1149

L'articulation de la loi avec les accords collectifs

Point de vue

Jérôme Daniel,
avocat associé, Eunomie Avocats



En matière de droit social, plus qu'ailleurs, l'exercice du pouvoir normatif est partagé. L'action du législateur est concurrencée par celle des acteurs privés, employeurs et syndicats de salariés. Le surcroît de légitimité octroyé aux partenaires sociaux et d'autorité conféré aux normes négociées par le législateur participent de la volonté affichée d'aller vers un renforcement supplémentaire du rôle normatif des partenaires sociaux. Un subtil équilibre se dessine au sein d'un couple normatif d'une terrible modernité.

1 - Duo normatif et moderne. – « Duo normatif. Norme publique, norme privée... » [1] Les deux contribuent à la détermination des règles appelées à gouverner les relations individuelles et collectives de travail. Comme les couples modernes, ils acceptent de tout partager, mais revendiquent dans le même temps leur part d'autonomie. Ensemble, mais autonomes... À l'instar des aventuriers de la conjugalité moderne, loi et accords collectifs se contorsionnent pour vivre à deux, chacun, pour soi.

2 - Débat. – À la suite du rapport *Combrexelle* sur le dialogue social et l'emploi, la ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social a en apparence tranché. Cela sera « moins de loi et plus d'accord collectif » [2]. « La mécanique enclenchée se nourrit de sa propre dynamique et devrait conduire logiquement à la réduction de la place laissée à la norme publique. » [3] Rien n'est moins sûr. Les normes négociées, demain comme aujourd'hui, s'inscriront toujours dans un ordre juridique structurant. Ordre juridique structurant, parfois étouffant, sans qu'il soit permis d'en faire forcément le reproche au seul législateur.

1. Point de vue : « l'alternative : loi ou accord collectif »

3 - Confrontation. – De toute évidence, la norme négociée ne souffre pas que de sa confrontation aux dispositions du Code du travail. Au regard des espoirs placés dans le développement de la négociation collective, on ne peut que regretter une forme de juridictionnalisation dont les organisations syndicales et professionnelles portent la responsabilité principale dès lors que le juge ne peut s'autosaisir [4]. En matière de négociation collective, le recours au juge

1. *B. Teyssié, Droit du travail : de la norme légale à la norme conventionnelle : Revue de droit d'Assas (RDA), n° 10, févr. 2015.*
2. L'agencement qu'entend instaurer le projet de loi « Travail » situe la négociation collective entre des dispositions légales qui, pour les unes, expriment les règles d'ordre public et, pour les autres, instaurent des normes supplétives. Lors de son audition, le lundi 4 avril 2016, par la commission des Affaires économiques de l'Assemblée, la ministre du Travail a tenu à apporter quelques précisions aux députés : « Si la question est de savoir si la hiérarchie des normes est inversée, ma réponse est clairement non. Cela fait longtemps, au moins depuis 1982, que la loi réserve un domaine propre à la négociation collective. Cela ne veut pas dire qu'un accord prévaut sur la loi, mais simplement que dans certains domaines, le législateur estime que ce sont les acteurs sociaux les plus à même de définir les règles ». « Ma loi accroît la place donnée à l'accord, mais il ne devient pas supérieur à la loi. Ma loi continue à déterminer des règles d'ordre public auxquelles aucun accord ne peut déroger et dans le cas où il n'y a pas d'accord, c'est bien la loi qui détermine les règles supplétives qui s'appliqueront ».
3. *B. Teyssié, Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail : JCP S 2015, 1326*
4. *J.-D. Combrexelle, rapport, La négociation collective, le travail et l'emploi, sept. 2015, p. 35* : « À la décharge du juge qui ne s'autosaisit pas, il faut constater que la différence entre la France et d'autres pays est moins dans le contrôle et la nature du contrôle juridictionnel sur les accords collectifs que dans la circonstance que les accords sont plus qu'ailleurs l'objet de recours contentieux formés par des acteurs traditionnels de la négociation. Ceux-ci essaient parfois d'instrumentaliser le juge dans des conflits syndicaux ou professionnels. La responsabilité de la juridictionnalisation de la négociation collective incombe d'abord à ceux qui saisissent le juge. À la différence d'autres pays dont la culture est anglo-saxonne et pour lesquels le contrat (le « deal ») est sacré, cette juridictionnalisation traduit le fait que les acteurs mêmes de la négociation considèrent que l'État, et surtout le juge,

devrait pourtant rester exceptionnel [5], à tout le moins être cantonné, a *minima* dans le temps [6]. Lorsque le juge est saisi, l'intéressé devrait user de ses attributions juridictionnelles avec délicatesse. Ce n'est pas toujours le cas.

4 - Reflux législatif. – La promotion de l'accord collectif et, ainsi comprise, de la norme négociée implique probablement la mise en retrait du juge à son égard. Avec le recul du temps, force est d'observer que tout s'est passé comme si le reflux législatif opéré au profit de la négociation collective avait besoin d'être compensé par un contrôle accru du juge sur le contenu des stipulations des accords collectifs. De manière parfaitement symptomatique, ce contrôle accru a été illustré, y compris dans les domaines où le législateur était peu actif, voire totalement absent.

5 - Accords de droit syndical. – Le contentieux des accords collectifs relatifs au droit syndical, dont la pratique est l'occasion d'appréhender la difficulté d'apprécier le caractère plus favorable de telle ou telle clause par rapport à la loi ou le poids de l'ordre public absolu, est particulièrement intéressant car il offre aussi quelques illustrations de la montée en puissance de l'encadrement judiciaire des débordements de l'autonomie collective.

6 - Compromis-compromission. – Longtemps il a été admis, sur le fondement de la liberté contractuelle, qu'un accord collectif, classiquement considéré comme l'affaire des seuls signataires, pouvait leur réserver le bénéfice de ses dispositions. Les clauses d'avantages réservés avaient pour intérêt de donner du poids à la signature et d'éviter les postures démagogiques visant à jouer l'opposition tout en revendiquant « l'avantage » du compromis.

7 - Distinction. – Sur la base d'une ancienne et subtile distinction entre la partie normative (applicable à tous les salariés) et la partie contractuelle (dont l'objet était de déterminer les droits des syndicats et qui ne liaient que les seuls syndicats signataires ou adhérents) de la convention collective, le poids du contrôle judiciaire a été renforcé en deux grandes étapes, marquées du sceau des principes d'égalité entre syndicats et de liberté syndicale [7].

8 - Dassault-Cegelec. – La Cour de cassation a d'abord affirmé dans l'arrêt *Avions Marcel Dassault* du 20 novembre 1991 que « si la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent, les dispositions conventionnelles à caractère normatif, visant à améliorer les institutions représentatives du personnel, sont applicables de plein droit à tous les syndicats et salariés, sans distinction » [8]. La position fut par la suite plus tranchante encore. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Cegelec* du 29 mai 2001, a affirmé que « les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises ou les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention ou l'accord collectif et ceux qui n'ont pas signé la convention ou l'accord ou qui n'y ont pas adhéré » [9].

9 - Innovation conventionnelle. – Il n'est pas toujours facile d'innover ou d'inventer par la voie conventionnelle, même pour ceux qui, à la pointe dans l'économie digitale, souhaiteraient le faire pour répondre aux limites de l'intervention législative. L'exercice devient périlleux lorsque les principes constitutionnels s'en mêlent [10].

10 - Inspiration digitale. – Le développement du numérique et ses conséquences sur le travail [11] est un domaine encore peu ou pas régulé par le législateur, où la négociation collective devrait pouvoir trouver un champ privilégié d'application. Force est d'observer que même dans le silence du Code du travail, les partenaires sociaux sont frileux et peinent à défendre leur autonomie. Appelés à répondre aux besoins exprimés par les praticiens en quête de repères normatifs dans un monde économique changeant, les partenaires sociaux sont bien souvent rattrapés par le législateur. Ainsi, l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail a été annonciateur de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 qui a cru devoir légitimer le télétravail en le faisant entrer dans le Code du travail. L'accord national interprofessionnel sur la qualité de vie au travail (QVT) du 19 juin 2013 a également montré la voie à suivre au législateur. Les exemples

peuvent être saisis comme un arbitre ultime lorsque le contenu de l'accord ne leur paraît pas satisfaisant ».

5. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 72* : « Pour autant, l'accord collectif n'est pas une zone de non-droit et il va de soi que le droit au recours contentieux est ouvert à toute personne ou organisation intéressée. Ce recours doit, en revanche, être organisé de façon à ce que cette source de droit réponde à l'exigence de sécurité juridique. Or il existe un certain flou en la matière. Dès lors que l'accord collectif est un acte créateur de normes juridiques, à l'instar d'un acte règlementaire pris par les pouvoirs publics, les règles qui lui sont applicables doivent s'inspirer du régime des actes règlementaires notamment en ce qui concerne les règles contentieuses. Le dépôt des accords de branches à la DGT et la déclaration des accords d'entreprise aux DIRECCTE seraient accompagnés d'une procédure de publicité vis-à-vis des tiers. Ces formalités seraient de nature à faire courir un délai de deux mois opposable à l'action directe visant à contester devant le tribunal de grande instance la validité de l'accord. Au-delà, l'invalidité de telle ou telle clause de l'accord ne pourrait être invoquée devant le juge que par la voie de l'exception d'illégalité, à l'occasion d'un litige particulier, et à la condition que les moyens ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature. On pourrait envisager également que le juge puisse laisser un délai de régularisation pour une clause d'un accord, au regard des effets d'une annulation qui aurait des conséquences manifestement excessives ».
6. Doit être saluée la proposition n° 21 du « rapport *Combrexelle* » visant à l'« encadrement dans le temps des conditions de recours judiciaire contre les accords collectifs avec application de règles inspirées du contentieux des actes règlementaires. ».
7. *G. Auzero, Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel, thèse Bordeaux, 1997. – G. Borenfreund, La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel : Dr. soc. 1992, p. 893. – J.-M. Verdier, Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical* in *études H. Sinay : éd. Peterlang, 1994, p. 69.*
8. *Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-20.039 : JurisData n° 1991-003672 ; Bull. civ. 1991, V, n° 522 ; Dr. soc. 1992, p. 53, rapport P. Waquet.*
9. *Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-23.078 : JurisData n° 2001-009801 ; Bull. civ. 2001, V, n° 185 ; Dr. soc. 2001, p. 823, obs. G. Borenfreund ; D. 2002, p. 34, note F. Petit ; Dr. ouvrier 2001, p. 360, note M.-F. Bied-Charreton ; Y. Chalaron, Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise* in *mélanges M. Despax, p. 477. – Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-23.078 : JurisData n° 2001-009801 ; Bull. civ. 2001, V, n° 185 ; RJS 2001, n° 1042.*
10. Un accord collectif ne peut pas réserver aux seuls syndicats représentatifs l'accès aux moyens de communication permettant la diffusion d'informations syndicales. Ces moyens, par exemple l'accès à un Intranet, doivent bénéficier à tous les syndicats ayant créé une section syndicale *(Cass. soc., 21 sept. 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247 : JurisData n° 2011-019361 ; Bull. civ. 2011, V n° 193 ; JCP S 2011, act. 359, obs. L. Dauxerre. – Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 11-14.292 : JurisData n° 2012-000196 ; Bull. civ. 2012, V, n° 16 ; JCP S 2012, 1154, note Y. Pagnerre ; RJS 2012, n° 274. – Cass. soc. 23 mai 2012, n° 11-14.930 : JurisData n° 2012-010788 ; Bull. civ. 2012, V, n° 159 ; JCP S 2012, 1298, note F. Petit ; RJS 2012, n° 723).* Si une convention collective peut favoriser l'exercice du droit syndical dans les entreprises en prévoyant, en complément des dispositions du Code du travail, notamment de son article L. 2142-10, la possibilité pour les sections syndicales d'organiser, en dehors des horaires de travail, des réunions susceptibles d'être ouvertes à l'ensemble du personnel, elle ne peut limiter leur bénéfice aux seules sections syndicales des organisations représentatives sans porter atteinte au principe d'égalité. Par ailleurs, la clause limitant la diffusion des publications et tracts syndicaux sur les lieux de travail aux délégués des syndicats représentatifs restreint les droits syndicaux que les représentants des salariés tiennent de l'article L. 2142-4 du Code du travail. La contestation de la validité de la convention sur ce point est donc également fondée *(CE, 1er juin 2015, n° 369914 : RJS 2015, n° 651).*
11. *B. Mettling, rapport, Transformation numérique et vie au travail, sept. 2015.*

de ce curieux phénomène de loi négociée se sont multipliés au fil du temps.

11 - A.C.T.E.S. – Le développement des « accords sur les conditions et le temps de travail, l'emploi et les salaires » devrait être d'autant plus fort que l'espace est vaste et que les territoires ignorés par le Code du travail sont étendus. Pourtant, la pratique du contentieux conventionnel, collectif ou individuel, prouve que même lorsque le législateur est silencieux, le fruit de l'autonomie collective est pressé.

12 - Perturbation constitutionnelle. – La mobilisation judiciaire des principes n'a pas manqué, à des degrés divers [12], de perturber la vie conventionnelle. Du droit à la santé ou au repos au principe d'égalité, les partenaires sociaux n'ont qu'à bien se tenir.

13 - Polémiques jurisprudentielles. – Les solutions jurisprudentielles les plus polémiques de ces dernières années ont toutes été initiées par des organisations syndicales, promptes à faire du recours au juge le prolongement normal d'une négociation non satisfaisante. De cette observation naît une réflexion visant à se demander si les partenaires sociaux ne sont pas eux-mêmes un frein au développement de la négociation. Un travail de fond sur les acteurs du dialogue social s'impose. Il sera probablement long, trop long pour répondre aux impératifs d'une économie mondialisée.

14 - Juge acteur de la négociation. – Du fait de l'importance du contentieux associé à l'application des accords collectifs, le juge judiciaire est un acteur à part entière de la négociation collective et de l'appréciation de son résultat sous forme de norme négociée. En pratique, l'appréciation par le juge judiciaire de l'accord collectif passe par plusieurs canaux complémentaires : d'abord, par un contrôle de la légalité des dispositions conventionnelles qui permet aux juges d'assurer le respect des normes situées à un niveau supérieur, et veiller à la licéité du contenu des accords collectifs [13] ; ensuite, au travers de l'interprétation de leurs dispositions, par laquelle est aussi opéré discrètement le contrôle de légalité. De fait, l'interprétation des conventions et accords collectifs se réalise par une « lecture » du texte négocié à l'aune des dispositions législatives, le cas échéant réinterprétées à la lumière des principes constitutionnels identifiés [14] et, plus largement, des textes avec lesquels il interagit.

15 - Solutions alternatives. – En pratique, les textes négociés sont le résultat de délicats compromis et se nouent parfois à la faveur d'ambiguïtés, en même temps qu'ils peuvent donner prise à des stratégies à la limite de la loyauté. En outre, les négociateurs se heurtent quelquefois, à l'heure de se transformer en rédacteurs, aux limites de leurs compétences techniques. Dans ce contexte, les occasions d'en découdre judiciairement sont légions. Or, l'épanouissement des accords collectifs requiert une sérénité que seule peut lui offrir l'amiable interprétation. De manière générale, afin d'éviter l'insécurité résultant de la contestation judiciaire systématique, doivent être encouragés et développés les mécanismes de résolution amiable des litiges liés à l'application et à l'interprétation de l'accord. [15]

16 - Insécurité juridique. – Le frein au développement de la négociation collective résultant d'une « totale insécurité juridique avec un très fort aléa contentieux quels que soient les accords signés, y compris ceux réputés favorables aux salariés » [16], est évident.

17 - Forfait-jours. – Il n'est plus besoin de souligner les effets déstabilisants des nombreux arrêts censurant les accords sur le « forfait-jours » des cadres autonomes, la Cour de cassation se montrant particulièrement pointilleuse depuis son arrêt fondateur du 29 juin 2011 en matière de contrôle des dispositions conventionnelles relatives aux forfaits jours au motif que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles » et que « les États membres de l'Union européenne ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur » [17].

18 - Annulations en cascade. – En quelques années, la Cour de cassation a annulé les stipulations de nombreuses conventions de branche étendues souvent complétées par des accords d'entreprise eux-mêmes bousculés, ouvrant la voie à d'innombrables contentieux individuels en cascade.

19 - Du juge à la loi. – La Cour de cassation a fini par prendre conscience du problème [18]. Appelé à la rescousse, le législateur, au travers du projet de loi visant, entre autres, à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises, devrait tenter d'apporter remède à l'insécurité juridique ainsi créée. Par le biais d'une évolution du contenu obligatoire de l'accord collectif intégrant les apports de la jurisprudence, le projet de loi « Travail » précise ainsi les conditions de fond du forfait annuel en jours et ouvre la possibilité au chef d'entreprise, pour le passé, de garantir la mise en œuvre d'accords collectifs réputés invalides [19]. Il n'est plus qu'à espérer que le législateur fasse son travail jusqu'au bout.

20 - Violence du compromis. – À l'évidence, la France n'a pas une culture de la négociation et du compromis. « S'il fallait prendre un seul exemple de cette absence de culture de la négociation caractérisant notre pays c'est celui de la confrontation de la négociation avec un principe qui va bien au-delà du droit et qui est profondément ancré dans notre société et notre culture : le principe d'égalité » [20]. Le propos mériterait d'être élargi en direction de bien d'autres principes qui sont autant de limites à l'épanouissement de l'autonomie collective. C'est aussi pour cette raison que les grands principes sont tant appréciés. Ils permettent aisément de fonder les postures les plus radicales et d'affirmer son bon droit, y compris dans la violence.

21 - Dérives contentieuses. – L'insécurité juridique est d'autant plus grande que les recours contentieux sont effectués sur le fondement de normes générales au contenu indéterminé, principes consti-

12. « Ne méconnait pas le principe constitutionnel d'égalité la disposition d'un accord collectif, plus favorable que la loi, qui subordonne l'octroi d'avantages à des syndicats à une condition de représentativité » *(Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.410 : JurisData n° 2010-016568 ; JCP S 2010, 1499, note B. Gauriau)*. En revanche « porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité entre organisations syndicales l'accord collectif qui subordonne la diffusion des communications syndicales à une condition de représentativité » *(Cass. soc., 21 sept. 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, préc. note 10)*.

13. La soumission de l'accord collectif au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis n'est pas nouvelle et a été plus particulièrement illustrée à l'occasion du contentieux sur les forfaits-jours *(Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 15-12.417 : JurisData n° 2015-016766. – Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-23.078 : JurisData n° 2001-009801 ; Bull. civ. 2001, V, n° 185 ; D. 2002, p. 34, note F. Petit ; Dr. soc. 2001, p. 821, note G. Borenfreund*).

14. *Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891 : JurisData n° 2015-001609.*

15. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4*, p. 67 : « La question de l'interprétation des accords, notamment par le juge, est une grande source de difficulté et d'insécurité juridique. Dans des conditions encadrées par la loi, dans la ligne du dernier rapport de la Cour de cassation, il pourrait être demandé soit aux accords eux-mêmes soit aux accords de méthode de fixer les modalités d'interprétation, par les signataires, des accords et de donner à cette interprétation une valeur identique à celle de l'accord qui s'imposerait au juge sous réserve de l'ordre public ».

16. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 39.*

17. *Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 : JurisData n° 2011-012756 ; JCP S 2011, 1333, étude M. Morand ; RJS 2011 n° 696.*

18. C. Cass., rapport annuel 2014, p. 77 : « Si les conditions de validité d'une convention collective prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours transparaissent assez clairement des décisions rendues, il n'en reste pas moins que la norme juridique applicable, exprimée de manière prétorienne et dans le cadre d'une appréciation le plus souvent négative, n'est sans doute pas suffisamment lisible pour les justiciables et notamment les partenaires sociaux, directement concernés par l'application de cette jurisprudence ».

19. *F. Favennec-Héry, Réforme de la durée du travail : bouleversement, adaptation ou rupture ? : Semaine sociale Lamy 2016, n° 1714, p. 7.*

20. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 41.*

tutionnels en tête, ayant pour intérêt de fournir des ressources inépuisables, en termes d'argumentation, aux juges et aux justiciables [21].

22 - Principes et autonomie collective. – Même abandonnés par la loi, les accords collectifs ne seront jamais vraiment seuls, entourés qu'ils sont de grands principes. La Cour de cassation a une vision très extensive de la portée juridique des principes constitutionnels comme des normes supranationales, dont les conventions de l'OIT, qui ont longtemps été mobilisées uniquement pour freiner les ardeurs des négociateurs ou permettre à leurs opposants de bénéficier des fruits de la négociation, sans avoir à supporter le poids de l'engagement.

23 - Évolution de la jurisprudence sur le principe d'égalité. – « L'application du principe d'égalité par le juge, judiciaire ou administratif, est apparue particulièrement déstabilisante pour la négociation, dont l'un des objets est, par nature, de faire des différenciations » [22]. De ce point de vue, il est d'autant plus important de saluer l'amorce d'un processus visant enfin à exploiter le potentiel du « principe de participation », consacré à l'alinéa 8 du préambule de 1946, pour promouvoir la négociation collective et répondre aux assauts dirigés contre le contenu des accords collectifs librement négociés [23].

24 - L'exemple des avantages catégoriels. – La Cour de cassation, à l'occasion de plusieurs arrêts du 27 janvier 2015, a significativement fait évoluer sa jurisprudence sur les différences d'avantages établies entre catégories professionnelles en ouvrant largement le champ de la justification par voie d'accord collectif. La Cour a reconnu la spécificité de l'accord collectif par rapport à l'acte unilatéral de l'employeur en conférant une présomption de légalité, au regard du principe d'égalité, aux accords collectifs.

25 - Repli du contrôle judiciaire. – La Cour de cassation ne remet pas totalement en cause le principe du contrôle du juge sur la légitimité des différenciations catégorielles ; elle en limite néanmoins très significativement la portée lorsqu'elles ont une origine conventionnelle. Le principe d'égalité de traitement continue à s'appliquer aux conventions et accords collectifs de travail. Toutefois les différences de traitement entre catégories professionnelles sont présumées justifiées au regard du principe d'égalité dès lors qu'elles résultent d'un texte conventionnel signé par des organisations syndicales représentatives [24].

26 - Présomption de justification. – En introduisant une présomption de justification des avantages négociés, directement issue de la légitimité des partenaires sociaux pour veiller à la défense des droits des salariés, la Cour de cassation fait dorénavant peser sur le demandeur la charge de la preuve d'une atteinte au principe d'égalité.

27 - Contrôle allégé. – Saisis d'actions revendicatives concernant le bénéfice d'avantages réservés à une catégorie professionnelle à laquelle les demandeurs n'appartiennent pas, les juges du fond doivent se contenter de vérifier si les différences catégorielles sont, ou non, « étrangères à toute considération de nature professionnelle ». En plus de la charge de la preuve, les magistrats ont également redéfini « l'objet » de cette preuve. C'est désormais à celui qui en conteste le bien-fondé de démontrer que les différences de traitement entre catégories professionnelles sont étrangères « à toute considération de nature professionnelle ». Cette nouvelle approche permet de réduire considérablement l'insécurité juridique car il ne suffit plus au salarié de revendiquer l'existence d'avantages différents pour déclencher le contrôle a *posteriori* du juge et mettre à mal, le cas échéant, l'édifice conventionnel.

28 - Principe de participation. – À comprendre la Cour de cassation, la convention ou l'accord collectif est intrinsèquement légitime parce qu'il est négocié et signé par des organisations syndicales représentatives en charge de la défense des droits et intérêts des salariés et habilitées à contribuer à la production normative. Fruit de la négociation fondée sur le principe constitutionnel de participation, la convention ou l'accord collectif n'a pas à être justifié dans son contenu, y compris lorsqu'il comporte des différences de traitement entre catégories professionnelles. À cette promotion de la portée constitutionnelle du droit de la négociation collective, la Cour de cassation pose quelques limites de nature à démontrer qu'elle n'entend pas abandonner tout contrôle en la matière.

29 - Repli légalisé. – Malgré son revirement du 27 janvier 2015, la Cour de cassation n'a pas abandonné le principe de son contrôle sur les avantages conventionnels, quel que soit le niveau de négociation. Elle fonde sa présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle sur le fait que les conventions et accords collectifs 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 » ; elle établit à cette occasion une parenté avec le cadre législatif puisque sont principalement en cause des catégories ayant un support légal [25]. Agissant par délégation de la loi, les négociateurs sociaux doivent disposer, dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur [26].

30 - Modulation de la portée du contrôle judiciaire. – La différence de traitement n'est donc plus suspecte en tant que telle, à charge pour celui qui l'a instaurée de donner des gages de son bien-fondé. Elle ne le demeure que lorsqu'elle est façonnée unilatéralement par l'employeur ; elle est alors soumise à un contrôle renforcé. [27]

21. *J. Daniel* in *La sécurité juridique en droit du travail, dir. F. Favennec-Héry : LexisNexis 2014, p. 5 et s.*

22. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 24.*

23. *I. Odoul-Asorey, La négociation collective, confortée par le principe de participation ? : Dr. soc. 2015, p. 987.*

24. La Cour de cassation a précisé que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, 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, 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 » (communiqué relatif à l'arrêt n° 120 de la chambre sociale du 27 janvier 2015, n° 13-22.179).

25. Le communiqué publié par la Cour de cassation en même temps que l'arrêt du 27 janvier 2015 précise que « le principe d'égalité de traitement reste donc applicable aux conventions et accords collectifs de travail, mais les différences de traitement entre catégories professionnelles, à tout le moins entre les catégories qui ont un support légal et entre lesquelles le législateur lui-même opère des différences, sont présumées justifiées ».

26. Les avantages catégoriels, qu'ils résultent de la loi ou d'un accord collectif, sont présumés objectivement causés quand, ayant une autre origine, ils doivent être précisément justifiés. Comme le confirme l'un des arrêts du 27 janvier 2015 *(Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-17.622 : JurisData n° 2015-001041)*, la présomption de justification n'est pas applicable lorsque la différence de traitement entre catégories professionnelles résulte d'un engagement unilatéral de l'employeur, et non d'un texte conventionnel. Dans ce cas, l'employeur doit toujours pouvoir la justifier par des raisons objectives et pertinentes, conformément à la jurisprudence inaugurée par un arrêt du 20 février 2008 *(Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601 : JurisData n° 2008-042839 ; JCP S 2008, 1305, note D. Everaert-Dumont ; RJS 2008, n° 512)*.

27. Les juges de cassation le précisent dans un autre arrêt rendu le même jour, jugeant que « pour l'attribution d'un avantage particulier, une différence de statut juridique entre des salariés placés dans une situation comparable au regard dudit avantage ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité de traitement » et qu'il « appartient à l'employeur de démontrer que la différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage litigieux repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence » *(Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-17.622, préc. note 26)*.

31 - Incitation. – Cette position souligne le traitement dégradé dont souffre le pouvoir patronal, et avec lui la liberté d'entreprendre, lorsqu'il prétend s'exercer unilatéralement. Cette position est une véritable incitation à privilégier la négociation. Si, jusqu'alors, norme négociée et décision unilatérale étaient situées sur le même plan, sous la forme de modes décisionnels alternatifs (décision négociée et décision unilatérale), le supplément de légitimité reconnu à la première induit un profond renversement de perspective.

32 - Hésitation. – Toutes les distinctions opérées par les partenaires sociaux ne sont pas soumises au même traitement de faveur. Même lorsqu'elles sont organisées par voie conventionnelle, les différences de traitement peuvent être mises en cause. Malgré le recadrage jurisprudentiel observé concernant les distinctions catégorielles d'origine conventionnelle, les hésitations demeurent.

33 - Distinctions géographiques. – Ainsi, s'agissant des différences opérées par voie conventionnelle entre salariés d'établissements distincts, continue de s'appliquer un contrôle de justification renforcé à l'égal du contrôle pesant sur les normes unilatérales. Indifférente à la source de la différenciation, la Cour de cassation a eu l'occasion de décider, s'agissant de l'attribution d'un avantage reconnu par un accord collectif, un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur, qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, à moins qu'elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence [28].

34 - Changement d'employeur. – La Cour de cassation a précisé que la seule application d'un accord collectif organisant le maintien de contrats de travail en cas de changement de prestataire ne peut constituer une raison objective propre à justifier une différence de traitement entre les salariés repris, conservant des avantages antérieurs, et les autres salariés du nouveau titulaire du marché dont la situation est comparable mais qui en sont privés [29]. Il faut en effet distinguer, selon la Cour de cassation, cette situation de celle où le changement d'employeur résulte de la seule application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En ce cas, la différence de traitement créée par le maintien, au bénéfice des seuls salariés repris, d'avantages dont ils jouissaient au service du précédent employeur trouve sa justification dans la seule application de la loi [30]. Elle est alors admissible. En revanche, lorsque le transfert du contrat de travail résulte d'un accord collectif, les avantages maintenus au bénéfice des salariés repris en exécution d'un tel accord doivent aussi profiter à tous les autres salariés de l'entreprise accomplissant le même travail dans les mêmes conditions. Il ne peut en être autrement que si la faveur accordée aux seuls salariés repris a pour objet de compenser un préjudice qui leur est spécifique [31].

35 - Faveur pour la norme négociée. – Il n'est pas illégitime que soit consacrée, dans le discours jurisprudentiel, une faveur pour la norme négociée. Il faut rechercher la souplesse pour favoriser un tissu conventionnel dynamique et en finir avec un égalitarisme aveugle. Il est essentiel d'aller plus loin dans cette direction visant finalement à réduire le contrôle du juge à la mesure de la liberté devant être reconnue aux partenaires sociaux pour que puisse s'épanouir la négociation collective.

36 - Intérêt de l'entreprise – Intérêt général. – Seulement amorcée à ce stade, la mise en retrait du juge vis-à-vis de l'accord collectif, injustement dénoncée comme s'il s'agissait de le faire disparaître, doit être encouragée pour pouvoir surmonter les critiques qui déjà fleurissent [32] et laisser aux partenaires sociaux le droit de s'exprimer par le jeu de la négociation collective. Le principe de participation qui fonde le droit de la négociation collective justifie de permettre à la norme qui en découle de procéder à des arbitrages au nom de l'intérêt de l'entreprise. Il en va peut-être même de l'intérêt général [33].

2. Point de vue : « l'alliance : la loi et l'accord collectif »

37 - Accords contraints. – Le paradoxe est français. Le constat a été dressé. « Plus qu'aucun autre de ses voisins notre pays renvoie à la négociation collective et exige dans le même souffle des règles étatiques d'une extrême précision contenues dans les multiples articles du Code » [34]. Accords de mobilité interne *(C. trav. art. L. 2242-17 et s.)* ou accords de maintien de l'emploi *(C. trav., art. L. 5125-1 à L. 5125-7)* prévus par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, retouchés pour ces derniers par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 [35], offrent des illustrations de ces accords collectifs qui, enfermés dans un carcan législatif, peinent à s'épanouir en dépit d'un potentiel certain.

38 - Épanouissement limité. – Ces accords illustrent surtout les limites de l'épanouissement de la négociation collective lorsque le besoin de sécurité juridique, bien plus que le besoin de simplification, n'est pas satisfait. Ici encore, il ne s'agit pas de jeter la pierre au seul législateur, visiblement animé de louables intentions à l'heure de retranscrire les termes de l'ANI du 11 janvier 2013. Toutefois, l'emploi de quelques formules malheureuses est propice à l'épanouissement de stratégies judiciaires assez désagréables pour les parties ayant eu le courage de négocier sur le difficile sujet de l'emploi. Parce qu'il n'est pas facile en ces temps de crise de s'engager sur l'emploi, il convient de saluer d'autant plus fort la réussite de la loi du 14 juin 2013 sur le licenciement pour motif économique et les plans de sauvegarde de l'emploi.

39 - Contrôle différencié. – Les délais de procédure non maîtrisés et l'affluence des contentieux, dans le cadre de stratégies parfaitement dilatoires, étaient, lors des restructurations, à la source d'une insécurité juridique évidente. Il faut donc saluer la force du dialogue social dans la conduite des restructurations [36]. Les PSE sont désormais très majoritairement négociés dans toutes les entreprises, quelle que soit

28. *Cass. soc., 14 nov. 2012, n° 11-22.644 : JurisData n° 2012-026099 ; RJS 2013, n° 164.*

29. *Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 13-26.788 : JurisData n° 2015-020539 ; JCP S 2015, 1440, note A. Barège ; RJS 2015, n° 753.*

30. Le juge a admis une différence entre salariés en place et nouveaux embauchés dans le cas du maintien d'avantages individuels acquis, pour ces mêmes avantages, consécutif à la mise en cause de dispositions conventionnelles au sens de l'article L. 2261-4 du Code du travail, ce maintien ayant pour objet de compenser le préjudice des salariés du fait de cette remise en cause de dispositions conventionnelles *(Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-42.128 : JurisData n° 2007-040153 ; JCP S 2007, 1910, note J.-F. Cesaro, 2e esp.)*. Le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord *(Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041 : JurisData n° 2007-041788 ; JCP S 2008, 1191, note G. Vachet)*.

31. De la même façon, il est regrettable que la date d'embauche, avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif, ne puisse pas suffire à justifier des différences de traitement entre salariés dans l'application de cet accord *(Cass. soc., 9 déc. 2009, n° 08-42.801. – Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666 : JurisData n° 2011-004233 ; JCP S 2011, 1243, note J.-F. Cesaro)*.

32. *F. Géa, Le juge et l'accord collectif : quels changements ? : Semaine sociale Lamy 2016, n° 1717, p. 5.*

33. *B. Teyssié, Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail : JCP S 2015, 1326.*

34. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 16.*

35. L'article 287 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a aménagé le régime des accords de maintien de l'emploi sur un certain nombre de points : durée portée de 2 à 5 ans, nécessité d'établir un bilan d'application, conditions de suspension de l'accord, information du salarié, cause du licenciement *(C. trav., art. L. 5125-2)*.

36. *A.-L. Francis, La force du dialogue social dans la conduite des restructurations : JCP S 2016, 1094.*

leur taille. Ils sont beaucoup plus « sécurisés » pour les entreprises. Le taux de recours devant les tribunaux est faible, de l'ordre de 8 % devant le tribunal administratif contre 25 % devant le tribunal de grande instance avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013 [37]. Le taux de recours est de 5 % concernant les PSE mis en œuvre à la suite d'un accord majoritaire. S'engager sur la voie unilatérale, ou s'engager sur la voie de la négociation, l'employeur est libre de son choix. Il n'aura qu'à assumer le poids d'un contrôle différencié de la part de l'Administration.

40 - Dialogue social administré. – La modulation de la portée du contrôle opéré par l'Administration, selon la solution choisie, est le reflet de la volonté du législateur de renforcer un dialogue social administré. Au regard de l'incitation, il n'est pas étonnant de constater que les employeurs, volontiers pragmatiques, sont à l'origine d'une dynamique de négociation forte. Certains seraient prêts à beaucoup d'efforts pour garantir la signature d'accords soumis à la validation. Les efforts à produire pour parvenir à l'accord étant parfois déraisonnables, les employeurs déterminés opteront pour la voie unilatérale, quitte à se remettre à la table des négociations après avoir obtenu l'homologation de leur document unilatéral pour s'éviter les affres du contentieux administratif.

41 - Sanction. – Incités à négocier, les employeurs n'ont pas toujours le choix [38]. Il est parfois impératif de le faire pour répondre à ce qui peut alors apparaître comme une pure contrainte administrative, sous la menace de pénalités financières dissuasives [39]. A chaque fois le mécanisme est le même, les entreprises entrant dans le champ d'application des dispositifs en cause s'exposent au versement d'une pénalité si elles ne sont pas couvertes par un accord collectif ou un plan d'action. De curieuses variantes existent toutefois d'un dispositif à l'autre. Ainsi, le dispositif contrat de génération allie menace de pénalité et perspective d'aides, selon l'effectif de l'entreprise. Le caractère dirigé de la négociation laisse une place relativement réduite à l'expression de l'autonomie collective. La traduction bien française de ce dirigisme étatique est l'instauration d'une procédure de rescrit depuis le 1er janvier 2016 permettant à un employeur de demander à l'administration du travail une prise de position formelle quant à la conformité de son accord ou de son plan d'action égalité [40].

La contrainte est parfois encore plus forte en la forme de poursuites pour entrave désagréables et coûteuses. Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier sur les trois blocs identifiés par la loi Rebsamen du 17 août 2015, demeure puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros *(C. trav., art. L. 2243-1 et L. 2243-2)*.

42 - Saturation du dialogue social. – Il existe de toute évidence un phénomène de saturation du dialogue social par des obligations successives de négocier que la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social tend à réduire sans toutefois l'estomper. La seule observation des toujours aussi nombreuses thématiques soumises à l'obligation périodique de négocier ne suffit pas à se rejouir du trompe l'œil créé par l'émergence de trois blocs. « Plus le législateur insiste sur la négociation plus elle apparaît comme une obligation formelle pour les entreprises. » [41] La multiplication des obligations et la diversité des sanctions sont autant d'illustrations de ce qui, analysé depuis l'étranger, peut apparaître comme du domaine des contraintes dissuasives à l'heure de choisir son pays d'installation [42].

43 - Mécanisme de conditionnalité. – À défaut de conviction, il demeure impératif de s'engager sur la voie de la négociation avec application et « loyauté ». Au pays où la sanction n'est jamais loin, même l'URSSAF pourra s'en mêler et demander des comptes. L'application de certains dispositifs d'allégement de charges sociales patronales est subordonnée à un mécanisme de conditionnalité consistant à réduire le montant de l'allégement en cas de non-respect par l'employeur de son obligation annuelle de négociation sur les salaires effectifs [43]. Même aménagé par la loi du 17 août 2015 afin de tenir compte des nouvelles règles de négociation qui permettent de modifier par accord majoritaire « sous condition » [44] la périodicité des négociations dans l'entreprise, dont celle sur les salaires effectifs [45], le mécanisme de conditionnalité demeure imparfait [46]. Au pays où l'autonomie est encadrée, même l'échec des négociations est administré. L'employeur se doit d'établir un procès-verbal de désaccord, constatant notamment un engagement sérieux et loyal des négociations [47], au risque de suites désagréables.

44 - Dérogations au repos dominical. – Exercice contraignant, la négociation est un passage encore obligé pour qui prétend déroger sur un fondement géographique au principe du repos dominical. L'accès à la dérogation permanente de droit, donc sans autorisation administrative préalable, suppose un accord dont le contenu est assez

37. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 31.*

38. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 26* : « Parfois l'État, à son niveau central, intervient de façon pressante sur la négociation d'entreprise. Un exemple peut en être donné lorsque l'État a demandé en 2009 aux entreprises de plus de 1000 salariés de négocier des accords sur le stress. L'originalité du dispositif reposait sur le fait que l'État s'était inscrit dans une logique de « droit souple » puisque les entreprises visées faisaient l'objet, en fonction de l'état de leur négociation sur le sujet, d'un régime rendu public de « feux vert, orange ou rouge ». ».

39. Les objectifs et les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes *(C. trav., art. L. 2242-9 et R. 2242-2 à R 2242-8)* ; la prévention de la pénibilité *(C. trav., art. R. 4163-5 à R. 4163-8)* ; le contrat de génération *(C. trav., art. L. 5121-14 et R. 5121-33 à R. 5121-35)*.

40. L'ordonnance n° 2015-1628 du 10 décembre 2015 a pour objet de renforcer les garanties applicables aux porteurs de projet et de leur assurer un environnement plus sécurisé du point de vue des normes applicables. En matière de droit du travail, elle instaure deux nouvelles procédures de rescrit : la première, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, permet aux entreprises de 50 salariés ou plus de demander à l'administration du travail une prise de position formelle sur la conformité de leur accord, ou plan d'action *(C. trav., art. L. 2242-9-1)* ; la seconde permettra à l'entreprise de s'assurer du respect de son obligation d'emploi des travailleurs handicapés *(C. trav., art. L. 5212-5-1*, créé dans un souci de contrôle préventif, afin de permettre à l'entreprise de s'assurer du respect de son obligation d'emploi et de se prémunir contre la sanction prévue à l'article L. 5212-12. L'employeur qui n'a pas satisfait à son obligation d'emploi doit au Trésor public une pénalité dont le montant est égal à celui de la contribution due à l'Agefiph, majoré de 25 %*)*. Grâce à la procédure de rescrit, les entreprises concernées sont censées pouvoir se prémunir, pour un temps limité, de la sanction administrative d'un manquement à leurs obligations légales ou réglementaires.

41. *J.-D. Combrexelle, rapport préc. note 4, p. 33.*

42. *B. Teyssié, Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail : JCP S 2015, 1326.*

43. *L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008.* Ce mécanisme de conditionnalité touche notamment la réduction générale des cotisations patronales de sécurité sociale *(CSS, art. L. 241-13)*, l'exonération de cotisations patronales de sécurité sociale en cas d'embauche dans une zone de revitalisation rurale *(CSS, art. L. 131-4-2)*, l'exonération pour les employeurs de Saint-Pierre-et-Miquelon *(CSS, art. L. 752-3-1)*.

44. La possibilité d'augmenter la périodicité de la négociation obligatoire est réservée aux seules entreprises qui ont conclu un accord collectif sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou, à défaut, qui ont mis en place un plan d'action consacré à ce thème *(C. trav., art. L. 2242-20)*.

45. S'agissant de la seule négociation sur les salaires, si un accord en modifie la périodicité, une organisation signataire peut, au cours de la période fixée par l'accord, demander à ce que cette négociation soit engagée. L'employeur doit alors y faire droit sans délai *(C. trav., art. L. 2242-20, al. 2)*.

46. Les entreprises assujetties à l'obligation d'engager chaque année une négociation sur les salaires effectifs ne respectant pas cette obligation supportent une pénalité dont le montant est fonction des exonérations de cotisations sociales éligibles à la réduction générale *(C. trav., art. L. 2242-5-1)*.

47. *Circ. n° DSS/5C/DGT/2011/92, 7 mars 2011 : BO Sécurité sociale n° 4-11.*

fortement orienté par le législateur *(C. trav., art. L. 3132-24 à L. 3132-25-6)*.

45 - Absence d'alternative. – À défaut de régime supplétif et en l'absence de voie alternative à la négociation dès lors qu'est présent un délégué syndical [48], il n'est pas facile de parvenir à la signature d'accords sur un sujet où les positions peuvent être très marquées. Il est dommage en ce domaine que l'accès direct à la dérogation ne puisse pas se faire, en cas d'échec des négociations, par d'autres voies, qu'elles soient référendaires ou unilatérales. L'accord collectif étant une étape clef pour parvenir au résultat escompté, et un résultat vide de contenu n'étant pas satisfaisant en la matière au regard des prescriptions législatives, des pratiques pourraient surgir qui permettraient alors aux détracteurs de l'autonomie collective de partager le point de vue de Marcellus, officier au service d'Hamlet [49].

Mots-Clés : *Sources - Sources du droit du travail - Articulation de la loi avec les accords collectifs*

JurisClasseur : *Travail Traité, Fasc. 1-10, par Laurent Drai*

48. Pour bénéficier de la faculté de donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel, les établissements situés dans les zones touristiques internationales, les zones touristiques et commerciales et les gares doivent être couverts soit par un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, soit par un accord conclu à un niveau territorial, soit, à défaut de délégué syndical, par un accord conclu avec un ou plusieurs élus du personnel expressément mandatés par un ou plusieurs syndicats de salariés représentatifs dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par un ou plusieurs syndicats de salariés représentatifs au niveau national et interprofessionnel, ou, à défaut de représentants élus du personnel, avec un ou plusieurs salariés mandatés à cet effet par ces mêmes organisations. Dans ce cas, l'accord doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans des conditions qu'il détermine.

49. « *Quelque chose est pourri dans l'État de Danemark* » ! *Acte I, Scène IV*.