pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'idée de dialogue social fait – et doit faire – sens.

Justement, n'y aurait-il pas là une déclinaison de l'idée selon laquelle le sens se constitue *dans* et *par* le dialogue⁶⁹ ? Telle est l'hypothèse que nous nous autoriserons à formuler. Le terme dialogue, rappelons-le, réfère, sous l'angle de son étymologie, à une interaction, celle-là même que lui assigne le suffixe *dia-* (et non pas *di-*), lequel signifie « à travers », « entre ». Nul doute que cette conception pourrait potentiellement ouvrir, en matière de négociation collective, sur des horizons nouveaux. Vaine quête, objectera-t-on, au regard du déséquilibre entre les parties à la négociation collective. C'est à voir... A une telle critique répond, par exemple, la théorie (« polyphonique ») forgée par notre collègue québécois André Bélanger, pour qui le contrat est

⁶⁴ Cass. soc. 14 juin 2014, n° 13-10301 ; *Bull. civ.* V, n° 155, rendu à propos de l'ancien article L. 2243-3 dans sa version applicable au litige, et estimant que la décision unilatérale par laquelle l'employeur a mis en place un repos compensateur de remplacement devient caduque lorsqu'un délégué syndical est désigné dans l'entreprise, au motif qu'une telle désignation a pour effet d'assujettir l'entreprise à la négociation annuelle obligatoire.

⁶⁵ V. *supra*, I, A.

⁶⁶ L'expression « *en l'absence d'accord* » est, en revanche, utilisée à l'article L. 1233-57-3, s'agissant du contrôle d'homologation du document unilatéral de l'employeur.

⁶⁷ Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, Fiche n° 1, p. 2.

⁶⁸ En l'espèce, aucune négociation n'avait été engagée par l'employeur, et celui-ci avait décidé seul de l'existence d'un établissement unique au sein de l'entreprise. Il n'y avait pas eu une diversion ou manœuvre de sa part.

⁶⁹ Sur la constitution dialogique du sens : F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, coll. Varenne, L.G.D.J., 2009, T. II, vol. 2, spéc. n° 757, p. 1978 et s.

constitué de plusieurs voix qu'il appartient à l'interprète de faire entendre⁷⁰. Qui sait si, demain, cette théorie n'aura pas vocation à se déployer à propos des accords collectifs ?

Ainsi le sujet dévoile-t-il le *paradoxe* qui se loge en son sein : 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 sinueux 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*.

(Janvier 2020)

⁷⁰ A. Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats. Propositions exploratoires*, coll. Diké, PU Laval, Québec, 2014, p. 97 et s.