



HAL
open science

L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du travail : l'exemple du forfait-jours

Sullyvan Delamotte

► **To cite this version:**

Sullyvan Delamotte. L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du travail : l'exemple du forfait-jours. Droit. Université Bourgogne Franche-Comté, 2023. Français. NNT : 2023UBFCF002 . tel-04353851

HAL Id: tel-04353851

<https://theses.hal.science/tel-04353851v1>

Submitted on 19 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE DE DOCTORAT DE L'ÉTABLISSEMENT UNIVERSITÉ BOURGOGNE FRANCHE-COMTÉ

UFR Droit et Sciences Économique et Politique de Dijon

École doctorale n° 593

DGEP (Droit, Gestion, Économie et Politique)

Doctorat de droit privé et sciences criminelles

Par

Sullyvan DELAMOTTE

**L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du
travail : l'exemple du forfait-jours**

Thèse présentée et soutenue à Dijon, le 15 juin 2023

Composition du Jury :

Monsieur Paul-Henri ANTONMATTEI	Professeur agrégé à l'Université de Montpellier	Président, Rapporteur
Monsieur Xavier AUMERAN	Professeur agrégé à l'Université des Antilles	Rapporteur
Monsieur Benoît GÉNIAUT	Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté	Examineur
Monsieur David JACOTOT	Professeur à l'Université de Bourgogne	Directeur de thèse

Titre : L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du travail : l'exemple du forfait-jours.

Mots clés : Insécurité juridique, Sécurité juridique, Norme conventionnelle, Accord collectif, Droit du travail, Forfait-jours, Législateur, Juge, Individu, Pluralisme juridique.

Résumé : La norme conventionnelle en droit du travail a la particularité de mettre au cœur de sa création les partenaires sociaux dont leur rôle s'accroît au fil des évolutions législatives. Néanmoins, il peut exister un manque de précision de la part du législateur, lequel se trouve alors comblé par la jurisprudence. Même si ce travail prétorien est salubre, il intervient malheureusement après l'application de la norme invalidée, créant des situations complexes et parfois coûteuses tant pour les salariés que pour les employeurs. L'exemple des conventions de forfait annuel en jours est particulièrement évocateur. Ce dispositif créé en 2000 pour pallier la réduction du temps de travail a connu de nombreux précédents jurisprudentiels du fait d'un manque de précision de la phrase « garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ». Loin d'être le seul exemple, l'étude de la sécurité juridique de la norme conventionnelle, de ses évolutions et influences, notamment par l'application des théories sur le pluralisme juridique, permet une meilleure compréhension des mécanismes à l'œuvre ainsi qu'un renforcement de la sécurité de la norme conventionnelle.

Title: The legal insecurity of conventional norm in labor law: the example of day-rate agreements.

Keywords: Legal insecurity, Legal security, Conventional norms, Collective agreement, Labor law, Day-rate agreements, Legislator, Judge, Individual, Legal pluralism.

Abstract: The conventional norm in labor law has the particularity of putting social partners in the middle of its elaboration, whose role increases with every legislative development. Nevertheless, legislation can lack in accuracy finding itself completed by the jurisprudence. Even if this judicial work is welcome, it regrettably intervenes only after the application of an invalidated norm. This generates complex situations that are sometimes costly, both for the employer as for the employee. The example of yearly day-rate agreements is particularly revealing. This mechanism, created in 2000 to compensate the reduction in working hours, has known many jurisprudential precedents due to the lack of clarification regarding the sentence: "guaranteeing the respect of maximum working hours, as well as daily and weekly breaks". Far from being the only example, the study of the legal insecurity of the conventional norm, its evolutions, and influences, especially through the application of theories on legal pluralism, allow a better understanding of the mechanisms used as well as a reinforcement of the security of the conventional norm.

Les opinions exprimées dans cette thèse sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Bourgogne.

REMERCIEMENTS

Nombreuses sont les personnes qui mériteraient de figurer ici. Tout d'abord, je tiens à remercier tout particulièrement mon directeur de thèse, Monsieur David Jacotot, pour ses précieux conseils, son soutien et sa confiance tout au long de la rédaction.

Je souhaite également remercier l'Université de Bourgogne, l'école doctorale DGEP et le laboratoire CREDIMI ainsi que l'ensemble de leurs membres pour leur appui. J'adresse ma reconnaissance à Monsieur Dominique Andolfatto, Madame Clotilde Fortier, Monsieur Sébastien Manciaux, Madame Isabelle Moine-Dupuis et Madame Hélène Tourard.

J'adresse mes remerciements à la SNCF pour avoir permis le financement des premières années de doctorat, notamment Charlotte Mathonnet pour son encadrement initial, Sébastien de Tournemire pour son encadrement final et Jean-Robert Jaubert pour son aide générale.

Je tiens aussi à remercier l'ensemble de mes proches, amis et famille, pour leur accompagnement et soutien – plus ou moins – indéfectible. Plus spécialement, merci à Colombe, sans qui ce travail n'aurait jamais pu être achevé, pour avoir toujours cru en moi ; merci à David, binôme essentiel, pour ses conseils et sa sympathie choisie.

Enfin, comme dit précédemment, nombreuses sont les personnes qui mériteraient leur mention. C'est pourquoi je tiens à remercier toutes celles et tous ceux qui ont su, inconsciemment ou non, faire avancer ma réflexion et m'ont aidé à mener à bout ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

JURIDICTIONS

Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
CA	Cour d'appel
Cass. ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Cour de cassation, chambres civiles
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel

PUBLICATIONS

<i>AJDA</i>	L'actualité juridique droit administratif
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>BJT</i>	Bulletin Joly travail
<i>BOCC</i>	Bulletin officiel des conventions collectives
<i>BOTTEFP</i>	Bulletin officiel du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Cah. CHATEFP</i>	Les cahiers du Comité d'histoire des administrations chargées du travail de l'emploi et de la formation professionnelle
<i>Cah. Cons. Const.</i>	Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
<i>Cah. CSE</i>	Les cahiers du CSE
<i>Cah. DRH</i>	Les cahiers du DRH
<i>Cah. de la justice</i>	Les cahiers de la justice

<i>Cah. soc.</i>	Les cahiers sociaux du barreau de Paris
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. actualité</i>	Dalloz actualité
<i>Dr. ouvr.</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit Social Dalloz
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCl.</i>	Jurisclasseur
<i>JCP E</i>	La Semaine Juridique, édition Entreprise
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique, édition Générale
<i>JCP S</i>	La Semaine Juridique, édition Social
<i>JDE</i>	Journal de droit européen
<i>JEDH</i>	Journal européen des droits de l'homme
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
<i>RD Publ.</i>	Revue du droit public
<i>RDC</i>	Revue de droit des contrats
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>RFD Const.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Sem. soc. Lamy</i>	Semaine sociale Lamy

CODES ET TEXTES

<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. trav.</i>	Code du travail
<i>COJ</i>	Code de l'organisation judiciaire

Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CSS	Code de la sécurité sociale

AUTRES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ANACT	Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail
ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
Art.	Article
C/	Contre
CE	Comité d'entreprise
Cf.	Se référer à
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Contra	Opinion contraire
CPF	Compte personnel de formation
CSE	Comité social et économique
CSSCT	Commission santé, sécurité et conditions de travail
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC	Décision du Conseil constitutionnel
DP	Délégués du personnel
Dir.	Direction
Éd.	Édition

Égal.	Également
EUD	Éditions universitaires de Dijon
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
Ibid.	Au même endroit
In	Dans
Infra	Ci-dessous
IRP	Institutions représentatives du personnel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
Op. cit.	Déjà cité
P.	Page
PP.	Pages
Préc.	Précédent
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Réc.	Récemment
RPS	Risques psychosociaux
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
S.	Suivant(e)s
Spéc.	Spécialement
Suppl.	Supplément
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : L'INSECURITE JURIDIQUE MODULEE PAR LE LEGISLATEUR.....	23
TITRE PREMIER : L'EMANCIPATION DE L'ACCORD COLLECTIF.....	24
<i>Chapitre premier : Une redéfinition progressive du rapport entre la loi et l'accord collectif.....</i>	<i>25</i>
<i>Chapitre second : Le rôle normatif central conféré à l'accord collectif d'entreprise.....</i>	<i>51</i>
TITRE SECOND : LA SECURISATION JURIDIQUE DE L'ACCORD COLLECTIF	101
<i>Chapitre premier : La sécurisation par la légitimité.....</i>	<i>103</i>
<i>Chapitre second : La sécurisation par la stabilité.....</i>	<i>149</i>
SECONDE PARTIE : L'INSECURITE JURIDIQUE MODULEE PAR LE JUGE	191
TITRE PREMIER : LE JUGE, REVELATEUR DE L'INSECURITE JURIDIQUE	193
<i>Chapitre premier : Le contrôle judiciaire du forfait-jours, illustration de l'insécurité juridique révélée par le juge</i>	<i>194</i>
<i>Chapitre second : L'interprétation judiciaire génératrice d'insécurité juridique.....</i>	<i>245</i>
TITRE SECOND : LE JUGE, INTERMEDIAIRE ENTRE LES ESPACES NORMATIFS	281
<i>Chapitre premier : Le pluralisme juridique au service d'une nouvelle approche de l'insécurité juridique</i>	<i>283</i>
<i>Chapitre second : L'insécurité juridique nuancée par la communication entre l'espace normatif conventionnel et les autres espaces normatifs</i>	<i>312</i>
CONCLUSION GENERALE.....	345
BIBLIOGRAPHIE	347
INDEX	373
TABLE DES MATIERES.....	377

INTRODUCTION

1. L'insécurité juridique, perçue comme un « poison »¹, un « virus »², semble être un mal à éviter. En effet, la sécurité, vue comme l'état exempt de souci ou d'inquiétude³, est une valeur de tous temps recherchée par les sociétés. Il s'agit de la « situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques »⁴. D'abord essentiellement liée à la sécurité physique, elle a investi le droit au point qu'aujourd'hui la sécurité juridique est vue comme l'un des « marqueurs pertinents de la réalité d'un État de droit et donc de l'attractivité d'un pays ou d'un système »⁵. Alors que certains voient en elle un « principe » de notre droit⁶, la sécurité juridique n'est pas, à l'heure actuelle, officiellement reconnue comme telle. La sécurité juridique possède toutefois une valeur juridique certaine dont la teneur est nuancée. À défaut d'être un principe⁷, il est communément admis que cette notion est un objectif à atteindre. La nuance est importante : alors qu'un principe doit être respecté, l'objectif peut être simplement recherché⁸.

Cette qualification d'« objectif » permet à la sécurité juridique d'être largement utilisée. Elle est omniprésente ; certains parlent d'« obsession »⁹, d'un besoin « animal »¹⁰. Voire, « on serait [même] tenté de dire immédiatement qu'en réalité, le droit, c'est la sécurité

¹ P. Morvan, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique », *Dr. soc.* 2006, p. 707.

² M. Morand, « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », *JCP S* 2015, 1024.

³ Sécurité est issu du latin *securus*, *sine cura* signifiant sans souci.

⁴ « Sécurité », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

⁵ Discours du Procureur de la Cour de cassation, rapport 2014.

⁶ B. Mathieu, « La sécurité juridique ; un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 301 ; B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° HS p. 151 ; M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *ibid.* 1996, p. 178.

⁷ La notion même de principe est polysémique. Sur ce point, v. A. Jeammaud, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 617. V. égal. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, thèse, Dalloz, 2009, spéc. pp. 7 et s., ainsi que pp. 21 et s. V. aussi P. Morvan, *Le principe de droit privé*, thèse, LGDJ, 1999.

⁸ Si l'on devait faire un rapprochement avec l'obligation de sécurité de l'employeur, le principe est une obligation de résultat et l'objectif une obligation de moyen.

⁹ Y. Leroy, « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.*, 2018, p. 784.

¹⁰ J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998, p. 194.

ou c'est rien »¹¹. La sécurité juridique est une notion si commune, presque familière, que chacun peut se l'approprier ; elle est de ces notions universelles qui, en raison de leur universalité, perdent leur singularité. Dès lors, bien que beaucoup en parlent et l'invoquent, tous ne s'accordent pas sur le véritable objectif de la sécurité juridique¹² : les destinataires d'une norme peuvent le mobiliser pour maintenir l'état antérieur du droit, en même temps que les réformateurs l'invoquent pour en justifier l'évolution.

2. À ce titre, la sécurité juridique est régulièrement mise en avant dans les réformes du législateur. La réforme du droit des obligations en 2016 affiche ainsi clairement l'objectif « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »¹³. Le droit du travail n'est pas en reste : empreint d'un sentiment l'amenant à être considéré comme « l'un des champs disciplinaires où l'insécurité règne en maître »¹⁴ de sorte que le l'objectif de sécurité juridique en constitue la « pierre angulaire »¹⁵, la sécurité juridique est explicitement invoquée dans les dernières réformes importantes en la matière : loi Rebsamen en 2015¹⁶, loi El Khomri en 2016¹⁷, ordonnances Macron en 2017¹⁸. Largement mobilisée comme objectif à atteindre, la sécurité juridique n'est pourtant pas définie.

¹¹ B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° HS p. 151. Et d'ajouter que « la sécurité est sans nul doute une des finalités du droit, et ce doit être plus précisément, d'un point de vue fonctionnel, parmi ses premières qualités ».

¹² Pour une présentation détaillée du « principe » de sécurité juridique, notamment d'un point de vue administratif, v. M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, p. 178.

¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

¹⁴ B. Teyssié, « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 703.

¹⁵ T. Sachs, « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *Dr. soc.* 2015, p. 1019.

¹⁶ Étude d'impact de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, pp. 111 à 113.

¹⁷ Étude d'impact de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, not. pp. 103 et 137.

¹⁸ L'une de ces dernières est on ne peut plus directe : « L'ordonnance qui vous est présentée s'inscrit dans le projet global de transformation du code du travail, destiné à libérer les énergies et offrir de véritables protections aux salariés, par la négociation avec les salariés et leurs représentants et la sécurité juridique attendue » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 32). C'est en ces termes qu'est présentée l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 dans le rapport au Président de la République. Cette ordonnance met notamment en place un barème applicable aux licenciements sans cause réelle et sérieuse (Codifié à l'article L. 1235-3 C. trav. V. infra et l'arrêt rendu à la suite d'une importante divergence jurisprudentielle : Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247 et n° 21-14.490,

3. Malgré sa mise en exergue fréquente et sa mobilisation par le Conseil d'État dans sa décision *KPMG* de 2006¹⁹, le « principe » de sécurité juridique n'est pas reconnu comme étant de valeur constitutionnelle²⁰. Il n'est d'ailleurs expressément reconnu dans aucun texte légal ou réglementaire étatique²¹. Toutefois, l'« objectif » de sécurité juridique n'en demeure pas moins un point central régulièrement invoqué et recherché. Mais que recouvre cette « sécurité juridique » tant invoquée ?

Pour comprendre l'objectif de sécurité juridique recherché dans les réformes de droit du travail, il est nécessaire de connaître les idées qu'il englobe. De caractère protéiforme (§1), la sécurité juridique se décompose en différents « sous-objectifs », lesquels sont repris par le législateur pour conforter ses réformes.

4. Plus spécifiquement, l'objectif de sécurité juridique fréquemment mis en avant dans les révisions du droit du travail a pour origine de nombreux rapports rendus au cours des vingt dernières années. L'un des derniers ayant motivé les réformes de 2016 à 2018, le rapport Combrexelle²², ne déroge pas à ce point. Sur l'appui de ceux-ci, les dernières réformes en droit du travail ont conforté la place grandissante que les précédentes lois et ordonnances avaient conféré à l'accord collectif²³, en particulier celui conclu au niveau de l'entreprise²⁴ : la norme conventionnelle tend à devenir l'outil privilégié par le législateur pour renforcer la sécurité juridique en droit du travail. Or, si l'objectif affiché est celui de

publiés au bulletin : *D. actu.* 16 mai 2022, obs. L. Malfettes ; *AJDA* 2022, p. 1001, tribune F. Melleray ; *D.* 2022, p. 952 ; *ibid.*, p. 1088, entretien P. Lokiec ; *ibid.*, p. 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *Dr. soc.* 2022, p. 473, tribune C. Radé ; *RTD civ.* 2022, p. 575, obs. P. Deumier ; *ibid.*, p. 861, obs. F. Marchadier ; *JCP S* 2022, 1151, note G. Loiseau ; *RDT* 2022, p. 361, note C. Wolmark ; *Sem. soc. Lamy* 2022, n° 2000, note J. Icard), envisagé explicitement dans un objectif de sécurité juridique grâce à une prévisibilité accrue (V. not. F. Favennec-Héry, « Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail », *JCP S* 2017, 1309. V. égal. P.-H. Antonmattei, « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1781, p. 3 ; J. Mouly, « Les indemnisations en matière de licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 10).

¹⁹ CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460, publié au recueil Lebon.

²⁰ Rappelé notamment par la Cour de cassation à l'occasion d'une QPC sur le délai d'un mois fixé à l'employeur pour reclasser ou licencier le salarié déclaré inapte par le médecin du travail : Cass. soc., 5 octobre 2011, n° 11-40.053.

²¹ Il a d'ailleurs été mis en avant qu'une telle reconnaissance serait finalement contreproductive en raison de la difficulté pour détourner ce que recouvrirait une telle notion : V. A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, Chron. p. 2814.

²² J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015.

²³ Étendant aux infractions commises à l'égard des stipulations conventionnelles prises « en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée » les mêmes « sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause » (art. L. 2263-1 C. trav.). V. L. Gamet, « Le droit pénal conventionnel », *Dr. soc.* 2023, p. 239.

²⁴ V. infra.

gagner en sécurité juridique et que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre consistent à recourir plus largement à l'accord collectif de travail, alors ce dernier semble perçu comme un vecteur de sécurité juridique en raison de ses origines (§2).

Symbole de tout un pan du droit, l'accord collectif se démarque par son dualisme²⁵ d'« âme réglementaire dans un corps contractuel »²⁶ : d'un côté contrat, il est le résultat d'une négociation entre partenaires sociaux – organisations patronales, employeurs, organisations syndicales, salariés ; de l'autre côté règlement, il s'applique à des individus qui n'ont pas participé à son élaboration. Sa proximité avec ses destinataires et son adaptabilité ont su séduire les réformateurs, faisant de l'accord collectif le moyen privilégié pour mettre en œuvre les évolutions du droit du travail, notamment lors du passage aux 35 heures. Le nombre d'accords collectifs signés en application de cette importante réforme démontre le succès de celle-ci et du recours à la norme conventionnelle. Grâce à une personnalisation du droit, la norme est mieux adaptée aux attentes de ses destinataires et mieux maîtrisée, permettant, théoriquement, le respect des sous-objectifs de la sécurité juridique. L'accord collectif paraît être la norme idéale, source d'une réelle sécurité juridique. Cependant, cette importante réforme sur la durée du travail a fragilisé la norme conventionnelle.

5. Ce que l'on a appelé les lois « Aubry »²⁷ ont redéfini le temps de travail et laissé le soin aux partenaires sociaux des branches et des entreprises de traduire la réforme à leur niveau de négociation²⁸. Dans cette optique, le forfait-jours nouvellement créé pour les cadres dont la durée du travail ne pouvait être prédéterminée devait être mis en place par accord collectif. Le dispositif a eu un succès notoire, au moins auprès des branches professionnelles. Ce succès n'a pas empêché qu'il soit fragilisé une dizaine d'années après sa création par une jurisprudence particulièrement stricte dans le contrôle des accords collectifs conduisant à l'invalidation de nombreux accords. Une telle action a eu d'importantes

²⁵ P. Durand, *Le Dualisme de la convention collective de travail*, thèse, Sirey, 1939.

²⁶ F. Carnelutti, cité par M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995, p. 171.

²⁷ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry), *JORF* n° 136 du 14 juin 1998, texte n° 100. Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi Aubry II), *JORF* n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 2.

²⁸ Certains auteurs ont relevé que la négociation collective apparaissait comme « le mode de régulation "miracle", permettant de concilier des objectifs par nature inconciliables » (M.-A. Moreau, « Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail, *RJS* 4/00, chron.).

conséquences sur les relations de travail qui se sont parfois retrouvées sans fondement juridique, certains employeurs assumant le coût de l'invalidation d'une norme conventionnelle qu'ils n'avaient pas négociée. L'accord collectif peut alors apparaître comme un vecteur d'insécurité juridique (§3).

§1. LE CARACTERE PROTEIFORME DE LA SECURITE JURIDIQUE

6. L'objectif de sécurité juridique d'une norme est un objectif général. Il peut être découpé en plusieurs « sous-objectifs » autonomes : la clarté (A), la stabilité (B) et la prévisibilité (C).

A. LA CLARTE

7. Pour certains, l'un des piliers de la sécurité juridique est la clarté²⁹. Il s'agit de l'essence même du droit « classique » où le moins de mots devaient être utilisés pour parvenir à une formulation épurée, mais parfaitement claire et compréhensible : elle doit être intelligible. Le but ici est de disposer d'une norme qui puisse être comprise, connue et correctement appliquée par le plus grand nombre d'individus, et ce de manière uniforme.

Il est vrai que l'adage latin « *interpretatio cessat in claris* » rappelle que l'interprétation s'arrête lorsque le texte est clair. D'ailleurs, l'objectif lorsqu'un créateur de norme en édicte une, est que cette norme soit appliquée telle qu'il le souhaite. Par conséquent disposer d'une norme claire évite les mauvaises interprétations, et donc les mauvaises applications de la norme. L'évolution de la rédaction des décisions de justice³⁰, à l'opposé de la rédaction la plus synthétique possible, participe à ce besoin de clarté, notamment en raison de la plus grande publicité des décisions, plus accessibles aux non-juristes.

Cet objectif de clarté, sous objectif de la sécurité juridique, est suffisamment important pour que le Conseil constitutionnel lui reconnaisse une existence autonome, lui

²⁹ R. Vander Elst, « Justice et sécurité juridique », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, rassemblés par G. Haarscher et L. Ingber, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 19.

³⁰ La motivation des arrêts de la Cour de cassation – tout comme ceux du Conseil d'État – tend à se renforcer pour une meilleure compréhension du raisonnement ayant conduit à la décision. Sur ce point, v. F. Guiomard, « Exercice de style à la chambre sociale. Deuxième partie », *RDT* 2019, p. 433 ; O. Dufour, « Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2019, n° 14, p. 5. Certains auteurs voient dans la motivation une réponse « à une exigence d'acceptabilité sociale visant à obtenir une « adhésion raisonnée » des destinataires de la décision » (G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.* 2018, p. 126). V. égal. F. Zenati-Castaing, « La jurisprudence révélée », *RTD civ.* 2023, p. 1, ainsi que B. Mathieu, « La Cour de cassation et l'art de la rhétorique », *ibid.*, p. 45.

accolant l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi³¹. La norme doit donc être claire, intelligible et accessible.

8. Cependant, l'évolution du droit ne tend pas vers une plus grande simplicité ; au contraire : les textes sont toujours plus nombreux, avec une qualité rédactionnelle amoindrie³², un recours aux renvois plus important et une codification rendant la compréhension difficile³³. Les textes, pris individuellement, peuvent être clairs, intelligibles et accessibles, mais souffrir d'une cohérence générale limitée³⁴. La réforme de 2008 ayant recodifié le Code du travail à droit constant³⁵ a tenté de clarifier les dispositions de ce code³⁶.

Pourtant, à l'opposé, vouloir simplifier le droit peut l'amener à perdre en qualité³⁷ et donc tomber dans d'autres travers. La première difficulté pour atteindre l'objectif de sécurité juridique est donc de parvenir à élaborer une norme suffisamment claire pour être correctement comprise du plus grand nombre sans être trop simple. Néanmoins, disposer d'une norme claire peut s'avérer insuffisant si elle ne connaît pas un minimum de stabilité.

B. LA STABILITE

9. La stabilité d'une norme comme sous-objectif de sécurité juridique découle du principe de confiance légitime³⁸. Il s'agit d'une confiance que peuvent légitimement attendre

³¹ Cons. const., 28 avril 2005, Décision n° 2005-514 DC, cons. 14.

³² Défaut encore récemment relevé par J.-P. Feldman, « L'inflation normative et la complexité du droit », *D.* 2022, p. 1145. Pour une vision plus nuancée, v. A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cah. Cons. Const.* 2007, n° 21, p. 75.

³³ Le Code général des impôts fourmille d'exemples tels que, au hasard, l'article 39 quinquies FC, l'article 238 septies E, ou encore l'article 199 terdecies-0 C.

³⁴ Comme le souligne Madame Anne-Laure Valembois, « les textes s'additionnent plus qu'ils ne se remplacent si bien qu'ils s'entrecoupent, se contredisent, s'enchevêtrent, se télescopent, s'abrogent ou se modifient de façon plus ou moins tacite » – A.-L. Valembois, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : "je t'aime, moi non plus..." », *Titre VII* 2020, n° 5, p. 1.

³⁵ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *JORF* n° 303 du 31 décembre 2006, texte n° 1, art. 57, I. Sur les réussites – et les échecs – de cette recodification, v. A. Fabre, M. Grévy, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362. V. égal. N. Ferrier, « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », *D.* 2008, p. 2011, où l'auteur met en avant l'apparente incompatibilité entre la nécessité de recodifier pour une meilleure cohérence rédactionnelle avec parfois l'abrogation de certaines dispositions, et le principe d'une recodification à droit constant.

³⁶ Avec plus ou moins de succès, certaines erreurs pouvant se glisser lors de ce travail de clarification.

³⁷ V. N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.

³⁸ A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, LGDJ, 2005, p. 59. V. égal. pp. 231 et s.

les destinataires d'une norme quant à un maintien de la règle dans le temps aussi bien dans sa durée que dans son contenu. C'est cette idée de confiance légitime, et donc de stabilité, qui ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2013³⁹.

Là aussi, le développement des moyens de connaissance de la norme et de ses applications grâce à Légifrance ou au site de la Cour de cassation par exemple, accentue cette attente de confiance légitime⁴⁰. D'ailleurs, certains voient dans le principe de confiance légitime la « concrétisation subjective du principe objectif de sécurité juridique »⁴¹ : si l'individu destinataire de la norme comprend celle-ci et l'applique correctement, il ne veut pas que cette norme disparaisse ou ne change au risque soit de ne pas être au courant de ce changement, soit de ne plus comprendre voire accepter la nouvelle norme.

10. De cette stabilité découle la volonté de diminuer ce que de nombreux auteurs identifient comme une inflation législative. Véritable « maladie du droit »⁴², ivresse du législateur⁴³, elle n'est pas l'apanage des réformes les plus récentes⁴⁴. En droit du travail en particulier, le nombre important de réformes, parfois très rapprochées les unes des autres⁴⁵, conduit l'insécurité juridique à un « degré élevé »⁴⁶. La crise sanitaire apparue en 2020 a

³⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-682 DC du 19 novembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014* : « [le législateur] ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

⁴⁰ V. N. Molfessis, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD civ.* 2000, p. 662.

⁴¹ A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, LGDJ, 2005, p. 236. La qualification de « principe » de sécurité juridique est ici admise.

⁴² D. Soulas de Russel, P. Raimbault, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, Vol. 55, p. 85.

⁴³ Par opposition au souhait de sobriété évoqué par Portalis (J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Le discours et le code*, Litec, 2004, p. XXIII) : « Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois (...) ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation (...) ». V. égal. P.-Y. Verkindt, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.* 2006, p. 720. Seules les lois utiles devraient être élaborer et perdurer le temps où elles répondent à un besoin. Pourtant, encore récemment, 115 lois obsolètes ont été abrogées « pour une meilleure lisibilité du droit » (Loi n° 2022-171 du 14 février 2022 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, *JORF* n° 0038 du 15 février 2022, texte n° 1).

⁴⁴ Déjà Georges Ripert le relevait en 1949 : G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949, pp. 67-72 et p. 155 et s.

⁴⁵ Encore récemment : 2015 avec la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite « Loi Rebsamen » ; 2016 avec la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dite « Loi El Khomri » ; 2017 avec les différentes ordonnances dites « Ordonnances Macron » ; 2018 avec la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

⁴⁶ B. Teyssié, « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 703.

également amené de rapides évolutions avec un nombre élevé d'ordonnances⁴⁷ et un recours aux questions-réponses du gouvernement⁴⁸ dont la confiance accordée par la pratique était particulièrement importante : les destinataires ne s'interrogeaient pas sur la valeur normative ou interprétative du document ; ils l'acceptaient comme norme.

Le recours aux ordonnances, de plus en plus fréquent, surtout en droit du travail où la dernière grande réforme a été conduite ainsi, peut aussi générer une instabilité synonyme d'insécurité juridique. Tel a été le cas à la suite de la recodification à droit constant par ordonnance où des textes ont subi des modifications qui n'auraient pas dû avoir lieu si l'on s'en tient à l'énoncé de la loi d'habilitation : les acteurs du droit du travail accordant une confiance légitime dans le nouveau texte ont pu voir celle-ci fragilisée⁴⁹.

Cette instabilité est délétère car elle impacte également un autre facteur de sécurité juridique : celui de la prévisibilité.

C. LA PREVISIBILITE

11. La prévisibilité consiste en une continuité de la stabilité vue précédemment, à la différence que l'on ne cherche pas à figer en quelque sorte la norme, mais plutôt à contrôler ou anticiper son évolution : la norme évolue, certes, mais on sait comment elle va évoluer. En effet, une trop grande stabilité finit, paradoxalement, par être génératrice d'insécurité juridique. Le droit étant fait pour réguler la société⁵⁰, elle-même en perpétuelle évolution, il est nécessaire qu'il évolue avec elle pour limiter un décalage trop important entre ses dispositions et les situations régies par lui : le droit suit les faits parallèlement à la possibilité qu'il a de les diriger.

Cette recherche d'une maîtrise de l'évolution du droit voit son intérêt grandir depuis quelques années avec les avancées technologiques qui permettent d'envisager la possibilité

⁴⁷ L. Malfettes, « Gestion de crise et droit social : vers un nouveau modèle normatif ? », *RJS* 10/20, p. 677.

⁴⁸ Sur ces normes nouvelles adoptées dans le cadre de l'épidémie, v. G. Loiseau, S. Bloch, « Les techno-normes », *Dr. soc.* 2021, p. 484.

⁴⁹ Cass. soc., 27 janvier 2010, n° 08-44.376 : *Bull. civ.*, V, n° 22 ; *D.* 2010, p. 384, obs. L. Perrin.

⁵⁰ V. J. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 13. V. égal. A. Bailleux et F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* 2013/1 (Vol. 70), p. 25, et J.-G. Belley, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », *Droit et Société*, 1986/4, p. 353. Pour une réflexion complète, v. N. Luhmann, *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale* (traduction par Lukas K. Sosoe), Presses de l'Université Laval, coll. Intersophia, Québec, 2010. V. égal. à propos de l'ouvrage de N. Luhmann : H. Rabault, « Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société* 2014/1 (n° 86), p. 209.

d'une justice prédictive⁵¹. Grâce aux algorithmes il serait alors possible d'anticiper les réformes et les évolutions législatives, mais surtout jurisprudentielles. Ce besoin prend naissance d'un constat : les décisions de justice viennent parfois remettre en cause des situations qui étaient considérées comme acquises depuis des années, et ce, alors même que la partie succombant pensait – à tort – appliquer le droit correctement⁵². Le juge dispose alors d'un pouvoir important et d'une influence certaine sur la sécurité juridique sanctionnant le défaut de clarté, altérant la stabilité de la norme ou déformant celle-ci, parfois sans prévisibilité⁵³.

12. La prévisibilité est le facteur de sécurité juridique essentiellement mis en avant dans les réformes récentes de droit du travail. La fixation d'un barème applicable en cas de licenciement reconnu sans cause réelle et sérieuse en est le parangon. Disposition à l'objectif explicitement affichée⁵⁴ et l'un des apports les plus contestés de la réforme⁵⁵, ce barème a été pensé pour permettre aux parties au contrat de travail de connaître à l'avance, l'un combien il peut espérer percevoir si son licenciement est reconnu dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'autre combien lui coûtera sa décision de mettre fin au contrat en cas de requalification.

⁵¹ V. F. Guérandier, « Réflexions sur la justice prédictive », *Gaz. Pal.* 2018, n° 13, p. 15. V. également. Y. Meneceur, « Quel avenir pour la "justice prédictive" ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G* 2018, doctr. 190. Pour une récente analyse et « un essai de prospective juridique », v. F. Zenati-Castaing, « La jurisprudence révélée », *RTD civ.* 2023, p. 1.

⁵² De nombreuses réflexions ont été menées sur la rétroactivité de la jurisprudence, notamment au début des années 2000 avec le rapport Molfessis. La question de la rétroactivité de la jurisprudence a divisé la doctrine : V. contra V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, I, 130 ; P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit, libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence" », *Dr. soc.* 2005, p. 123). Pour : P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 ; C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988.

⁵³ V. infra.

⁵⁴ Dès le titre de l'ordonnance n° 2017-1387 : « relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ». Rappelé dans le rapport : « Le barème, par la prévisibilité qu'il donne » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail), *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 32.

⁵⁵ Notamment en raison de sa violation présumée de la convention n° 158 de l'OIT. V. G. Loiseau, « Conventiounnalité du barème : le débat est ouvert » *JCP S* 2018, 1367 ; C. Radé, « De la conventiounnalité du barème Macron », *Dr. soc.* 2019, p. 324 ; C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », *Dr. ouvr.* 2017, n° 833, p. 733.

13. Le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse démontre une tendance du droit du travail à évoluer vers une simplification et une maîtrise des risques⁵⁶. La maîtrise de la norme et de son contenu est alors essentielle car elle permet une personnalisation de la sécurité juridique : les auteurs peuvent adapter le contenu à leur besoin, en fonction des situations que la norme va être amenée à régir et prévoir une éventuelle évolution de celle-ci.

Chaque sous-objectif de la sécurité juridique – clarté, stabilité et prévisibilité – permet de forger une norme juridiquement sûre à l'égard de ses destinataires. Par conséquent, l'insécurité juridique survient quand les sous-objectifs de la sécurité juridique ne sont pas atteints.

Pour autant, même la norme la plus claire, stable et prévisible peut être génératrice d'insécurité juridique si elle n'est pas adaptée aux situations qu'elle entend encadrer. C'est pourquoi l'accord collectif tend à se développer : pour permettre une évolution maîtrisée du droit. La loi en droit du travail se voit régulièrement reprocher un défaut d'adaptation⁵⁷, notamment par l'impression d'un manque de réactivité face aux évolutions que peuvent connaître les entreprises ; contrairement à l'accord collectif qui est perçu comme étant la norme la plus adaptée à la régulation des relations de travail et donc dotée d'une sécurité juridique certaine.

§2. L'ACCORD COLLECTIF COMME VECTEUR DE SECURITE JURIDIQUE

14. Le droit évolue continuellement pour répondre aux besoins actuels. Or, les individus recherchent de plus en plus « une réponse claire, immédiate et sûre »⁵⁸. En droit du travail, ce besoin se conjugue avec celui de maîtrise et de proximité de la norme, notamment grâce à l'accord collectif. Cela conduit à considérer le droit du travail comme étant inadapté aux besoins des travailleurs et employeurs, en particulier avec le développement des petites structures. L'exposé des motifs de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social est clair sur ce point⁵⁹.

⁵⁶ Certains auteurs identifient une instrumentalisation du droit, plus particulièrement celle du droit comparé : P. Rémy, « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT* 2020, p. 701.

⁵⁷ V. Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, thèse Nanterre, 2015, p. 151 et s. V. égal. F. Favennec-Héry, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel », *JCP S* 2015, 1237.

⁵⁸ Y. Leroy, « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.* 2018, p. 784.

⁵⁹ Exposé des motifs de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : « Conçu historiquement pour organiser les relations de

15. L'idée d'un droit du travail maîtrisé, adapté aux réalités régies par lui n'est pas nouvelle : par analogie, même si le terme « droit du travail » est impropre, les anciennes corporations de métier ont modelé ses prémices en organisant elles-mêmes les codes et règles applicables à ses membres ainsi que les sanctions prononcées⁶⁰. Pour autant, l'histoire plus récente a fait émerger une nouvelle forme de régulation de la relation de travail⁶¹.

L'industrialisation développée dès le XVIIIème siècle a créé les usines modernes, et avec elles les premières grèves. Or, le droit étatique n'ayant que peu de dispositions spécifiques aux relations de travail, le conflit social a dû se régler autrement : le droit était inadapté. C'est ainsi que sont apparues les normes conventionnelles en droit du travail telles que nous les connaissons aujourd'hui (**A**), avec des avantages régulièrement rappelés, adaptés à la relation de travail (**B**).

A. UNE APPARITION SPONTANEE ET PROGRESSIVE

16. Conventions et accords collectifs sont deux modes de régulation des relations de travail. Une convention collective est une « convention conclue entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérant au groupement, envers leur personnel »⁶². Elle est traditionnellement distinguée de l'accord collectif où, alors que la première traite l'ensemble des sujets touchant aux « conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi [qu'aux] garanties sociales »⁶³, le second ne traite que l'un de ces sujets⁶⁴. Les deux se distinguent par une dualité⁶⁵ : négociés et composés de stipulations propres aux contrats, ils disposent d'effets

travail dans les grandes entreprises industrielles, notre droit du travail ne répond plus à la diversité des entreprises, des secteurs, des parcours et des attentes des salariés. Au lieu de protéger les salariés et de soutenir l'activité des entreprises, il fragilise parfois les premiers en imposant des règles rigides qui sont souvent contournées dans la pratique et freine le développement des secondes, par sa difficulté à s'adapter rapidement à la réalité changeante des situations économiques, notamment dans les TPE/PME et les jeunes entreprises ».

⁶⁰ Les actuels Conseils de Prud'hommes sont d'une certaine manière les héritiers de ce mode de justice par ses pairs.

⁶¹ Pour une présentation synthétique de l'histoire du droit du travail, v. N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011. Pour une présentation plus détaillée et historique, v. J. Le Goff, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, Presses universitaires de Rennes, 2019.

⁶² « Convention collective de travail », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

⁶³ Art. L. 2221-1 C. trav.

⁶⁴ Art. L. 2221-2 C. trav.

⁶⁵ V. P. Durand, *Le Dualisme de la convention collective de travail*, thèse, Sirey, 1939.

similaires à ceux du domaine réglementaire puisqu'ils s'appliquent à des individus n'ayant participé ni à la négociation, ni à la signature de l'acte. Convention collective et accord collectif peuvent être réunis sous le terme de norme conventionnelle en droit du travail.

Lorsque ces normes font leur apparition, spontanément, en l'absence de dispositions légales pour les encadrer – et les reconnaître – elles demeurent soumises au droit commun, notamment à l'effet relatif des contrats : leurs dispositions n'étaient applicables qu'aux salariés adhérents des syndicats ou autres groupements signataires et qui le demeuraient.

La reconnaissance étatique de la norme conventionnelle en droit du travail telle que nous la connaissons aujourd'hui résulte d'une succession de lois. Après une faible reconnaissance en 1919⁶⁶, la convention collective applicable à l'ensemble des salariés d'une profession est reconnue grâce à l'instauration d'une procédure d'extension en 1936⁶⁷. Pourtant apparue au niveau de l'usine – ancêtre de l'actuel niveau d'entreprise – la convention collective n'est reconnue comme telle, avec une portée proche de celle que nous connaissons aujourd'hui, qu'au niveau de la branche. Il faudra attendre la loi de 1950⁶⁸, mais surtout celle du 13 juillet 1971 pour voir l'accord d'entreprise doté d'une véritable existence, selon l'essentiel des modalités de l'accord de branche. Presque un siècle pour revenir aux sources de l'apparition de ce mode de régulation où un contrat collectif se rapproche d'une « loi professionnelle »⁶⁹.

17. Après ces débuts, la norme conventionnelle en droit du travail a continué de gagner en importance avec la loi de 1982, l'une des lois Auroux. En permettant à l'accord collectif de déroger à la loi, une nouvelle logique s'est dessinée et les réformes suivantes, en particulier celles depuis les années 2000, ont renforcé la place de cette norme au sein des relations de travail.

L'accord collectif, et plus spécifiquement l'accord d'entreprise, s'est progressivement affirmé comme l'outil le plus adapté pour régir la relation de travail. Pourquoi cette norme plutôt qu'une autre ? Parce qu'elle présente l'avantage de pouvoir être adaptée aux relations de travail.

⁶⁶ La loi du 25 mars 1919 ne fait que reconnaître un statut légal à cet objet juridique qu'était le contrat collectif.

⁶⁷ Loi du 24 juin 1936. Cette loi apporte également les prémices de ce que l'on appelle aujourd'hui le principe de faveur.

⁶⁸ Avec la reconnaissance des accords dits « d'établissement » et la fin de l'effet relatif.

⁶⁹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911. Sur la pensée de René Demogue et sa perception des contrats collectifs, v. P.-Y. Verkindt, D. Simonneau, « Convention collective et loi professionnelle », *Dr. soc.* 2022, p. 935.

B. UNE NORME ADAPTEE A LA RELATION DE TRAVAIL

18. L'accord collectif est fréquemment considéré comme une norme ayant une grande capacité d'adaptation car le nombre de personnes à réunir pour négocier et les étapes nécessaires à l'élaboration ou la modification d'un accord collectif sont sensiblement plus réduites que pour la loi : aucune norme étatique n'égale son pouvoir adaptatif. De plus, la proximité grâce à une élaboration au plus près des situations régies permet une véritable pertinence des dispositions⁷⁰ ; une sorte de norme « sur-mesure ». L'objectif de sécurité juridique recherché dans les dernières réformes du droit du travail paraît rempli aux yeux du législateur car celui-ci voit, en matière de durée du travail, la « nécessité de consacrer la primauté de l'accord d'entreprise »⁷¹ pour permettre aux normes d'être « adaptées aux réalités du terrain pour les entreprises »⁷².

19. Il est vrai que la norme conventionnelle présente des qualités pour aider à remplir l'objectif de sécurité juridique. Reprenons les critères dégagés précédemment pour cerner cette notion et appliquons-les à l'accord collectif :

Tout d'abord, son contenu est maîtrisé. Dans une certaine limite, les destinataires de la norme négocient et choisissent, en accordant leurs volontés, de stipuler ce qu'ils veulent. Par cette capacité d'être rédacteur de la norme, les partenaires sociaux en connaissent son contenu et la rédigent avec leurs mots, lesquels sont adaptés aux particularités des situations que la norme est amenée à régir. Le critère de clarté semble rempli. Cependant, les partenaires sociaux ne sont généralement pas des juristes aguerris, sensibles à l'art de rédiger des textes ayant une portée normative, prescrivant des règles ayant une valeur contraignante. Il est donc possible d'admettre que le critère de la clarté soit rempli pour les rédacteurs de la norme – qui savent ce qu'ils ont écrits – mais il ne sera pas nécessairement rempli pour une personne extérieure.

⁷⁰ Les secteurs d'activité et plus encore les entreprises ayant tous des spécificités, des notions qui leur sont propres, les partenaires sociaux peuvent jongler avec celles-ci, contrairement aux normes ayant un champ d'application plus large comme la loi où un travail de « conversion » est parfois nécessaire.

⁷¹ Étude d'impact de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, p. 23.

⁷² *Ibid.*

Ensuite, son maintien dans le temps et son évolution sont maîtrisés. En effet, sauf quelques hypothèses limitées⁷³, la « vie juridique » de l'accord collectif est essentiellement dépendante de la volonté des créateurs de la norme qui décident de sa durée et agissent sur son existence. Grâce aux avenants, ils peuvent adapter la norme à leurs besoins et aux évolutions auxquelles ils sont confrontés pour ainsi faire perdurer l'accord. Il est également possible de conclure un nouvel accord collectif pour remplacer l'ancien auquel cas le premier disparaît au profit d'un nouveau sans créer de « vide ». Les partenaires sociaux, rédacteurs de l'acte, décident de ses modifications et de la portée de l'accord. Les critères de la stabilité et de la prévisibilité apparaissent également remplis. Néanmoins, l'aspect règlementaire de l'accord collectif donne à celui-ci une portée étendue, lui permettant de produire des effets sur des personnes qui ne sont pas signataires de l'acte et qui n'ont donc pas participé à son élaboration. Ces non-signataires, destinataires de l'accord collectif, peuvent agir contre la norme, laquelle peut alors se retrouver fragilisée.

20. Toutefois, pour le législateur, les nuances des différents critères sont atténuées par la proximité car c'est elle qui permettrait une norme adaptée et « appropriée »⁷⁴. Ainsi, au regard des sous-objectifs de la sécurité juridique, l'accord collectif n'est pas exempt de défauts ; pour autant, les nuances sont limitées. Grâce à sa proximité et son adaptabilité, il semble pouvoir être considéré comme la norme la plus adaptée à la relation de travail ou, à minima, comme la norme présentant le plus de sécurité juridique à l'égard des destinataires de la norme par rapport à la loi. Pourtant il n'est pas dénué d'insécurité juridique : le dispositif d'organisation annuelle du temps de travail sous forme de jours travaillés, le forfait-jours, a connu – et connaît encore – une forte insécurité juridique.

§3. L'ACCORD COLLECTIF COMME VECTEUR D'INSECURITE JURIDIQUE

21. Alors qu'il devait sécuriser la situation des cadres qui n'étaient ni dirigeants, ni soumis à l'horaire collectif de travail, l'exemple du forfait-jours illustre avec une

⁷³ Par exemple, la réforme de 2016 qui a profondément transformé les rapports entre les accords collectifs de branche et d'entreprise où les premiers ont parfois vu certaines de leurs stipulations devenir automatiquement obsolètes au profit des seconds quand ces derniers existaient.

⁷⁴ Étude d'impact de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 5 : « La régulation des relations de travail (...) a toutes les chances d'être appropriée et équitable si elle est décidée localement, au plus près du terrain, dans un cadre de concertation et de négociation propice et loyal ».

significative acuité l'insécurité juridique pouvant être générée par l'accord collectif. Apparu avec la loi Aubry II de 2000⁷⁵, le forfait annuel en jours est une forme d'organisation du temps de travail conçue pour les salariés dont le temps de travail ne peut être déterminé à l'avance et disposant d'une grande autonomie dans leur organisation du temps de travail. À lui seul, il symbolise l'aspect conventionnel du droit du travail puisqu'il s'agit d'une convention individuelle conclue entre un salarié et son employeur⁷⁶ qui repose sur un accord collectif. Cette convention ne peut, en effet, être mise en place qu'en présence d'un accord collectif de branche ou d'entreprise prévoyant certaines modalités qui ont su évoluer au fil des années de pratique et de jurisprudence. Avant de pouvoir signer une convention individuelle, il est nécessaire au préalable qu'un accord collectif de branche, d'entreprise ou d'établissement autorise le recours au forfait-jours⁷⁷. Or, au-delà de quelques interrogations induites par des oublis du législateur⁷⁸, le forfait-jours ne connaissait pas, initialement, d'insécurité juridique.

22. L'accord collectif relatif au forfait-jours doit comporter un certain nombre de stipulations énoncées à l'article L. 3121-64 du Code du travail. Si elles sont aujourd'hui relativement connues, le résultat que nous connaissons est le produit de nombreuses décisions jurisprudentielles sources d'une insécurité juridique importante du dispositif, notamment depuis l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 29 juin 2011⁷⁹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a validé le dispositif du forfait-jours tout en renforçant les exigences quant aux stipulations que doivent contenir les accords collectifs relatifs à cette forme d'organisation du temps de travail. La Cour énonce ainsi que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles » et affirme que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la

⁷⁵ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF* 20 janvier 2000, p. 975.

⁷⁶ Cette convention individuelle constitue un avenant au contrat de travail.

⁷⁷ Art. L. 3121-63 C. trav.

⁷⁸ Notamment quant au forfait-jours « réduit » et sa non-assimilation à du temps partiel, ou encore le décompte du temps de grève.

⁷⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *Bull. civ.*, V, n° 181 ; *RJS* 8/11, n° 636 ; *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1499, p. 5, note P. Flores et M.-F. Mazars ; *ibid.* 2011, n° 1500, p. 11, note F. Champeaux ; *JSL* 2011, n° 304, p. 8, note M. Hautefort ; *JCP G* 2011, 1375, note C. Lefranc-Hamoniaux ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *ibid.*, 1333, note M. Morand ; *Cah. soc.* 2011, n° 233, p. 227, note M. Fatrez et S. Nouredine ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11, note D. Baugard ; *Dr. ouvr.* 2011, n° 761, p. 723, note R. Richard.

garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ».

L'une des nouveautés ayant été remarquée par l'ensemble de la doctrine est le visa⁸⁰ particulièrement développé et mobilisant un certain nombre de normes différentes, y compris européennes. Un tel recours n'est pas anodin⁸¹. Le forfait-jours avait précédemment fait l'objet de recours devant le Comité européen des droits sociaux, lequel l'avait déclaré non conforme à l'article 2 de la Charte sociale européenne⁸². Cet article n'étant pas d'applicabilité directe horizontale, la Cour de cassation a mobilisé d'autres sources. Le forfait-jours et plus particulièrement les accords collectifs le mettant en place se sont alors retrouvés confrontés à des normes, et donc des dispositions, qui n'étaient initialement pas prévues par le législateur national, situation aggravant l'insécurité juridique.

23. Pour réellement se rendre compte de l'impact de cet arrêt sur la jurisprudence relative au forfait-jours, et plus spécifiquement celle traitant de la validité des accords collectifs, une recherche sur le site Légifrance⁸³ permet de mettre en lumière les difficultés liées notamment à la validité de l'accord collectif⁸⁴. La très grande majorité des arrêts rendus sur la validité des accords l'ont été depuis 2014, soit trois ans après l'arrêt du 29 juin 2011. Si l'on prend en considération la durée moyenne pour qu'une affaire arrive devant la Cour de cassation⁸⁵,

⁸⁰ « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ».

⁸¹ Pour une analyse sur ce point en particulier, v. F. Ducloz, P. Florès « La sauvegarde du forfait en jours : le juge et la combinaison des normes », *RDT* 2016, p. 140.

⁸² CEDS, 16 novembre 2001, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*, récl. n° 9/2000.

⁸³ <https://www.legifrance.gouv.fr/>. La recherche a été effectuée grâce à l'outil « Recherche experte » avec les critères suivants : Décisions de la Cour de cassation (*case cochée*), arrêts (*Nature de la décision*), Chambre sociale (*Formation*), « convention de forfait en jours »⁸³ (*champ « Recherche 1 »*, *Texte intégral*, *Expression exacte*).

⁸⁴ Les autres principales difficultés identifiées dans les arrêts concernent l'application de la convention individuelle.

⁸⁵ Il fallait en moyenne 16 mois pour avoir une décision du bureau de jugement du Conseil des prud'hommes (*Références statistiques justice*, année 2018, p. 46). En appel, la durée de règlement des affaires civiles terminées en 2018 était de 11,3 mois (*Les chiffres-clé de la Justice 2019*, p. 12). Enfin, la durée moyenne de traitement des pourvois devant la Chambre sociale de la Cour de cassation était de 16 mois en 2018 (*Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2018, p. 292). Au total, la durée moyenne entre le début de l'instruction d'une affaire et la décision de la Cour de cassation était de 43 mois en 2018, soit 3,6 ans. S'agissant d'une durée moyenne, les premières affaires sont arrivées devant la Cour de cassation plus tôt. La corrélation entre l'arrêt

cet arrêt peut légitimement être considéré comme le fondateur de la jurisprudence sur le forfait-jours et l'insécurité juridique qui en a découlé.

La validation du dispositif du forfait annuel en jours s'est faite au prix d'un contrôle particulièrement strict des accords collectifs sur la base desquels des conventions individuelles peuvent être conclues. À la suite de cet arrêt, la jurisprudence sur le forfait-jours a donné lieu à de nombreuses craintes et incertitudes chez les acteurs du droit du travail, en particulier les employeurs car ceux-ci supportent à la fois le « flou qui règne (...) autour de la validité des dispositions conventionnelles sur les forfaits jours »⁸⁶, mais aussi les conséquences financières de la non-conformité des conventions et accords collectifs⁸⁷. La future insécurité juridique, multifactorielle, a été identifiée par la doctrine dès 2011⁸⁸.

24. La norme conventionnelle, pourtant exempte en apparence d'insécurité juridique grâce à un contenu, un maintien dans le temps et une évolution maîtrisée, peut donc connaître une insécurité juridique particulièrement marquée. Alors que l'on a vu que l'accord collectif semblait pouvoir réunir l'ensemble des critères permettant l'atteinte de l'objectif de sécurité juridique, **comment est-ce qu'une norme, à première vue aussi sûre juridiquement, peut connaître une telle insécurité juridique ? Et donc, comment la sécuriser, selon quels moyens ?**

25. Pour répondre à ces questions, il est nécessaire d'appréhender un ensemble complexe de mécanismes. Tout d'abord, nous l'avons déjà esquissé, mais observé de plus près, l'accord collectif n'est pas exempt de défauts. Sa clarté peut être insuffisante en raison des intérêts contradictoires entre d'un côté un (ou plusieurs) employeur(s) et un ou plusieurs salariés ou délégués syndicaux, les premiers ayant souvent moins à donner que ce qu'attendent les seconds. La nature contractuelle de l'accord collectif induit ce rapport de force et cette rencontre de volontés parfois opposées. Il arrive alors qu'il soit difficile pour les partenaires sociaux de se mettre d'accord sur le texte final, de sorte que pour parvenir à

du 29 juin 2011 et le pic jurisprudentiel de 2014 est donc établie. C'est ce qui a conduit certains auteurs à qualifier l'arrêt de « point zéro » (A. Fabre, « L'arrêt du 29 juin 2011 sur les forfaits-jours : un début plutôt qu'une fin », *JSL* 2020, n° 500-14) de la jurisprudence en la matière.

⁸⁶ P. Lokiec, « Avis de tempête sur le droit du travail », *RDT* 2014, p. 738.

⁸⁷ Les partenaires sociaux, notamment ceux au niveau de la branche, ayant négocié des dispositions insuffisantes n'ont aucune responsabilité en cas d'invalidation de leur accord. Sur ce sujet, v. Y. Pagnerre, « Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2012, 1001.

⁸⁸ M. Morand, « Le forfait en jours sous conditions », *JCP S* 2011, 1333.

une signature, chacun accepte d'entrer dans un semblant de « flou artistique »⁸⁹ où des notions vagues permettent différentes interprétations. La clarté s'en trouve fortement impactée, même pour les rédacteurs.

La stabilité peut également être affectée par les aléas électoraux. Tous les quatre ans au maximum les élections professionnelles permettent aux salariés des entreprises concernées par l'obligation de mise en place d'un CSE d'élire leurs représentants. De ce fait, en cas de changement de syndicat majoritaire, celui-ci pourrait vouloir négocier un nouvel accord portant sur le même thème qu'un autre, faisant tomber ce dernier.

Enfin, la prévisibilité peut s'avérer insuffisante. Tel est le cas lors d'une évolution du cadre législatif trop importante comme en 2016 où certains ont vu une « inversion de la hiérarchie des normes »⁹⁰, ou lors d'une nouvelle interprétation des dispositions d'un accord collectif déterminée ultérieurement. Le manque de prévisibilité a été la principale difficulté rencontrée par le forfait-jours notamment à cause de la méconnaissance par les partenaires sociaux des dispositions exactes que devait contenir l'accord collectif afin éviter d'être inquiété par le juge.

26. L'exemple du forfait-jours montre que l'insécurité juridique de la norme conventionnelle résulte d'une double action. D'un côté, l'accord collectif s'est retrouvé fragilisé en raison d'une mise en avant de celui-ci, les lois relatives à la réforme des 35 heures ayant délégué entièrement aux partenaires sociaux le déploiement du forfait-jours au sein des entreprises. Cette réforme s'inscrit dans un mouvement plus large de croissance du rôle de l'accord collectif dans la régulation des relations de travail avec, en outre, une évolution de son encadrement légal. Le législateur a donc la capacité de moduler l'insécurité juridique de la norme conventionnelle.

D'un autre côté, la mise en avant de l'accord collectif n'entraîne pas, à elle seule, l'insécurité juridique de celui-ci : c'est le juge qui la fait apparaître. Les accords collectifs mettant en place le forfait-jours ont connu une application plus ou moins sécurisée pendant une dizaine d'années, avant que la Cour cassation ne rende son arrêt fondateur le 29 juin 2011 où il a mobilisé des normes issues de sources différentes. Il n'a pourtant pas fallu attendre aussi longtemps pour que des accords collectifs sur le forfait-jours soient contrôlés

⁸⁹ G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

⁹⁰ P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, 1159.

en jurisprudence. Le juge a donc, lui aussi, la capacité de moduler l'insécurité juridique de la norme conventionnelle, notamment par ses capacités de contrôle et d'interprétation. Cependant, celles-ci ne suffisent pas à expliquer le phénomène à l'œuvre en son entier ; d'autres facteurs doivent être pris en compte. Pour cela, le pluralisme juridique peut aider à dépasser les conceptions classiques.

27. Le pluralisme juridique se définit de deux manières : soit comme étant l'« existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique⁹¹, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »⁹², soit comme étant la « coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »⁹³. Pour les développements qui vont suivre, nous nous concentrerons sur la seconde acception⁹⁴. Dit simplement, le pluralisme juridique s'oppose au monisme juridique, lequel place l'État au centre de tout, en tant que producteur unique de droit, comme seul ordre juridique valable. En France, cette vision moniste est majoritaire au sein de la pensée juridique, en particulier

⁹¹ « Ordre juridique », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011 : « Relativement à une entité (État, groupe d'États, etc.), l'ensemble des règles de Droit qui la gouvernent ».

⁹² J.-G. Belley, « Pluralisme juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993. Une définition anthropologique peut compléter celle de Jean-Guy Belley. Elle est donnée à la suite de celle sur le pluralisme juridique : « Courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux, correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation ; l'individu est un acteur du pluralisme juridique dans la mesure où il se détermine en fonction de ses appartenances multiples à ces réseaux sociaux et juridiques » (N. Rouland, « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit.). Dans cette définition moderne (avant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, le pluralisme juridique est presque exclusivement abordé au travers d'une vision étatique, laissant l'individu de côté. V. infra) complétant la première, l'individu est acteur ; il n'est pas simplement passif, observateur de ce pluralisme.

Norbert Rouland détaille davantage cette définition dans ses écrits « Aux confins du droit » (N. Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1991, pp. 138-143). Il distingue en particulier deux « versions » du pluralisme juridique : « Dans sa version faible, celui-ci fait allusion à l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques. Par exemple le contrat commercial, où le commerçant vend des marchandises suivant d'autres règles (plus souples) que le reste des citoyens. Dans sa version forte, qui a ma préférence, il s'inspire de l'idée que les différents groupes sociaux voient se croiser en leur sein de multiples ordres juridiques : le droit étatique, mais aussi celui que produisent d'autres groupes, droits qui peuvent coïncider ou diverger » (*ibid.*, pp. 125-126). La version faible de Norbert Rouland rejoint la première définition de Jean-Guy Belley : application de règles différentes, certaines plus juridiques que d'autres, à « des situations identiques ». Si l'on s'en tient à cette définition, la version forte est celle qui correspond le plus à ce que représente le pluralisme juridique, notamment celui développé par Santi Romano : une pluralité de d'ordres juridiques pour une pluralité de groupes sociaux. Ces deux éléments, ordres juridiques et groupes sociaux, sont centraux pour la compréhension et l'appropriation de la notion.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ C'est d'ailleurs ainsi que le perçoit Jean Carbonnier. Pour lui, le pluralisme juridique « suppose que plusieurs espaces juridiques peuvent se superposer en un même lieu (...). L'espace juridique est en réalité une construction psychologique : il est dessiné par un réseau de rapports de droit » (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 3^{ème} éd. Quadrige, PUF, 2017, p. 349).

depuis la thèse de Raymond Carré de Malberg⁹⁵ où celui-ci affirme que le droit n'existe que grâce à l'État⁹⁶ et sa puissance propre⁹⁷. Si l'on adhère à cette vision moniste du droit, alors celui-ci serait le propre de l'État, et là où il n'y a pas d'État, il ne peut y avoir de droit. Dès lors, cela signifierait que le droit n'est apparu qu'avec la création des premiers États modernes et que les sociétés sans un tel État ne produisent aucun droit.

Hans Kelsen a également fortement marqué la pensée moniste avec sa *Théorie pure du droit*⁹⁸. Pour lui, l'État et le droit se confondent et désignent le même objet : il est l'ordre juridique⁹⁹. Toutefois, c'est à partir de ses réflexions que l'ordre juridique tel qu'il est généralement présenté aujourd'hui¹⁰⁰ est un ordre juridique unique et étatique avec sa hiérarchie pyramidale des normes. En outre, le courant classique normativiste considère que si l'on est en présence d'un ordre juridique, d'un système juridique, il n'est pas censé avoir de défaut : chaque norme doit trouver sa place et contribuer à former « un tout », sans contradictions¹⁰¹. Or, comment expliquer dans ce cas la présence de normes contraires à la Constitution, à la *Grundnorm* ? Il est facile de considérer un ordre juridique unique comme parfait si l'on considère que les normes qui le composent sont valides en évacuant les normes qui viendraient, peut-être, déstabiliser l'ordre juridique. Cela revient à nier le réel et à ne voir que ce que l'on veut voir.

⁹⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, 1920, réédition 1962.

⁹⁶ « (...) dans l'ordre des réalités sociales, il ne peut naître de droit proprement dit antérieurement à la loi de l'État ». – R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, Tome I, note de bas de page n° 6, p. 57 ; « (...) d'une manière générale, le droit tout entier présuppose un fait initial qui est le point de départ de tout ordre juridique : ce fait, c'est l'apparition de la puissance créatrice du droit, c'est-à-dire de l'État lui-même » - *Ibid.* p. 67.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 69-258. V. G. Guiheux, « La théorie générale de l'État de Raymond Carré de Malberg », *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial 1999, p. 81.

⁹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1962.

⁹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 379. Kelsen va chercher à démontrer l'existence et la composition de cet ordre juridique où s'articulent un ensemble de normes hiérarchiquement positionnées les unes aux autres (*ibid.*, p. 258 et.) avec, au sommet de cette pyramide, la norme fondamentale (*Grundnorm*). Chacune de ces normes tient sa validité de la norme qui leur est supérieure car produite selon les conditions et modalités données par cette dernière. Nous nous garderons bien de réduire l'ensemble de l'œuvre de Kelsen à ces quelques lignes. V. aussi, pour aller plus loin, M. Jestaedt, « Validité dans le système et validité du système. À quoi sert la norme fondamentale, et à quoi elle ne sert pas », in T. Hochmann, X. Magnon et R. Ponsard (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Éd. Mare et Martin, 2019, p. 233.

¹⁰⁰ Comme l'a affirmé Monsieur le Professeur Pierre-Yves Verkindt : « Une approche simpliste de la "pyramide" des normes selon Kelsen a durablement imprimé les esprits, laissant supposer que cette "pyramide" serait une description fidèle (une sorte de photographie) de la réalité du système juridique » : P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, 1159.

¹⁰¹ V. M. Troper, « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, Quadrige, 2003.

28. Cette vision moniste et centralisatrice du droit et de l'État est relativement récente comparée à la longue histoire des sociétés humaines, essentiellement marquées par l'existence d'un pluralisme juridique¹⁰². De nombreux juristes, sociologues, anthropologues ont cherché à démontrer que le pluralisme juridique existait avant et existe toujours avec plus ou moins de force¹⁰³. Ainsi, pour élargir notre vision sur les différents cas possibles d'insécurité juridique et comprendre comment et pourquoi celle-ci apparaît, il conviendra de s'intéresser au phénomène de pluralisme juridique. Il permettra de nuancer et d'aborder différemment les capacités de contrôle et d'interprétation du juge. Il permettra également de faire intervenir l'individu, pris en son acception la plus large, où la volonté de celui-ci influe sur la sécurité juridique de l'accord collectif.

Première partie : L'insécurité juridique modulée par le législateur

Seconde partie : L'insécurité juridique modulée par le juge

¹⁰² Pour une histoire synthétique du pluralisme juridique, v. N. Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, op. cit., pp. 138-143. Bien que certains associent le droit proprement dit à l'apparition de l'État moderne (selon Raymond Carré de Malberg. V. not. J. Gilissen, « Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique », in *Le pluralisme juridique. Études publiées sous la direction de John Gilissen*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 7), le Moyen-âge est un exemple de pluralisme juridique, par un « pluralisme extraordinaire » (G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, préf. F. Terré, Dalloz, réédition de l'ouvrage de 1940, 2012, p. 227) de groupes et de systèmes juridiques (ordre du droit féodal, ordre du droit canonique, ordre du droit des Guildes et des corps de métiers, droit coutumier, etc.).

¹⁰³ Sans être exhaustif, Jean Carbonnier, Maurice Hauriou, Santi Romano, Georges Gurvitch, Max Weber, Étienne Le Roy ou encore Leopold Pospisil peuvent être cités.

PREMIERE PARTIE :

L'INSECURITE JURIDIQUE

MODULEE PAR LE LEGISLATEUR

29. L'accord collectif est une norme largement mobilisée en droit du travail. Le nombre d'accords collectifs signés chaque année montre bien l'ampleur du phénomène : en 2021, ce sont 1 063 accords de branche et 78 820 accords d'entreprise qui ont été conclus et déposés¹⁰⁴. Une telle richesse normative est le résultat de la place centrale accordée à la norme conventionnelle pour réguler les relations de travail.

Même si elle a pu être regardée comme un mouvement de dérèglementation, en ce sens que la loi édicte de moins de moins le contenu des règles régissant les relations employeur/salarié, elle répond au besoin de prise en compte des intérêts de chaque profession. Pour autant, elle n'a pas été réalisée de manière incontrôlée : c'est l'État qui a déterminé, et détermine encore, au sein de son ordre juridique, le rôle de chaque norme et les relations que celles-ci entretiennent entre-elles. Dans le cas de l'accord collectif de travail, il s'agit d'une volonté de mise en avant de la norme conventionnelle en tant que norme régulatrice principale, procédant ainsi à une sorte d'émancipation de l'accord collectif (**Titre premier**).

30. La conséquence de ce mouvement d'émancipation est un recours plus important à la norme conventionnelle, l'accord collectif étant de plus en plus utilisé pour réguler les relations de travail. Or, en mettant en avant l'accord collectif, le législateur a influé sur la sécurité juridique de la norme : plus versatile et moins encadrée, elle se trouve davantage exposée aux éventuelles contestations, notamment à cause d'une clarté et d'une prévisibilité parfois amoindries. En parallèle du mouvement d'émancipation, le législateur a donc mené un mouvement de sécurisation juridique de l'accord collectif (**Titre second**).

¹⁰⁴ « La négociation collective en 2021 », Ministère du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion – Paris, septembre 2022.

TITRE PREMIER : L'EMANCIPATION DE L'ACCORD COLLECTIF

31. L'accord collectif de travail que nous connaissons aujourd'hui est le fruit d'une longue évolution. Le tournant initié à partir des années 1980-1990 a d'ailleurs été un point de divergence important¹⁰⁵ : c'est à partir de cette période que l'accord collectif, notamment celui conclu au niveau de l'entreprise, s'est progressivement émancipé par rapport aux autres normes nationales applicables aux relations de travail.

Dans nos développements, l'utilisation du mot « émancipation »¹⁰⁶ ne doit pas se comprendre comme une indépendance de l'accord collectif par rapport aux autres normes, mais comme une mise en avant aux dépens d'autres normes à l'égard desquelles il acquiert progressivement une autonomie partielle ou relative ; l'accord collectif s'affranchit des autres normes. Ainsi, étudier les rapports qu'entretient l'accord collectif avec celles-ci permet de comprendre le rayonnement que connaît aujourd'hui la norme conventionnelle en droit du travail.

32. Ce mouvement d'émancipation s'est d'abord fait par rapport à la loi (**Chapitre premier**) où l'accord collectif a gagné ce que l'on pourrait appeler une autonomie encadrée, relative également nous le verrons, mais surtout réelle. Cette émancipation influe inévitablement sur la sécurité juridique de l'accord collectif. Au sein des normes conventionnelles en droit du travail, un type d'accord en particulier a été davantage mis en avant au fil des réformes : l'accord collectif d'entreprise. Participant au mouvement général d'émancipation, sa sécurité juridique est profondément affectée par le rôle central qui lui est conféré (**Chapitre second**), la renforçant ou l'affaiblissant selon la situation.

¹⁰⁵ Pour une présentation relativement complète et contextualisée, v. A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement », *Dr. soc.* 1998, p. 211.

¹⁰⁶ D'après le Dictionnaire Larousse (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/émancipation/28505>), l'émancipation est l'« action de s'affranchir d'un lien, d'une entrave, d'un état de dépendance, d'une domination, d'un préjugé ».

CHAPITRE PREMIER : UNE REDEFINITION PROGRESSIVE DU RAPPORT ENTRE LA LOI ET L'ACCORD COLLECTIF

33. Au regard de notre conception, la notion d'émancipation de l'accord collectif peut représenter plusieurs phénomènes : la mise en avant d'une norme, le retrait d'une autre, l'évolution des modes de production des normes, etc. Le principal phénomène derrière cette émancipation est le recul de la place de la loi dans les rapports de travail, la norme légale servant davantage à établir un cadre dans lequel d'autres normes, conventionnelles notamment, vont se développer qu'à fixer la règle à appliquer. L'accord collectif étant considéré comme un élément essentiel du droit du travail depuis maintenant plusieurs décennies, la question de sa sécurité juridique n'en est que plus prégnante au regard des récentes évolutions. Le développement de la dérogation puis de la supplétivité au cours de différentes réformes a conduit à reconnaître à l'accord collectif une sorte d'émancipation assumée par rapport à la loi (**Section 1**) où la norme légale fixe un cadre pour la norme conventionnelle, laquelle a pour rôle de fixer la règle applicable.

Pour autant, cette autonomie n'est pas totale. Même si son développement est unanimement admis, l'émancipation de l'accord collectif connaît des limites au sein de l'ordre juridique étatique (**Section 2**), influençant sensiblement sa sécurité juridique.

SECTION 1 : UNE EMANCIPATION PROGRESSIVE DE L'ACCORD COLLECTIF PAR RAPPORT A LA LOI

34. Depuis l'essor des accords collectifs de travail dès le XIX^{ème} siècle, le développement du droit du travail a conduit l'État à réguler davantage les relations de travail grâce à son outil phare, la loi. Notre droit du travail actuel est l'héritier de ce mouvement légal travailliste, tout comme il est celui du recours à la norme conventionnelle collective.

La loi, perçue comme le moyen le plus sûr pour que tous les travailleurs aient les mêmes protections venant compenser le statut précaire de salarié, partie faible au contrat de travail, est considérée comme la norme fondamentale¹⁰⁷. Par conséquent, toute autre norme

¹⁰⁷ L'article 34 de la Constitution prévoit d'ailleurs que « la loi détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

prévoyant des dispositions différentes ne devrait théoriquement pas être possible ; sauf si la loi habilite explicitement d'autres normes à déroger, tel l'accord collectif. Par cette dérogation, la norme conventionnelle acquiert une première autonomie¹⁰⁸ par rapport à la loi. Une autonomie réelle car l'habilitation permet de prévoir d'autres dispositions que celles initialement fixées, mais limitée aux seuls cas déterminés par la loi.

35. La dérogation n'est pas à confondre avec la supplétivité. Dérogation et supplétivité, bien que proches, sont pourtant deux notions distinctes. Comme le rappelle Monsieur Serge Frossard, « une règle dérogatoire postule par définition l'existence d'une autre règle à laquelle celle-là déroge. Autrement dit, la dérogation ne peut se concevoir sans une règle de référence sur laquelle elle repose. (...) La règle supplétive n'a vocation à être mobilisée que si aucune autre règle, ayant une autre source juridique et portant sur le même objet, n'existe »¹⁰⁹. Ici, l'autonomie est davantage affirmée puisque la norme conventionnelle se développe non pas dans une habilitation à prévoir différemment, mais dans le silence de la loi, dans son effacement au profit de la norme conventionnelle.

Dès lors que la loi va permettre spécifiquement des hypothèses de dérogation, des accords dérogatoires vont apparaître et être reconnus (§I). Leur développement va conduire à celui d'une supplétivité progressive de la loi au profit de la norme conventionnelle collective (§II).

§1. UNE EMANCIPATION NAISSANTE : LES ACCORDS DEROGATOIRES

36. Parler d'« accords dérogatoires » revient à résumer tout un accord à une ou certaines de ses clauses qui sont, elles, bien dérogatoires. Il serait donc plus juste de parler de « clauses dérogatoires »¹¹⁰. Pour autant, pour des raisons de simplicité et de commodité, nous emploieront le terme « accord dérogatoire ».

La technique de la dérogation dans le domaine des relations de travail est un concept ancien qui remonte aux origines du droit du travail (A). Après avoir été développé petit à petit, c'est en 1982 avec les lois Auroux que le concept va être poussé à son paroxysme, initiant son dépassement (B).

¹⁰⁸ Entendue comme le « pouvoir de se déterminer soi-même » (« Autonomie », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011).

¹⁰⁹ S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

¹¹⁰ Sur l'intérêt de cette distinction, v. M. Poirier, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885.

A. UN CONCEPT ANCIEN

37. La technique de la dérogation, « action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »¹¹¹, « semble révéler une conception et un rapport au droit particulier, qui influence aussi la conception du droit des conventions collectives, selon lequel la loi sera d'autant plus respectée qu'elle sera peu contraignante, que les acteurs seront d'autant plus enclins à s'y conformer qu'on leur permettra de s'en affranchir »¹¹².

Au-delà de cette conception particulière, l'objectif d'une telle technique est de permettre une souplesse et prendre en compte les situations spécifiques, parfois individuelles, de certains salariés, employeurs, secteurs d'activité, etc. Parfois motivée par des intérêts privés, elle reste néanmoins un moyen de créer une norme adaptée aux situations qu'elle entend réglementer. La norme sera ainsi mieux appliquée.

38. L'origine de la dérogation est difficile à dater, en particulier en droit du travail¹¹³. L'ancien Directeur général du travail, Yves Struillou, remonte jusqu'à la Loi le Chapelier de 1791 qui « ne comporte pas en elle-même de dérogation, mais est suivie d'une dérogation pour la chapellerie, (...) avec notamment l'arrêté du 23 messidor an V (11 juillet 1796) »¹¹⁴. Laure Machu et Jérôme Péglise le font remonter à la loi de 1814 qui proscrivait l'ouverture des commerces le dimanche tout en déterminant plusieurs cas de dérogation¹¹⁵. C'est depuis cette loi que la pratique serait durablement ancrée dans les évolutions législatives en la matière, en particulier dans les réformes sur la durée du travail.

39. La dérogation prend alors la forme de règlements d'administration publique : les lois vont déterminer les points pouvant faire l'objet d'une dérogation, mais ce sont ces règlements qui en fixent les modalités d'application. D'abord de l'entier ressort de l'administration, la loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures¹¹⁶ initie un

¹¹¹ « Dérogation », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

¹¹² L. Machu, J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie I) : la dérogation dans l'histoire du droit du travail », *RDT* 2019, p. 407.

¹¹³ Dater le droit du travail en tant qu'ensemble, cohérent et identifiable, est déjà hasardeux.

¹¹⁴ Y. Struillou, « Ouverture de la journée d'études sur La dérogation, le droit et le travail (XIXe-XXIe siècle) du 21 septembre 2018 », *Cah. CHATEFP* 2019, n° 23, p. 5.

¹¹⁵ L. Machu, J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie I) : la dérogation dans l'histoire du droit du travail », *RDT* 2019, p. 407.

¹¹⁶ Loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures, *JORF* du 25 avril 1919, p. 4266. Pour une présentation de la loi et de son contexte, v. Y. Delbrel, « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la

rapprochement avec les partenaires sociaux¹¹⁷. Elle laisse le soin aux règlements d'administration publique de déterminer les modalités d'application générale, mais aussi les dérogations permanentes ou temporaires. La dérogation est donc permise sous couvert d'une légitimité administrative.

Les règlements pourront être non seulement pris en fonction des particularités professionnelles ou locales, mais en plus ils pourront l'être à la demande des partenaires sociaux qui devront être consultés dans tous les cas. Surtout, les accords professionnels détiennent une place centrale puisque l'administration a l'obligation de s'y référer s'ils existent pour l'établissement des règlements.

40. Cette inflexion initiée par la loi sur la journée de huit heures va influencer les réformes du XX^{ème} siècle tout en laissant à la main de l'administration la détermination des dérogations. L'ordonnance Mitterrand du 16 janvier 1982¹¹⁸ initiera le tournant à venir. Le rapport accompagnant l'ordonnance prévoit qu'il appartient aux partenaires sociaux « le soin de déroger, par voie d'accord, aux règles précédentes en matière d'aménagement du temps de travail, de définir un contingent d'heures supplémentaires utilisables sans autorisation de l'inspection du travail ou de moduler, dans certaines limites, la durée hebdomadaire du travail ».

La dérogation est alors moins encadrée et une plus grande liberté est laissée aux partenaires sociaux pour adapter les règles légales, grâce à l'accord collectif de travail. Plus qu'une autorisation, c'est une véritable invitation à la dérogation. Cette consécration gouvernementale des dispositions de l'ANI du 17 juillet 1981 sur la durée du travail va servir à l'élaboration des lois Auroux de 1982 qui marquent un tournant dans la dérogation permettant son dépassement. Tandis que la dérogation servait jusqu'alors à remplacer une

législation industrielle au droit du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 334. V. également M. Cointepas, « La mise en œuvre de la loi des huit heures de 1919 », *Cah. CHATEFP* 2000, n° 4, p. 21.

¹¹⁷ Cette loi prévoit dans son chapitre II : « Des règlements d'administration publique déterminent par profession, par industrie, par commerce ou par catégorie professionnelle, pour l'ensemble du territoire ou pour une région, les délais et conditions d'application de l'article précédent.

Ces règlements sont pris, soit d'office, soit à la demande d'une ou plusieurs organisations patronales ou ouvrières, nationales ou régionales intéressées. Dans l'un et l'autre cas, les organisations patronales et ouvrières intéressées devront être consultées : elles devront donner leur avis dans le délai d'un mois. Ils sont révisés dans les mêmes formes.

Ces règlements devront se référer, dans le cas où il en existera, aux accords intervenus entre les organisations patronales et ouvrières nationales ou régionales intéressées ».

¹¹⁸ Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 295.

règle légale pour améliorer les conditions de travail des salariés¹¹⁹ tout en permettant l'application de règles plus adaptées aux réalités économiques ou structurelles d'une entreprise ou d'un secteur d'activité, elle peut alors être plus ou moins favorable que les dispositions légales initiales, ou même équivalente.

B. UN CONCEPT DEPASSE

41. Les lois Auroux ont constitué un tournant du droit du travail français. Sur les quatre lois de 1982 portant le nom du ministre du travail de l'époque¹²⁰, seule celle du 13 novembre 1982¹²¹ sera abordée ici¹²². Initiatrice d'une tonalité « néo-corporatiste »¹²³, elle consacre deux types de dérogation : la dérogation *in melius* et la dérogation *in pejus*.

42. Tout d'abord, l'accord collectif peut déroger à la loi pour prévoir des dispositions plus favorables : il s'agit de la dérogation *in melius*. Cette dérogation, que l'on pourrait considérer comme étant le principe, jusqu'alors reconnue par la jurisprudence¹²⁴, mais cette fois-ci énoncée par la loi, fait alors l'objet de deux articles dans le Code du travail. Le premier permet aux conventions et accords collectifs de « comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur »¹²⁵. Le second organise la dérogation entre normes conventionnelles en permettant aux accords d'entreprise ou d'établissement d'adapter les dispositions des accords d'un niveau supérieur et de « comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés »¹²⁶.

¹¹⁹ V. infra.

¹²⁰ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (1^{ère} Loi Auroux), Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} Loi Auroux), Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi Auroux) et Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) (4^{ème} Loi Auroux).

¹²¹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi Auroux), *JORF* du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹²² Pour la Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} Loi Auroux), v. infra sur les partenaires sociaux.

¹²³ J. Le Goff, « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. soc.* 2003, p. 703.

¹²⁴ CE, avis n° 310.108 du 22 mars 1973. V. infra. Pour une réflexion sur l'apparition du principe de faveur, v. A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

¹²⁵ Art. L. 132-4 anc. C. trav.

¹²⁶ Art. L. 132-23, al. 1 anc. C. trav.

43. La dérogation peut être également *in pejus*, c'est-à-dire conduire à prévoir des dispositions moins favorables aux salariés. Dans ce cas, cette possibilité, qui est l'exception à la dérogation précédente, est prévue de manière moins claire et explicite puisqu'elle se déduit de l'articulation des articles L. 132-4¹²⁷, L. 132-26¹²⁸ et L. 153-1¹²⁹. La dérogation est alors possible uniquement pour des dispositions précises explicitement prévues par la loi comme pouvant être dérogées.

Une limite à la dérogation *in pejus* a été instaurée, cette fois entre accords collectifs de champs différents – à l'exception de l'entreprise – puisque ces accords ne peuvent « comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large »¹³⁰.

44. L'ordonnance du 13 novembre 1982 crée également un encadrement spécifique des accords dérogatoires puisque les organisations syndicales non-signataires peuvent s'opposer au texte sous certaines conditions¹³¹. L'article L. 132-26 prévoit en effet une procédure d'opposition pour les accords d'entreprise ou d'établissement « qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit (...), à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel ». L'absence de précision quant au type de dérogation conditionne cette procédure d'opposition pour tous les accords qui dérogent *in pejus*, mais aussi *in melius*.

¹²⁷ La dernière phrase de l'ancien article L. 132-4 prévoit que les conventions et accords collectifs « ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ». Autrement dit, elles peuvent déroger aux dispositions des lois et règlements qui ne seraient pas d'ordre public. Prise seule, cette phrase issue de l'ancien article L. 132-1 n'aurait pas eu la même interprétation.

¹²⁸ « Dans un délai de huit jours à compter de la signature d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou d'un avenant ou d'une annexe, comportant des clauses qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent (...) ».

¹²⁹ « Lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause ».

¹³⁰ Art. L. 132-13, al. 1 anc. C. trav.

¹³¹ Art. L. 132-26, al. 1 anc. C. trav. : « (...) à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Lorsque le texte en cause ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée, relevant d'un collège électoral défini à l'article L. 433-2, les organisations susceptibles de s'opposer à son entrée en vigueur sont celles qui ont obtenu les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits dans ledit collège ».

45. Les réformes initiées en 1982 ont alors mis en place ce que l'on peut appeler un mouvement dérogatoire. Dominique Roux-Rossi précise d'ailleurs que « dans tous les domaines du droit du travail, la dérogation (qui s'invente en 1982) a pour vecteur la négociation collective et l'accord soit d'entreprise, soit de branche »¹³². Ce mouvement dérogatoire s'est ainsi élargi avec les lois postérieures, notamment les lois¹³³ de 1986¹³⁴, 1987¹³⁵ et 1993¹³⁶, chacune d'entre elles apportant un nouveau domaine où la norme conventionnelle peut déroger à la norme légale. Pour autant, l'extension du champ des possibles ne signifie pas une occupation de celui-ci. Bien que certains accords mettent en œuvre les dérogations proposées par le législateur, leur nombre reste à vrai dire plutôt limité, surtout en entreprise, de sorte que par exemple, en 1994, « seules 4 % des entreprises susceptibles de [mettre en œuvre la modulation du temps de travail] et de la négocier l'avaient mis en place »¹³⁷.

Il n'empêche que la dérogation était lancée. Les lois Auroux marquent le début de ce qu'il est permis d'appeler l'« Acte 1 » de l'évolution du droit du travail tel que nous le connaissons. La fin de cet Acte peut s'observer dans les réformes sur les 35 heures apportées par les lois Aubry qui ont permis à la négociation collective de s'affirmer en tant que véritable outil du législateur pour transmettre sa vision au sein des branches et des entreprises. Car il s'agissait bien d'une volonté – celle de réduire la durée légale du travail – aux conséquences tellement importantes que pour la mener à bien, une appropriation par les partenaires sociaux était nécessaire, ceux-ci étant les plus à même de comprendre la fin pour ajuster les moyens en fonction des secteurs et des salariés. En donnant la possibilité de prévoir de nouveaux dispositifs¹³⁸ grâce à la négociation collective et sous couvert du respect de dispositions établies, le mouvement dérogatoire de 1982 s'achevait.

¹³² D. Roux-Rossi, « D'une pratique d'entreprise à un droit à dérogation : le cas des avenants temporaires des contrats à temps partiel. La dérogation, le droit et le travail (XIXe-XXIe siècle) », *Cah. CHATEFP* 2018, p. 79.

¹³³ Pour une réflexion sur l'apport de ces lois dans la dérogation en droit du travail, v. L. Machu, J. Péliasse, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie II) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019, p. 559.

¹³⁴ Loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du Code du travail, *JORF* du 4 janvier 1986, p. 199.

¹³⁵ Loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, *JORF* du 20 juin 1987, p. 6648.

¹³⁶ Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JORF* du 21 décembre 1993, p. 17769.

¹³⁷ L. Machu, J. Péliasse, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie II) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019, p. 559.

¹³⁸ Tel que le forfait annuel en jours que nous connaissons aujourd'hui.

46. La dérogation s'est ainsi progressivement transformée. D'abord acceptée dans un sens plus favorable aux salariés, elle s'est élargie en pouvant être également moins favorable. Elle n'était plus destinée qu'à prévoir différemment et favorablement, mais à prévoir différemment et efficacement grâce à une meilleure adaptabilité des dispositions. Cette technique de la dérogation étant liée à un outil, l'accord collectif, celui-ci a lui aussi vu sa fonction évoluer, le plaçant comme un levier stratégique pour les branches et les entreprises.

Le mouvement dérogoire, notamment sur la durée du travail¹³⁹, a permis à l'accord collectif de gagner en autonomie par rapport à la loi. Avec la réforme des 35 heures, le législateur a compris la portée et la force d'une incitation de la négociation collective au sein d'un champ bordé par la loi. Étaient alors semées les graines de la supplétivité.

§2. UNE EMANCIPATION AFFIRMÉE : LA SUPPLETIVITÉ

47. L'adjectif « supplétif » renvoie à « une règle applicable à défaut d'autres dispositions »¹⁴⁰, qui serait « obligatoire par défaut »¹⁴¹. D'un point de vue travailliste, « la technique de la supplétivité a pour fonction spécifique d'orchestrer la subsidiarité d'une norme juridique, par rapport à un accord interindividuel ou – ce qui correspond bien plus

¹³⁹ La durée du travail est le terrain privilégié pour initier des dérogations pour les accords de branche d'abord, puis d'entreprise : v. A. Jobert, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 370. La preuve en est avec l'ordonnance de 1982 (Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982) plusieurs fois évoquée précédemment. Les prémisses de la dérogation « justifiée » par l'absence d'opposition des organisations syndicales représentant plus de 50 % des électeurs inscrits l'ont été sur la durée du travail et les congés payés. Ce caractère expérimental du temps de travail se retrouve aussi avec la loi de 1987 (Loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, *JORF* du 20 juin 1987, p. 6648, art. 1^{er} : « Il peut être dérogé par convention ou accord collectif étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement à celles des dispositions de ces décrets qui sont relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail à l'intérieur de la semaine, ainsi qu'aux modalités de récupération des heures de travail perdues lorsque la loi permet cette récupération ») sur les horaires de travail, de 1998 (Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry), *JORF* n° 136 du 14 juin 1998, texte n° 100) et 2000 (Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi Aubry II), *JORF* n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 2) sur les 35 heures, 2003 (Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JORF* du 18 janvier 2003, texte n° 1) sur les heures supplémentaires, de 2005 (Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, *JORF* n° 76 du 1^{er} avril 2005, texte n° 1 : v. F. Favennec-Héry, « Vers l'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 794) sur l'organisation du travail en entreprise, de 2008 (Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 194 du 21 août 2008, texte n° 1), ou encore celle de 2016 (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 184 du 9 août 2016, texte n° 3) qui introduit le triptyque dans le Code du travail pour les articles relatifs à la durée du travail.

¹⁴⁰ « Supplétif, ve », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

¹⁴¹ C. Thibierge, « Rapport de synthèse, » in *Le droit souple, Journées nationales*, t. XIII, Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 156.

aux hypothèses qu'accueille le droit du travail – à une autre norme »¹⁴². D'autres voient en elle « une toile de fond qui n'a vocation à être mobilisée qu'en l'absence d'une règle issue d'une autre source juridique déterminée et portant sur le même objet »¹⁴³, voire une dérèglementation¹⁴⁴. Comme pour la dérogation, il s'agit toujours d'une habilitation de la loi à prévoir des dispositions par accord collectif. Pour autant, bien qu'elle reste au-dessus de la norme conventionnelle dans la hiérarchie des normes, la loi s'efface au profit de l'accord collectif, n'apparaissant qu'en cas d'absence de celui-ci.

La norme supplétive est donc la norme que l'on applique en l'absence d'une autre norme spécifique. Ce rapport entre normes s'est discrètement développé au fil des dernières réformes, faisant évoluer la technique de la dérogation vers une supplétivité affirmée (**A**). La conséquence est que parallèlement à ce développement, le rôle du législateur a progressivement évolué, passant d'un rôle où il fixe les normes et leurs possibles dérogations, vers celui où il encadre une autonomie conventionnelle (**B**).

A. LE DISCRET DEVELOPPEMENT D'UNE SUPPLETIVITE AFFIRMEE

48. La manifestation de la supplétivité n'est pas récente. Sans remonter aux ordonnances de 1982 ayant fait la part belle à la dérogation, le mouvement de ce que certains ont pu appeler le « détricotage de la loi »¹⁴⁵ remonte aux réformes du début des années 2000, notamment des lois de 2003¹⁴⁶ et 2004¹⁴⁷. La loi de 2008¹⁴⁸ a étendu ce mouvement¹⁴⁹ où la supplétivité transparaît alors dans des articles, tantôt de façon explicite grâce à la locution

¹⁴² F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

¹⁴³ S. Frossard, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. soc. Lamy* 2015, suppl. n° 1680, p. 62.

¹⁴⁴ F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379.

¹⁴⁵ A. Jobert, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 370.

¹⁴⁶ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* du 4 janvier 2003, texte n° 1., art. 2 : « Les heures supplémentaires de travail mentionnées à l'article L. 212-5 et effectuées à l'intérieur du contingent conventionnel fixé selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article L. 212-6 lorsqu'il existe, ou, à défaut, du contingent fixé par le décret prévu au premier alinéa de l'article L. 212-6 (...) ».

¹⁴⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* du 5 mai 2004, p. 7983, art. 42 : « Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

¹⁴⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194 du 21 août 2008, texte n° 1.

¹⁴⁹ V. en ce sens S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

« à défaut de »¹⁵⁰, tantôt de façon détournée¹⁵¹. Qu'elle soit explicite ou implicite, la supplétivité, « véritable kaléidoscope dont l'image qu'[elle] renvoie fluctue »¹⁵², suppose une articulation, une relation entre plusieurs normes.

La supplétivité peut, en effet, être entre normes conventionnelles uniquement ou entre normes conventionnelles et normes réglementaires, comme il ressort de l'article L. 3121-11 du Code du travail avant la réforme de 2016 : tandis qu'aux premiers et deuxième alinéa la supplétivité entre normes conventionnelles est affirmée¹⁵³, la supplétivité entre norme conventionnelle et norme réglementaire est énoncée au troisième alinéa¹⁵⁴. Cet article a même le mérite d'apporter une dernière supplétivité incomplète. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 3121-11 dispose : « À défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par voie conventionnelle, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ». La supplétivité est affirmée entre norme conventionnelle et décision de l'employeur après consultation d'une instance représentative du personnel, mais rien n'est prévu en cas d'absence de cette dernière, l'alinéa – et donc l'article – se terminant par « s'il en existe ».

49. La réelle consécration de la supplétivité vient de la réforme initiée par la Loi « Travail » de 2016 et sa réorganisation de certains articles du Code du travail selon le

¹⁵⁰ Exemple de l'article L. 4523-11 du Code du travail dans sa version avant 2018 qui prévoit : « À défaut de convention ou d'accord, le comité est élargi et fonctionne dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État ».

¹⁵¹ Exemple de l'article L. 2252-3, al. 2 du Code du travail dans sa version avant 2016 qui prévoyait : « Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ». Monsieur Serge Frossard cite Madame Hélène Tissandier qui résume fort bien : « Le silence même de la convention entraîne sa supplétivité envers l'accord d'entreprise » - H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 114.

¹⁵² M. Morand, « Le droit du travail supplétif », *RJS* 1/22, chron.

¹⁵³ « Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche (...) ».

¹⁵⁴ « À défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel et les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel ».

trioletyque¹⁵⁵ « Ordre public », « Champ de la négociation collective » et « Dispositions supplétives ». « La négociation collective n'est plus un outil de déroation à la loi mais acquiert un champ propre (...) »¹⁵⁶.

L'un des objectifs affichés avec la réforme de 2016 est de « faciliter la montée en puissance de la négociation collective grâce à une nouvelle architecture du code du travail plus lisible »¹⁵⁷. Cette lisibilité est tout à fait louable et atteste d'une sécurité juridique accrue pour les accords collectifs grâce à une meilleure connaissance pour les partenaires sociaux de l'étendue de leur pouvoir normatif. En effet, d'un côté les négociateurs savent de cette manière quelle limite ils ne peuvent franchir (ordre public), et de l'autre ils savent à partir de quelle base ils élaboreront un accord (dispositions supplétives). La négociation collective est ainsi littéralement encadrée. Elle est également placée au cœur du triioletyque, et avec elle la supplétivité.

50. Aujourd'hui une lecture des articles insérés dans les sections « Champ de la négociation collective » montre que la formule « à défaut de » est généralement privilégiée pour la supplétivité entre normes conventionnelles ; les sections « Dispositions supplétives » étant plutôt prévues pour la supplétivité entre les normes conventionnelles et les normes légales et réglementaires. Plus encore, la supplétivité entre normes conventionnelles telle qu'issue des sections « Champ de la négociation collective » est exclusivement « à défaut d'un accord de branche ». Au-delà d'un retrait de la loi, il est clairement mis en lumière un retrait de la branche.

Dès lors, l'idée selon laquelle les acteurs professionnels seraient les plus à même de produire leur norme grâce à une meilleure connaissance de leur besoin est poussée à son paroxysme : tandis qu'avant, un secteur d'activité – la branche – était vu comme le niveau le plus pertinent de production de la norme, aujourd'hui le niveau privilégié est assurément

¹⁵⁵ Véritable « valse à trois temps » (Y. Pagnerre, « La négociation sur le CSE », *RJS* 4/19, chron.), ce découpage a été mis en avant par Jean-Denis Combrexelle dans son rapport (J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015, Proposition n° 26). Depuis, le triioletyque a été étendu à de nombreux thèmes dans le Code du travail, notamment avec les ordonnances du 22 septembre 2017 n° 2017-1385 (relative au renforcement de la négociation collective) et 2017-1386 (relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales).

¹⁵⁶ Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, mars 2016, p. 32.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 27.

celui de l'entreprise. Apparaît un glissement de la loi, universelle, vers la branche, sectorielle, puis l'entreprise, personnelle.

La conséquence de cette supplétivité et de ce glissement est un accroissement de la sécurité juridique des accords collectifs d'entreprise notamment parce que la norme conventionnelle peut se développer, voire *doit* se développer, dans le cadre laissé par le législateur. S'opèrerait ainsi un « repli de la règle étatique »¹⁵⁸ qui conforterait une autonomie des accords collectifs.

B. LA DISCRETE EVOLUTION DU ROLE DU LEGISLATEUR

51. Ce repli de la règle étatique conduit à formuler l'idée selon laquelle s'observerait un « recul de l'État dans la production normative »¹⁵⁹ : bien que ce soit la loi qui définisse l'ordre public ainsi que le rôle et l'étendue des possibilités accordées à la négociation collective, il n'en demeure pas moins que les dispositions supplétives, placées à la toute fin du triptyque, sont « appelées à combler le vide laissé par l'absence de contrat collectif »¹⁶⁰. En outre, les dispositions insérées dans le volet « Ordre public » ne contiennent que peu d'éléments quantitatifs¹⁶¹. Cela laisse alors une place plus importante pour la négociation collective au profit de laquelle le législateur semble se désengager¹⁶². Monsieur le Professeur Bernard Teyssié précise à ce titre : « Alors que la loi et ses ambitions protectrices furent naguère au fondement du droit du travail, le contrat collectif et ses ambitions organisatrices ont vocation à s'y substituer »¹⁶³.

Peut-on assimiler ces observations et les développements précédents à un recul de l'État dans la réglementation du travail ? Une réponse courte serait de simplement dire non. Nous nuancerons ainsi le propos du Professeur Teyssié car les « ambitions protectrices » de la loi nous paraissent toujours présentes.

¹⁵⁸ A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

¹⁵⁹ F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016, p. 519.

¹⁶⁰ B. Teyssié, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *JCP S* 2016, 1019.

¹⁶¹ Par ex. le taux de majoration des heures supplémentaires.

¹⁶² En ce sens, v. S. Frossard, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. soc. Lamy* 2015, suppl. n° 1680, p. 62, pour qui la « supplétivité signe un désengagement très prononcé de l'État dans l'édition des règles et manifeste la volonté de privilégier d'autres registres normatifs ».

¹⁶³ B. Teyssié, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *JCP S* 2017, 1179.

52. Plutôt qu'un recul de l'État, il s'agit davantage d'une évolution de son rôle, mais surtout de la manière de réguler les relations de travail. Tout au long de la croissance de ce que l'on connaît aujourd'hui comme étant le droit du travail, le législateur a accordé une place de choix à la négociation collective tout en jalonnant petit à petit le terrain travailliste de règles permettant à la loi de fixer les dispositions les plus importantes et aux accords collectifs d'améliorer les conditions de travail des salariés. Le développement de la dérogation *in pejus* a effectivement constitué une rupture dans la « dynamique favorable » qu'était celle du législateur jusqu'alors. Cette dérogation a toutefois été encadrée par la loi justement dans un objectif d'adaptation à la conjoncture économique. La fin du plein emploi et l'impact des crises économiques a obligé l'État à changer sa façon de réguler les relations de travail : il n'a donc pas reculé, il a simplement évolué, et avec lui, le rôle et la portée de l'accord collectif.

Monsieur le Professeur Alexandre Fabre paraphrase Monsieur le Professeur Jacques Ghestin : « [L'accord collectif]¹⁶⁴ ne produit des effets juridiques que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci »¹⁶⁵. Il poursuit : « Partant de là, il y a lieu d'admettre que c'est la loi qui détermine l'effet que l'accord collectif produit sur les normes légiférées »¹⁶⁶.

53. Le passage vers une supplétivité assumée témoigne ainsi d'une évolution vers un droit du travail personnalisé, un « droit du travail conventionnel »¹⁶⁷, où chaque branche, mais surtout chaque entreprise peut fixer ses propres règles dans un cadre général plus ou moins restrictif déterminé par la loi. En habilitant la norme conventionnelle à réguler les relations de travail là où l'on s'attend à ce que la loi le fasse, le législateur s'efface sans disparaître et laisse les partenaires sociaux fixer les règles dans l'espace normatif qu'il leur accorde. Les réformes de 2016 et 2017 sembleraient ainsi participer à l'autonomie – en tant que détermination de dispositions propres – de l'accord collectif par rapport à la loi.

Ce n'est pas l'avis de Monsieur le Professeur Alexandre Fabre : « Loin de libérer la négociation collective, de l'autonomiser, ces délégations de pouvoirs (surtout les dernières)

¹⁶⁴ Au lieu de « l'accord des volontés ».

¹⁶⁵ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 630.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ B. Teyssié, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *JCP S* 2017, 1179. V. également infra les développements sur l'« ordre public conventionnel ».

la corsètent, l'instrumentalisent. Cela devrait faire réfléchir les chantres de la négociation collective : plus le législateur prétend la développer, plus celle-ci devient, en vérité, une modalité de mise en œuvre de la législation sociale »¹⁶⁸. Il est vrai que le développement de la négociation annuelle obligatoire et de la supplétivité paraît instrumentaliser l'accord collectif qui ne serait alors qu'un outil au service d'un législateur passif préférant laisser les détails normatifs aux partenaires sociaux, ne s'occupant que des grands principes. Toutefois, les réformes de 2016 à 2018 ne nous semblent pas « corseter » la négociation collective. Si l'on adopte le prisme de la sécurité juridique, le législateur « pratiqu[e] un salutaire exercice de confiance »¹⁶⁹ envers les partenaires sociaux, lesquels peuvent produire de meilleures normes en connaissant mieux l'étendue de leurs possibilités. D'autant qu'encadrer une négociation collective structurée sur des domaines définis ne bride pas les capacités d'innovation des partenaires sociaux, notamment dans les accords de sortie de grève. La négociation encadrée n'est pas exclusive d'une négociation spontanée.

54. Pour Monsieur le Professeur Alain Supiot, les lois Auroux avaient déjà favorisé « le droit négocié sur le droit imposé »¹⁷⁰. Les dernières évolutions confirment cette personnalisation du droit du travail. Finalement, par l'évolution – et non le recul – du rôle de l'État dans la régulation des relations de travail, l'accord collectif a gagné en autonomie, mais aussi en sécurité juridique. D'abord en autonomie grâce à l'habilitation de plus en plus grande de la part du législateur au profit de la norme conventionnelle pour fixer les règles applicables aux relations de travail. Ensuite en sécurité juridique grâce aux cadres posés avec plus de précision et de clarté quant à l'étendue de l'habilitation faite à la négociation collective.

Paradoxalement plus encadré¹⁷¹, l'accord collectif est au cœur du triptyque et donc de la réglementation du travail. Au sein des possibilités accordées dans le « champ de la négociation collective », l'accord collectif de travail gagne en pertinence et en applicabilité, la norme étant négociée dans un environnement normatif mieux dessiné et en adéquation avec les besoins concrets d'un secteur professionnel ou d'une entreprise. Cependant, un tel développement connaît également des limites.

¹⁶⁸ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 630.

¹⁶⁹ B. Teyssié, « L'environnement, l'entreprise et la norme », *JCP S* 2021, 1322.

¹⁷⁰ A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 63.

¹⁷¹ V. infra.

SECTION 2 : UNE EMANCIPATION LIMITEE DE L'ACCORD COLLECTIF PAR RAPPORT A LA LOI

55. Si l'accord collectif disposait d'une autonomie totale, sans aucune limite, sa sécurité juridique serait presque absolue puisque rien ne pourrait le remettre en cause. Or, tel n'est pas le cas : des limites viennent freiner le mouvement d'autonomie de l'accord collectif et cristallisent la sécurité juridique des accords collectifs au sein de l'ordre juridique étatique. À presque chaque évolution législative abordée précédemment, des voix se sont élevées pour les freiner brandissant deux limites à l'autonomie de l'accord collectif : le principe de faveur dont l'étude laisse apparaître un effacement de ce principe pourtant si important (§1) et l'ordre public (§2).

§1. L'EFFACEMENT DU PRINCIPE DE FAVEUR

56. Régulièrement considéré par la doctrine comme étant l'« âme du droit du travail »¹⁷², le principe de faveur a souvent été mis en avant grâce à une reconnaissance par les juridictions constitutionnelles, judiciaires et administrative (A). Cependant, bien qu'unaniment reconnu, le principe ne souffre pas moins de limites quant à sa portée (B).

A. UNE DOUBLE RECONNAISSANCE D'UN PRINCIPE CARDINAL

57. Principe également considéré comme la « clé de voûte »¹⁷³ de notre droit du travail, la reconnaissance du principe de faveur en tant que principe avec une réelle consistance et une forte portée s'est faite progressivement (1). Cette progression a conduit à lui reconnaître deux aspects complémentaires pouvant mener à des difficultés d'application génératrices d'insécurité juridique pour l'accord collectif (2).

1. Une reconnaissance unanime progressive du principe de faveur

58. L'importance du principe de faveur tel que nous le connaissons aujourd'hui est due à une reconnaissance progressive de ses effets par la jurisprudence et la doctrine depuis un

¹⁷² Notamment depuis Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243.

¹⁷³ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF 2002, p. 139.

peu plus d'un demi-siècle. Il est communément admis que les premières traces d'une telle reconnaissance se retrouvent dans la décision du Conseil constitutionnel du 12 juillet 1967¹⁷⁴ rendue à la suite de la saisine du premier ministre permise à l'article 37 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel y affirme « que [l]e principe [de faveur] doit être rangé au nombre des principes fondamentaux du droit du travail placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution ». Bien qu'il ne se soit agi que d'un simple rattachement à la qualification issue de l'article 34 de la Constitution selon lequel « la loi détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale », le principe de faveur était officiellement mis en lumière.

Le Conseil d'État va emboîter le pas du Conseil constitutionnel dans son avis du 22 mars 1973¹⁷⁵ en rapprochant le principe de faveur des principes généraux du droit du travail, mais le principe ne va pas connaître une existence à part entière immédiatement.

59. Le principe de faveur va se consolider à partir des années 1990, après un nouveau rappel du Conseil constitutionnel en 1989¹⁷⁶, avec tout d'abord deux décisions de la Cour de cassation rendues le 25 novembre 1992¹⁷⁷ où la Cour reconnaît explicitement un « principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L. 132-4 du Code du travail ». Cette première étape constitue en quelque sorte le véritable « lieu de naissance » du principe de faveur.

Toutefois, c'est surtout dans ses arrêts du 17 juillet 1996¹⁷⁸ que la Cour de cassation va conférer une existence propre et autonome au principe de faveur grâce à son attendu de principe : « Attendu qu'en vertu du principe fondamental, en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable (...) ». L'autonomie est en effet clairement identifiée grâce au visa ne mentionnant aucunement l'article L. 132-4 du Code du travail, mais de façon péremptoire : « Vu le

¹⁷⁴ Cons. const., 12 juillet 1967, Décision n° 67-46 L DC : « que ce principe doit être rangé au nombre des principes fondamentaux du droit du travail placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution ». Il est parfois également considéré que le principe de faveur tire son origine de la loi du 24 juin 1936, mais cette hypothèse est balayée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2003 (v. infra).

¹⁷⁵ CE, avis n° 310.108 du 22 mars 1973.

¹⁷⁶ Cons. const. 25 juillet 1989, Décision n° 89-257 DC, spéc. cons. n° 11 : « constitue un principe fondamental du droit du travail, le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements ».

¹⁷⁷ Cass. soc., 25 novembre 1992 : *Bull. civ.* V, n° 573 ; *Dr. soc.* 1993, p. 63. Cass. soc., 25 novembre 1992, n° 89-45.131.

¹⁷⁸ Cass. soc., 17 juillet 1996, nos 95-41.313, 95-41.614, 95-41.745 et 95-41.831 : *Bull. civ.* V, nos 296 (n° 95-41.745) et 297 (n° 95-41.313) ; *Dr. soc.* 1996, p. 1056, note J. Savatier.

principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ».

Dans son arrêt d'assemblée du 8 juillet 1994¹⁷⁹, le Conseil d'État, quant à lui, puise dans l'article L. 132-4 pour consacrer un « principe général du droit dont s'inspirent ces dispositions législatives » ; principe général confirmé en 2001¹⁸⁰.

60. Plus tard, le Conseil constitutionnel va être de nouveau saisi de ce principe sur la future loi du 17 janvier 2003 prévoyant notamment une liberté pour la détermination, par accord de branche, du contingent d'heures supplémentaires¹⁸¹. Le Conseil constitutionnel recentre le principe de faveur en le limitant à une impossibilité pour le législateur de permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et règlements dans un sens défavorable pour les salariés¹⁸² pour ensuite rejeter la qualification de principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁸³. Le principe de faveur n'a donc aucune valeur constitutionnelle.

Enfin, la dernière décision relative à l'identification du principe de faveur est celle du Conseil constitutionnel en date du 29 avril 2004¹⁸⁴ sur la loi relative à la formation professionnelle et au dialogue social¹⁸⁵. Le Conseil parachève la détermination des contours du principe de faveur en l'appliquant explicitement aux lois et règlements ainsi qu'aux normes conventionnelles d'un niveau supérieur¹⁸⁶ : « que le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux

¹⁷⁹ CE, ass., 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail*, n° 105471 : *RJS* 12/94, n° 1386, note X. Prétot.

¹⁸⁰ CE, ass., 27 juillet 2001, *Fédération nationale des transports Force Ouvrière*, n° 220067 : *RJS* 1/02, n° 107, note F. Bocquillon.

¹⁸¹ Cons. const., 13 janvier 2003, Décision n° 2002-465 DC : *D.* 2003, p. 642 ; *ibid.*, p. 638, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2004, p. 1280, obs. V. Ogier-Bernaud ; *Dr. soc.* 2003, p. 260, note X. Prétot.

¹⁸² Cons. const., 13 janvier 2003, Décision n° 2002-465 DC, cons. 2 : « Considérant que, selon les députés requérants, les dispositions déférées porteraient atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ».

¹⁸³ Cons. const., 13 janvier 2003, Décision n° 2002-465 DC, cons. 3.

¹⁸⁴ Cons. const., 29 avril 2004, Décision n° 2004-494 DC : *RFDA* 2005, p. 409, obs. L. Dardalhon ; *RTD civ.* 2005, p. 93, obs. P. Deumier.

¹⁸⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* n° 105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

¹⁸⁶ La référence aux normes conventionnelles s'explique en particulier par la réforme induite par la loi du 4 mai 2004 qui modifie l'ancien article L. 132-13 du Code du travail prévoyant notamment qu'« une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ». En effet, la loi de 2004 a conditionné ce principe de faveur à la stipulation expresse « à la condition que les signataires de cette convention ou de cet accord aient expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou en partie ».

conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés (...) ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (...), [mais] constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée ».

61. Sans être totalement homogène entre les différentes juridictions¹⁸⁷, les décisions du Conseil constitutionnel permettent de comprendre que le principe de faveur n'étant pas un principe constitutionnel, ni un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais un principe fondamental appartenant au domaine de la loi, le législateur peut le moduler et ainsi faire varier la sécurité juridique des différentes normes conventionnelles au sein de l'ordre juridique étatique.

Une question se pose toutefois : pourquoi cette reconnaissance ? Principe inscrit depuis longtemps dans la loi dans sa formulation que l'on connaît aujourd'hui à l'article L. 2251-1 du Code du travail, son autonomie a été progressivement affirmée. Cette reconnaissance s'est faite en fonction des exceptions qui ont été, justement, progressivement apportées, permettant à des accords collectifs de déroger *in pejus* à la norme supérieure – qu'il s'agisse d'une autre norme conventionnelle ou directement de la loi. C'est alors bien en tant que limite à l'autonomie de l'accord collectif que le principe de faveur a acquis sa force et son indépendance. Cette limite se matérialise sous la forme de deux aspects complémentaires : la dérogation dans un sens plus favorable pour les salariés et la détermination de la norme applicable.

2. Deux aspects complémentaires générateurs de difficultés d'application

62. Tel qu'il est formulé à l'article L. 132-4, aujourd'hui L. 2251-1 du Code du travail, le principe de faveur consiste tout d'abord en une permission pour les conventions et accords collectifs de travail de déroger *in melius* aux dispositions prévues par la loi. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons vu précédemment, sa conception historique.

Tel qu'énoncé, son impact sur la sécurité juridique des accords collectifs et des situations créées et régies par eux est simple et efficace. En effet, si les partenaires sociaux conçoivent une norme conventionnelle en s'en tenant à cet énoncé, ils le font en

¹⁸⁷ V. sur ce point S. Laulom, N. Merley, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219 où les auteurs concluent : « du point de vue du droit positif, il est donc possible d'affirmer qu'il n'existe pas un principe de faveur dont l'importance aurait été reconnue par l'ensemble des juridictions mais une variété de règles dérogées à partir de l'article L. 132-4 ».

connaissance de cause et les dispositions qui seront alors insérées dans l'accord auront moins de chance d'être remises en causes car plus favorables. L'accord dérogeant *in melius* à la loi ou l'accord collectif couvrant un champ plus large sera plus sûr juridiquement à l'égard de ceux-ci.

63. L'autre aspect du principe de faveur est son rôle dans la détermination de la norme applicable en cas de concours de norme. C'est sous cet aspect que ce principe est généralement connu, dont la substance a été extraite en 1996 par la Cour de cassation¹⁸⁸. C'est également cet aspect qui génère le plus d'insécurité juridique.

En effet, si la question se pose de savoir quelle norme est la plus favorable en cas de concours de normes, c'est que plusieurs d'entre-elles, probablement élaborées sans tenir compte l'une de l'autre, peuvent s'appliquer à une situation juridique donnée, mais qu'un doute subsiste quant à celle à appliquer. Ce doute crée alors l'insécurité juridique et le principe de faveur peut servir d'arbitre¹⁸⁹.

64. Ces deux aspects du principe de faveur sont finalement fondamentalement complémentaires. Elles coïncident en un seul but qui est l'essence même du droit du travail tel qu'il s'est construit à l'origine : la protection du salarié¹⁹⁰. Car si le principe est résumé en un « principe de faveur », sa version longue est bien un principe d'application des dispositions les plus favorables pour les salariés. Il s'agit de protéger la partie faible au contrat de travail. C'est d'ailleurs ce qu'affirme de façon claire et précise le Conseil d'État dans son avis de 1973 quand il souligne que « conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits (...) ».

¹⁸⁸ Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.313, v. préc.

¹⁸⁹ Pour un exemple récent, v. C. Radé, « Le principe de faveur, arbitre du conflit entre le maintien unilatéral d'un accord caduc et l'accord collectif normalement applicable dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2021, p. 665, à propos de Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-15.920.

¹⁹⁰ En ce sens, v. D. Baugard, « L'ordre public social », *Archives de philosophie du droit* 2015-1 (Tome 58), p. 129. V. égal., pour une présentation synthétique grâce au compte rendu du colloque « Questions sensibles de droit du travail », F. Champeaux, « Les principes directeurs de la négociation collective », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1960, p. 9.

65. L'importance du principe de faveur est donc affirmée par les plus hautes juridictions françaises sous ses aspects complémentaires. Il est ainsi difficile de s'en écarter dès lors que l'on s'intéresse aux sources du droit du travail et à leur sécurité juridique, surtout dans leur application pratique. Le principe de faveur, par ses aspects complémentaires, est alors un principe à géométrie variable en raison d'un jugement de valeurs, source d'insécurité juridique. Est-il une limite au développement de l'autonomie de l'accord collectif ?

B. UN PRINCIPE LIMITE

66. Nous l'avons vu, le principe de faveur est un principe fondamental du droit du travail. Pour autant, il n'a jamais été reconnu en tant que principe constitutionnel. Cette nuance est essentielle pour comprendre la portée réelle du principe de faveur sur le mouvement d'émancipation de l'accord collectif.

En ne lui reconnaissant pas une portée constitutionnelle, mais en le cantonnant au domaine de la loi de l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a drastiquement limité le principe de faveur : celui-ci, au lieu d'être au-dessus de la loi, est intégré à elle.

67. La conséquence de cette intégration au domaine de la loi est que le principe de faveur peut être intégralement modulé par le législateur selon ses besoins. Dès lors, si ceux-ci consistent à étendre les prérogatives des conventions et accords collectifs, le législateur a toute la liberté qu'il souhaite pour conforter cette aspiration et conduire – dans certaines matières – à une supplétivité de la loi au profit de la norme conventionnelle. Le principe de faveur, limite à l'émancipation de l'accord collectif est alors lui-même limité puisque soumis à la volonté du législateur. Dès lors, le principe de faveur s'est progressivement essoufflé¹⁹¹ au profit d'une plus grande autonomie de l'accord collectif pouvant prévoir davantage de dispositions moins favorables que la loi.

68. Le principe de faveur est ainsi une construction juridique dont les origines remontent aux prémices de la législation du travail. Celle-ci n'a fait, jusqu'à la fin du XX^e siècle, qu'aller dans un sens plus favorable aux salariés. Sorte de dérogation implicite accordée par le législateur, identifié et placé sur un piédestal par la doctrine et la jurisprudence, il influe sur la sécurité juridique des normes légales, conventionnelles et contractuelles. Toutefois, la

¹⁹¹ V. F. Bergeron-Canut, « Ordonnement des conventions collectives entre elles : panorama des cas de concours et des règles d'articulation », *BJT* 2020, n° 4, p. 58.

réorganisation du Code du travail sous la forme d'un triptyque, l'absence de constitutionnalisation du principe et sa mutation en garanties équivalentes fait de celui-ci une limite relative à l'autonomie de l'accord collectif. L'ordre public, en revanche, peut être considéré comme une limite plus marquante.

§2. LE RECOURS A UN ORDRE PUBLIC RENFORCE

69. L'ordre public est une notion protéiforme dont l'identification peut parfois être difficile¹⁹² (A). Pourtant, bien qu'il représente une réelle limite à l'autonomie de l'accord collectif, l'ordre public tel que conçu actuellement contribue à la renforcer (B).

A. UN ORDRE PUBLIC PROTEIFORME

70. Particularité foncièrement travailliste, il est nécessaire de distinguer différentes formes d'ordre public : un ordre public stricto sensu, absolu et un ordre public social, relatif (1), avant de s'intéresser à l'identification de cette notion qui reste floue malgré l'impact des dernières réformes (2).

1. La nécessité de distinguer deux types d'ordre public

71. Il est communément admis que la distinction entre divers degrés de l'ordre public résulte de l'avis du Conseil d'État de 1973¹⁹³ qui, en plus d'avoir qualifié le principe de faveur de « principe général du droit », est aussi connu pour avoir donné les premières définitions de ce que l'on nomme alors « ordre public absolu » et « ordre public social ».

72. Le premier, ordre public absolu, est par définition catégorique et exclusif : « les dispositions impératives, les principes fondamentaux constitutionnels ou énoncés en droit interne, ou international, si ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels ».

Autrement dit, il s'agit de règles et principes transcendant les branches du droit, tellement importants que leur dérogation – sans distinction aucune quant au caractère

¹⁹² En ce sens, v. F. Bergeron-Canut, « L'architecture "ordre public, champ de la négociation, dispositions supplétives", facteur de conventionnalisation », *BJT* 2019, n° 12, p. 51.

¹⁹³ CE, avis n° 310.108 du 22 mars 1973.

favorable ou non – n'est pas possible. Vont se retrouver ici, par exemple, les grands principes liés aux droits de l'Homme et du citoyen. C'est cet ordre public qui est explicitement énoncé¹⁹⁴ par le législateur à l'actuel article L. 2251-1 du Code du travail : après avoir rappelé le principe de faveur permettant une dérogation *in melius*, il énonce que les accords collectifs « ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

73. Le second, ordre public social¹⁹⁵, peut être qualifié d'ordre public « relatif ». Notion plus générale que celle du principe de faveur, lequel est une des formes d'expression de l'ordre public social, parfois vu comme son « bras armé »¹⁹⁶, il s'agit non pas de règles auxquelles il est interdit de déroger, il s'agit en réalité de règles minimales en dessous desquelles il est interdit de descendre.

Cet ordre public social est vu par certains auteurs comme une « construction originale (...) largement inspirée du déséquilibre contractuel et de la nécessité qui en découle de protéger le salarié »¹⁹⁷. Il s'agit bien d'un seul objectif : la protection du salarié en ne lui appliquant pas de dispositions trop défavorables.

L'ordre public peut ainsi être de deux principales formes. Tout comme la définition des différents ordres publics, leur identification souffre de difficultés.

2. Une identification améliorée mais imparfaite

74. L'une des caractéristiques de l'ordre public en droit du travail est sa difficile identification. Traditionnellement, il n'y a pas réellement de dispositions claires indiquant que telle ou telle règle est d'ordre public ou pas. Pourtant présent, l'ordre public n'en est pas moins parfois invisible aux yeux du commun des individus¹⁹⁸. La position consistant à penser que l'ensemble du droit du travail puisse être vu comme faisant partie de l'ordre

¹⁹⁴ Ou plutôt rappelé, l'article 6 du Code civil énonçant depuis 1804 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁹⁵ L'utilisation de l'expression « ordre public social » est largement admise en doctrine, bien que pour Gérard Couturier, cette utilisation soit impropre, la notion d'« ordre public » étant exclusive de toute relativité. Pour une présentation développée associée à une analyse sociologique, v. D. Baugard, « L'ordre public social », *Archives de philosophie du droit* 2015-1 (Tome 58), p. 129.

¹⁹⁶ C. Radé, « L'ordre public social et la renonciation du salarié » *Dr. soc.* 2002, p. 931.

¹⁹⁷ J. Barthélémy, « Ordre public et droit du travail », *Cah. DRH* 2011, n° 172, p. 41.

¹⁹⁸ Ce rôle d'identification est assuré par la jurisprudence. Ont été identifiés comme étant d'ordre public les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail (Cass. soc., 23 mars 2017, n°s 15-24.005, 15-24.022 et 15-24.831) ou plus généralement les conditions de validité des accords collectifs (Cass. soc., 4 février 2014, n° 12-35.333) et les principes généraux du droit électoral (Cass. soc., 24 novembre 2021, n° 20-20.962).

public¹⁹⁹ n'est plus pertinente, au moins depuis les débuts de la dérogation *in pejus*. En l'absence de dispositions explicites, c'est l'analyse de la rédaction, notamment pour faire ressortir son impérativité, qui permet de distinguer l'ordre public social de l'absolu.

75. Aujourd'hui, le problème de l'identification de l'ordre public est amoindri grâce au triptyque, sans être totalement éteint. Tout d'abord en raison du maintien de l'ancienne structure du Code du travail – sans le triptyque – pour certains thèmes. C'est alors au juge que revient la tâche d'identifier quelle disposition est d'ordre public et laquelle ne l'est pas.

Ensuite, au sein des dispositions prévues sous le paragraphe « Ordre public », la distinction entre ordre public absolu et relatif se fait toujours en fonction de l'énoncé de la règle et de son impérativité. Pourtant, dans le rapport Combrexelle qui a contribué à poser les bases de la réforme, le vocable utilisé pour nommer la première substitution du triptyque n'était pas « ordre public » : le rapport faisait la proposition de « dispositions impératives », formulation qui avait le mérite d'être moins sujette à interrogation par rapport au raisonnement travailliste et son « ordre public social ».

Cependant, bien que la problématique de la distinction entre les différents ordres publics ne soit pas réglée, l'identification de la notion générale d'ordre public et la connaissance de la règle à respecter est renforcée. Telle est la conséquence des dernières réformes du droit du travail ayant organisé le Code du travail selon le triptyque abordé précédemment, certains se demandant si l'ordre public n'était pas la « clé de la refondation du Code du travail »²⁰⁰. En effet, la création de paragraphes dédiés aux articles intéressant l'ordre public permet une identification aisée des règles auxquelles les partenaires sociaux ne peuvent déroger. Grâce à cela, les normes conventionnelles élaborées tiennent plus facilement compte des règles d'ordre public pour mieux les respecter. La sécurité juridique de la norme est alors renforcée.

76. L'ordre public est ainsi la limite posée par le législateur ou identifiée par la jurisprudence au sein de l'autonomie de l'accord collectif développée au fil des réformes. Cet ordre public contenant les dispositions essentielles intéressant l'ensemble des salariés – d'où le caractère public de cet ordre – sert à la fois de phare et de girouette aux partenaires

¹⁹⁹ V. T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017, p. 585 : l'auteur fait référence au Répertoire civil par J. Hauser et J.-J. Lemouland qui relevait sur la question qu'il n'était « guère utile de dresser un inventaire puisque tous les textes sont d'ordre public en la matière ».

²⁰⁰ P.-Y. Verkindt, « L'ordre public, clé de la refondation du Code du travail ? », *JCP S* 2017, 1137.

sociaux dans l'élaboration de la norme conventionnelle. Pour autant, même identifié, afin de comprendre la limite que représente l'ordre public dans l'autonomie de l'accord collectif, il est nécessaire de comprendre sa portée réelle sur celui-ci.

B. UN ORDRE PUBLIC A DOUBLE FACE

77. La portée de l'ordre public tel qu'appliqué en droit du travail découle de ses différents rôles. Deux principaux peuvent être identifiés. Il peut d'abord être celui d'« opérer une répartition des compétences entre les différents producteurs de normes »²⁰¹ que sont le législateur et les partenaires sociaux. Présenté ainsi, l'ordre public fait figure d'arbitre entre deux créateurs de normes, cantonnant l'accord collectif.

L'autre rôle de l'ordre public est davantage à destination des partenaires sociaux qui élaborent les normes conventionnelles. Il s'agit de constituer une limite à ne pas franchir ou une règle à ne pas déroger. C'est dans ce rôle en particulier que la limite à l'autonomie de l'accord collectif apparaît réellement. Cependant, certains auteurs ont pu voir dans la réforme de 2016 une « contraction de l'ordre public »²⁰², en particulier de l'ordre public absolu. Il est vrai qu'identifier un objet permet de le cerner et empêche de l'étendre par interprétation²⁰³.

78. Pourtant, bien qu'étant une limite, l'ordre public social tel que nous le connaissons peut également être vu comme une aide à l'autonomie de l'accord collectif. Comme Janus, l'ordre public possède deux visages : tandis que d'un côté il empêche d'aller en dessous de certaines limites, il donne également un cadre au sein duquel les partenaires sociaux peuvent évoluer²⁰⁴.

²⁰¹ T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *op. cit.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.* : l'auteur regrette tout particulièrement le fait que « ce que l'ordre public gagne en visibilité, il paraît le perdre en valeurs et en autorité. (...) En multipliant, dans le Code du travail, les références à l'ordre public, le législateur et le pouvoir exécutif entendent sortir l'ordre public de l'indétermination, pour le figer ». Ce qui transparait finalement, c'est plus une impression d'appropriation par le législateur – ou plutôt le gouvernement grâce aux habilitations à légiférer par ordonnance – d'un bien commun immatériel qu'une simple solidification d'une notion.

²⁰⁴ C'est en ce sens que Madame Hélène Tissandier évoque que « c'est à l'abri de l'ordre public social que s'est construite l'autonomie conventionnelle, et les partenaires sociaux ne pourraient s'en émanciper » (H. Tissandier « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045).

La liberté encadrée est alors une sécurité pour l'accord collectif : si la norme est élaborée en toute autonomie, sans encadrement minimal, elle ne pourra être reconnue et produire pleinement ses effets dans l'ordre juridique étatique. En accordant une sorte de « terrain de jeu » limité, mais dont les règles sont simples et générales, l'autonomie est finalement plus forte quant aux effets de la norme négociée.

79. Nous l'avons vu, l'ordre public, correctement identifié depuis la construction du Code du travail selon un triptyque, est ainsi la limite minimale clairement énoncée par le législateur que les partenaires sociaux, négociateurs et créateurs de la norme conventionnelle, ne peuvent franchir²⁰⁵.

80. Conclusion de chapitre : De la dérogation à la supplétivité, il n'y a qu'un pas que le législateur a franchi progressivement au fil des dernières réformes. Ce mouvement, non pas de repli de la loi, mais d'évolution de son rôle a placé l'accord collectif au cœur de la réglementation des relations de travail, confortant son émancipation en s'affranchissant des règles légales pour déterminer ses propres règles.

La dérogation lui a d'abord permis de personnaliser certaines dispositions légales précisément déterminées au préalable par le législateur au travers d'une habilitation active de celui-ci. L'évolution vers la supplétivité a quant à elle renforcé cette émancipation permettant, par une habilitation passive, d'élaborer des normes de façon autonome, la loi ne reprenant son rôle impératif, de détermination de la règle applicable, qu'en cas d'absence de norme conventionnelle. La sécurité juridique a également été renforcée, notamment par une meilleure connaissance de ses possibilités grâce au triptyque, mais aussi en raison de la plus grande liberté dans la détermination des stipulations accordées par le législateur. Les accords collectifs contiennent alors des dispositions plus pertinentes, adaptées aux besoins de l'entreprise ou du secteur.

Émancipé, l'accord collectif n'est pas pour autant indépendant. Non seulement son autonomie est encadrée, mais surtout, d'autres limites peuvent freiner cette autonomie. Le principe de faveur, bien que fondamental, a vu sa portée considérablement réduite avec les récentes évolutions. L'ordre public, en particulier l'ordre public absolu, quant à lui, représente une réelle limite à l'autonomie de l'accord collectif. Mieux identifié sans être

²⁰⁵ Comme a pu le dire Madame le Professeur Florence Canut, « le droit du travail n'est donc pas entièrement négociable » (F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouvr.* 2017, n° 827, p. 342).

parfaitement connu, son efficience se trouve renforcée tout comme la sécurité juridique de la norme conventionnelle qui peut s'épanouir dans un environnement normatif aux contours davantage dessinés.

Le mouvement d'autonomie de l'accord collectif par rapport à la loi n'est pas le seul mis en action au fil des différentes réformes. Celles-ci ont conforté l'émancipation d'un type d'accord en particulier au profit de tous les autres : celui de l'accord d'entreprise.

CHAPITRE SECOND : LE ROLE NORMATIF CENTRAL CONFERE A L'ACCORD COLLECTIF D'ENTREPRISE

81. L'intervention de l'État dans les relations de travail, symbolisé par le « tandem négociation collective - loi, règlement »²⁰⁶ existe depuis très longtemps, au moins depuis le décret du mois de mai 1848 sur les dix heures que Jacques Le Goff qualifie de « décret négocié »²⁰⁷. Les dernières réformes en droit du travail affichent une évolution vers la rapidité, voire la précipitation ; quitte à balayer derrière ce qui aura été oublié ou négligé. La dernière réforme a ainsi été faite par ordonnances²⁰⁸ et non par voie législative, avec le recours à la pratique des « ordonnances balais »²⁰⁹ pour corriger les erreurs. Tout va de plus en plus vite, toujours dans une volonté de disposer de normes répondant le plus aux besoins actuels des destinataires de celles-ci. Le recours à la négociation collective répond également à ce besoin.

Avec l'essor vu précédemment des accords collectifs dérogatoires et du caractère davantage supplétif de la loi, l'accord collectif de travail a pris une place de premier ordre dans l'ordre juridique étatique. Un autre mouvement, parallèle à celui d'autonomie par rapport à la loi, s'est inscrit dans l'évolution des rapports entre les sources du droit du travail, celui de l'autonomie de l'accord collectif d'entreprise par rapport au contrat de travail (**Section 1**) où la sécurité juridique de l'accord collectif se trouve renforcée grâce à une prédominance de celui-ci dans certaines situations où l'emploi des salariés est en jeu.

82. Le contrat de travail n'est pas le seul à être impacté par l'accord collectif d'entreprise. Nombreux ont été, surtout dans la presse « commune », ceux qui ont qualifié d'« inversion de la hiérarchie des normes » les évolutions apportées par la loi du 8 août 2016 et confortées par les ordonnances de septembre 2017. Plus nuancés ont été les auteurs écrivant dans la presse « spécialisée ». Il est aujourd'hui clair que l'inversion de la hiérarchie des normes n'a

²⁰⁶ J. Le Goff, « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. soc.* 2003, p. 703.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Sur le recours aux ordonnances pour légiférer, v. Y. Leroy, « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.* 2018, p. 784.

²⁰⁹ Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0297 du 21 décembre 2017, texte n° 46. V. B. Domergue, « Réforme du code du travail : et maintenant, l'ordonnance balai », *D. actualité* du 5 décembre 2017.

pas eu lieu. Ou du moins pas comme le sens commun l'entend, d'une supériorité de l'accord collectif sur la loi. Dans le cas de la loi Travail et des ordonnances Macron, les normes de l'ordre juridique étatique sont toujours agencées de la même manière : la loi demeure au-dessus de l'accord collectif, lequel ne peut supplanter la première que si celle-ci le permet expressément.

L'évolution se situe à un autre niveau : celui des normes conventionnelles. Ici, la branche ne tient plus aujourd'hui le rôle qui aura été le sien pendant des années. L'accord collectif d'entreprise occupe dorénavant une place de premier ordre par rapport à la branche, redéfinissant les contours de la sécurité juridique des accords collectifs en fonction de leur niveau d'élaboration (**Section 2**).

SECTION 1 : L'EMANCIPATION DE L'ACCORD D'ENTREPRISE SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL AU NOM DE L'EMPLOI

83. Il est de jurisprudence constante de considérer « qu'en toute hypothèse, un accord collectif ne [peut] modifier le contrat de travail »²¹⁰. Issu de l'ancien article 1134 du Code civil – devenu 1103 en 2016 – selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », le principe d'intangibilité des stipulations du contrat de travail face aux accords collectifs se matérialise à l'article L. 2254-1 du Code du travail²¹¹ dont la formulation modernise l'ancien article 31 e) tel qu'issu de la loi de 1950²¹² : les dispositions

²¹⁰ Cass. soc., 25 février 1998, n° 95-45.171. Pour un exemple récent, v. Cass. soc., 15 septembre 2021, n° 19-15.732 : « Sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié » (§4). V. égal. Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-26.147 : « Sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié ». V. A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 228.

²¹¹ « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ». Cet article fonde aujourd'hui le principe de modification possible en cas de stipulations plus favorables. V. réc. Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-11.240.

²¹² Loi n° 53-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *JORF* n° 0038 du 12 février 1950, p. 1688 : « Lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui.

Dans tout établissement compris dans le champ d'application d'une convention collective, les dispositions de cette convention s'imposent, sauf dispositions plus favorables, aux rapports nés des contrats individuels ou d'équipe ».

contractuelles plus favorables que les dispositions conventionnelles ne peuvent être modifiées par un accord collectif ; l'autonomie de ce dernier sur le premier n'est que très limitée, possible dans un sens unique. Le contrat de travail, source du droit du travail, semble être perçu comme un refuge aux évolutions législatives et conventionnelles.

84. Pourtant, à partir des années 2010, la question de la modification d'éléments contractuels par accord collectif s'est posée. En 2012, dans le cadre de l'article 45 de la Loi Warsmann²¹³, le Conseil constitutionnel a déjà validé cette idée : en permettant aux accords de modulation du temps de travail sur une période supérieure à la semaine de répartir les horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié, le législateur s'est fondé sur un motif d'intérêt général suffisant²¹⁴. Ce motif d'intérêt général va conduire, en moins d'une décennie, à l'apparition d'un nouveau type d'accord, l'accord de performance collective, pouvant faire plier le contrat de travail des salariés.

Pour comprendre les mécanismes propres à l'accord de performance collective – notamment quant à sa sécurisation juridique – ayant accentué l'émancipation de l'accord collectif d'entreprise sur le contrat de travail (§2), une brève étude des dispositifs préexistants que sont les accords de maintien de l'emploi et les pratiques antérieures est nécessaire, ces accords ayant initié ce mouvement d'émancipation de l'accord d'entreprise (§1).

§1. L'EMANCIPATION INITIEE PAR LES ACCORDS DE PRESERVATION DE L'EMPLOI

85. « Accord de maintien de l'emploi » et « accord de mobilité interne », puis « accord de préservation ou de développement de l'emploi », les premiers accords reconnus par le législateur matérialisant une négociation sur la préservation des emplois des salariés d'une entreprise ont fait l'objet de nombreuses conditions strictes pour permettre leur validité et leur assurer une production totale de leurs effets. Ces effets étaient particulièrement novateurs et drastiques : en cas de refus du salarié de voir son contrat de travail modifié –

²¹³ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *JORF* n° 0071 du 23 mars 2012, texte n° 1.

²¹⁴ Cons. const., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, cons. n° 14. Dans le cas de l'article 45 de la Loi Warsmann, le Conseil constitutionnel l'a permis pour trois raisons : les débats parlementaires ont montré qu'il s'agissait de la volonté expresse du législateur, la modulation était subordonnée à un accord collectif applicable à l'entreprise, et les salariés à temps partiel étaient explicitement exclus.

même temporairement – à la suite de la signature de l'accord, il ouvrait droit à son employeur la possibilité de le licencier. Pourtant, avant cette consécration légale (**B**), la pratique de négociation sur la préservation de l'emploi apparue de façon autonome, tolérée par la jurisprudence (**A**), n'envisageait pas de telles conséquences en cas de refus des salariés.

A. UNE PRATIQUE TOLEREE PAR LA JURISPRUDENCE

86. Avant de connaître les accords de maintien de l'emploi, existaient des clauses contractuelles de stabilité d'emploi²¹⁵ insérées directement dans le contrat de travail du salarié qui garantissaient l'absence de licenciement sauf force majeure ou faute grave. Cela revenait par conséquent à nécessiter un accord des deux parties pour insérer une telle clause. Un besoin légitime de recours à la négociation collective est apparu dans la pratique (**1**) non prévu par la loi qui a nécessité une sécurisation jurisprudentielle (**2**).

1. Un légitime besoin de la pratique

87. Inclure la variable de l'emploi dans la négociation collective est une manœuvre pour le moins originale et à contrecourant de la construction historique du droit du travail, et plus spécifiquement du droit de la négociation collective. Cette pratique exceptionnelle naît alors d'une situation exceptionnelle : des difficultés économiques et/ou structurelles importantes qui menacent la survie de l'entreprise. Ainsi, tout comme l'idée de négocier et conclure des accords collectifs est apparue en temps de crise – les grèves ouvrières du XIX^{ème} siècle – leur évolution vers ce que l'on appellera plus tard du « donnant-donnant » s'est faite par des contextes difficiles.

88. Avant que ces accords collectifs d'un nouveau genre ne passent les filtres prétoriens, des exemples jurisprudentiels font état de réorganisations d'entreprises nécessitant des modifications d'éléments substantiels du contrat de travail. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 1984 met en lumière une « réorganisation décidée par l'employeur [qui] avait pour but de maintenir l'emploi des négociateurs dans leurs fonctions »²¹⁶. En l'espèce, l'employeur avait soumis un nouveau contrat de travail aux salariés concernés, refusé par l'un d'entre eux qui a pris acte de la rupture du contrat de travail, et a voulu faire

²¹⁵ V. J. Savatier, « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991, p. 413.

²¹⁶ Cass. soc., 9 mai 1984, n° 82-40.854 : *Bull. civ.* V, n° 182.

reconnaître l'application du droit du licenciement économique tel que prévu par la loi du 3 janvier 1975. La cour a jugé « que la rupture, intervenue à l'initiative du salarié lui-même, ne constituait pas une forme déguisée de licenciement pour motif économique », mais a surtout débouté l'employeur, demandeur au pourvoi, en reconnaissant effectivement une rupture à l'initiative de celui-ci, « la modification décidée par l'employeur [ayant] un caractère substantiel ».

Rejetant également la modification d'éléments substantiels du contrat de travail, une autre décision de la Cour de cassation, de 1994²¹⁷, a qualifié les licenciements comme reposant sur un motif économique en raison du « refus des salariés de consentir à une modification de leur rémunération rendue nécessaire, notamment par le souci de maintenir les emplois, en dépit d'une conjoncture difficile ».

89. Dans ces deux cas, il n'était alors pas question d'accords collectifs, mais de modifications unilatérales d'éléments substantiels du contrat de travail justifiées par un objectif de maintenir les emplois et éviter les licenciements en raison de difficultés causées par des événements extérieurs²¹⁸, notamment les licenciements économiques. Or, certains employeurs ont voulu solliciter les représentants des salariés pour négocier et conclure des accords collectifs prévoyant la remise en cause d'avantages conventionnels, mais nécessitant également des modifications contractuelles, lesquelles devaient être acceptées par les salariés. En raison de l'originalité de la méthode, une sécurisation jurisprudentielle était nécessaire.

2. Une nécessaire sécurisation jurisprudentielle

90. Afin de favoriser l'acceptation des salariés et éviter des décisions unilatérales, des accords collectifs sur le thème de la préservation de l'emploi ont commencé à être signés. Les juges ont alors dû sécuriser le recours à ces accords. La Cour de cassation a dès lors commencé à construire une jurisprudence prenant en compte la réalité sociale et économique ainsi que les intérêts de chacun, employeurs comme salariés.

²¹⁷ Cass. soc., 12 janvier 1994, n^{os} 92-40.333 à 92-40.335.

²¹⁸ Le caractère substantiel de la modification du contrat de travail avait pu être écarté auparavant si cette modification est rendue nécessaire par une décision de sa part, en l'espèce l'acceptation d'« une importante commande à un prix trop bas » (Cass. soc., 19 juin 1980, n^o 78-41.321).

Dès 1995²¹⁹, la Cour de cassation se voit connaître d'un accord où l'employeur avait finalement procédé à des licenciements alors qu'il s'était engagé à « éviter » le recours aux licenciements. L'accord contenait en outre une clause permettant de modifier les engagements « si la situation de l'entreprise se trouvait notablement modifiée à la baisse ou à la hausse ». Les juges ont pu admettre la validité de l'accord car celui-ci ne faisait finalement que reprendre les formulations légales²²⁰.

Pour valider les accords, la Cour de cassation se basait alors sur l'ancien article 1147 du Code civil²²¹ sur la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation si un employeur ne respectait pas les engagements pris dans un accord de maintien dans l'emploi « officieux ». C'est le cas d'un arrêt de 1998²²² où la Cour de cassation y voit une obligation de résultat. De tels accords étaient donc admis par les juges par application du droit commun et de la liberté contractuelle. Seule la modification unilatérale était impossible, nécessitant la proposition d'avenants aux salariés.

91. Par un arrêt du 19 février 1997²²³ les juges ont admis la remise en cause d'un accord antérieur par un nouvel accord prévoyant une diminution de la prime instituée par l'ancien accord en échange d'une limitation du nombre de licenciements. Grâce au recours au principe de faveur, la Cour de cassation a validé cet accord – qui n'avait pas été signé par l'ensemble des signataires du premier accord – en considérant « que la suppression de la moitié de la prime semestrielle était compensée par une prime sur les résultats et que cette suppression avait en outre pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé

²¹⁹ Cass. soc., 13 décembre 1995, n° 94-13.867 : *Bull. civ. V*, n° 345.

²²⁰ L'employeur ne peut pas s'engager à ne procéder à aucun licenciement car cela le priverait d'une part importante de l'exercice de son pouvoir de direction. La formulation a été acceptée par les juges car « éviter » les licenciements « ne paralyse pas (...) [le droit de l'employeur] de procéder à des licenciements lorsqu'ils sont inévitables ». V. A. Lyon-Caen, « Le maintien dans l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 655.

²²¹ L'essentiel ayant été repris à l'actuel article 1231-1 du Code civil.

²²² Cass. soc., 22 janvier 1998, n°s 95-45.400 et 95-45.402 : *Bull. civ. V*, n° 29 ; *Dr. soc.* 1998, pp. 367, 375 et 380. En l'espèce, une société avait signé en 1990 « un accord, dit projet d'établissement (...) afin de favoriser le maintien de l'activité [d'un établissement] et prévoyant un aménagement des coûts salariaux par une réduction des salaires mensuels bruts de base du personnel », associé à un accord salarial pour « ramener le seuil de compétitivité de l'établissement (...) au niveau de celui des meilleurs de la profession et favoriser ainsi le maintien d'une activité industrielle sur le site ». V. aussi. Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-12.218 où une société avait signé en 2007 « un accord sur les dispositions à mettre en œuvre pour garantir la compétitivité et le développement de l'entreprise portant sur l'aménagement, la durée et l'organisation du temps de travail et sur la révision, la suspension ou la suppression d'avantages collectifs, d'usages ou d'engagements unilatéraux ».

²²³ Cass. soc., 19 février 1997, n° 94-45.286 : *Bull. civ. V*, n° 345 ; *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. Couturier ; *Dr. ouvrier* 1996, p. 245.

sauf à eux à opter pour un départ volontaire, ce dont il résultait que l'accord de 1986 était plus favorable aux salariés » : les juges placent ainsi la préservation de l'emploi dans la balance pour la détermination des dispositions les plus favorables, lui accordant un poids plus important qu'aux dispositions liées à la rémunération. Certains auteurs ont ainsi très justement relevé que « ce n'est plus seulement sur les conditions d'emploi qu'on négocie mais sur l'existence de celui-ci »²²⁴.

92. L'intérêt de ces accords étant d'éviter de recourir à des licenciements, en particulier pour motif économique, l'absence d'encadrement légal a créé une insécurité juridique en raison du contrôle rigoureux effectué par la Cour de cassation. Un arrêt de 1996²²⁵ a ainsi condamné l'employeur n'ayant pas établi de plan social à la suite de l'annonce d'une restructuration entraînant la modification d'éléments essentiels du contrat de travail de 24 salariés, même si « seuls » 9 d'entre eux avaient refusé : la seule hypothèse statistique que l'ensemble des salariés refusent – et donc dépassent le seuil de 10 – suffit à imposer la mise en œuvre d'un plan social. Dans un autre arrêt de 1997²²⁶, la Cour de cassation a également condamné un employeur ayant initié une procédure de licenciement au cours de l'application d'un accord donnant-donnant²²⁷ même si le licenciement n'a été prononcé qu'à l'issue de l'extinction de l'accord. Pour ce faire, les juges ont eu recours au principe de la bonne foi issu de l'ancien article 1134 du Code civil²²⁸. La Cour de cassation exerçait alors un contrôle strict paralysant les initiatives de la part des entreprises afin de préserver leurs effets sur les contrats de travail des salariés.

Enfin, le risque juridique des accords n'était pas leur validité, la liberté contractuelle permettant une existence juridique reconnue. Le risque juridique reposait sur la portée des engagements pris par les parties, notamment la partie patronale, et leur éventuel non-respect. En outre, la sécurité juridique de ces accords ne se pose pas quand il s'agit de remettre en cause des avantages conventionnels. La réelle difficulté se pose en cas de modification d'éléments contractuels. Jusqu'alors, le contrat de travail était en effet préservé et la relation de travail était maintenue en cas de refus par le salarié de modification. La

²²⁴ T. Aubert-Monpeyssen, « Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi », *D.* 1998, p. 480.

²²⁵ Cass. soc., 3 décembre 1996, n° 95-17.352 : *Bull. civ.* V, n° 411.

²²⁶ Cass. soc., 1^{er} avril 1997, 95-45.284 : inédit ; *Dr. soc.* 1997, p. 646, obs. J.-E. Ray.

²²⁷ Suspension d'avantages sociaux en échange d'un engagement à ne procéder à aucun licenciement pendant la durée de l'accord.

²²⁸ Repris à l'actuel article 1104 du Code civil.

reconnaissance légale va néanmoins apporter de nouvelles conséquences sur le contrat de travail.

B. UNE PRATIQUE RECONNUE PAR LE LEGISLATEUR²²⁹

93. Il aura fallu près de vingt ans après les premiers arrêts rendus sur des accords collectifs où l'employeur s'engageait à maintenir des emplois en échange d'efforts de la part des salariés pour que l'ordre juridique étatique finisse par reconnaître et intégrer les accords de maintien dans l'emploi. C'est à partir des années 2010, en partie à cause de l'impact de la crise de 2008, que l'intégration s'est faite.

Suivant la procédure prévue à l'article L. 1 du Code du travail, la feuille de route donnée aux partenaires sociaux était claire : « face à la forte dégradation de la situation de l'emploi, dont les principales victimes sont les salariés précaires et ceux qui sont touchés par des licenciements économiques, le Gouvernement invite les partenaires sociaux à négocier au niveau national interprofessionnel les conditions d'une meilleure sécurisation de l'emploi »²³⁰. L'objectif affiché par le Gouvernement était « d'aménager temporairement l'équilibre global temps de travail-salaire-emploi »²³¹. L'emploi est ainsi pleinement reconnu comme variable d'un équilibre global.

Après la signature de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013²³² crée et encadre officiellement les accords de maintien de l'emploi et les accords de mobilité interne. Sans être révolutionnaire²³³, l'évolution apportée par l'ANI est due à la volonté des partenaires sociaux de flexibiliser le droit du travail grâce à la négociation collective²³⁴. Encadrant cet accord par de nombreuses dispositions précises devant être respectée (1), cette reconnaissance, insuffisante, n'a toutefois pas rencontré un grand succès auprès des entreprises et des salariés (2).

²²⁹ Accord vu comme l'« accord "donnant-donnant" par excellence » (J. Daniel, « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187), nous traiterons essentiellement des accords de maintien dans l'emploi en raison de leur impact et rayonnement plus important que celui des accords de mobilité interne, lesquels étaient davantage perçus « comme un outil de gestion et non comme un remède à des difficultés, comme c'était le cas (...) des accords de maintien dans l'emploi » (M. Hautefort, « Accords de mobilité, une réponse, deux questions en suspens », *JSL* 2020, n° 491-4).

²³⁰ Préambule de l'étude d'impact de la loi du 14 juin 2013.

²³¹ Étude d'impact de la loi du 14 juin 2013, p. 126.

²³² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138 du 16 juin 2013, texte n° 1.

²³³ E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168.

²³⁴ A. Lyon-Caen, T. Sachs, « ADN d'une réforme », *RDT* 2013, p. 162.

1. Une reconnaissance sous condition

94. En raison du caractère foncièrement original du dispositif, notamment par la reconnaissance de l'emploi comme sujet de négociation, mais surtout à cause de la conséquence du refus du salarié de voir les stipulations de son contrat de travail modifiées, le législateur va intégrer plusieurs critères exigeants pour assurer le rôle de garde-fou.

95. Le contenu des accords de maintien de l'emploi était significativement limité. Les seules variables autorisées pour agir étaient la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que la rémunération dans la limite de 1,2 SMIC.

Le législateur a également cherché à renforcer la responsabilité de l'employeur. Pour ce faire, l'accord devait prévoir une clause pénale²³⁵ qui « s'appliqu[ait] lorsque l'employeur n'[avait] pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi (...) Elle donn[ait] lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution [étaient] fixés dans l'accord ». L'employeur doit être conscient du caractère exceptionnel du dispositif. Il n'est pas le seul à être sensibilisé puisque l'accord devait également mentionner les efforts que devaient fournir les dirigeants salariés, mandataires sociaux et les actionnaires²³⁶.

Enfin l'accord devait prévoir des « mesures d'accompagnement » pour les salariés qui refusaient la modification de leur contrat de travail. Sur ce point, aucune directive n'a été précisée quant à la nature et l'étendue de ces mesures. Les négociateurs avaient une totale liberté. Pourtant, comme le relève un auteur : « paradoxalement, plus ces mesures seront avantageuses, plus le salarié sera incité à refuser l'application de l'accord »²³⁷. Si l'objectif des partenaires sociaux – surtout de l'employeur – était bien de ne pas se séparer de ses salariés, il était important de prévoir des mesures honnêtes pour les réfractaires, mais pas trop avantageuses pour ne pas trop inciter les salariés à choisir le départ. Toujours dans l'intérêt des salariés, l'accord devait prévoir « les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés » pour ainsi permettre de revenir au *statu quo ante negocium*.

²³⁵ Art. L. 5125-2 anc. C. trav.

²³⁶ Ce point a été source d'interrogations de la part de la doctrine, notamment sur « la capacité juridique d'un accord collectif de travail à limiter les droits des mandataires et des actionnaires ». V. A. Martinon, « Les accords de maintien de l'emploi », *Cah. soc.* 2013, p. 309.

²³⁷ J. Daniel, « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

96. Au-delà du contenu, le législateur a encadré la portée et la durée des accords de maintien de l'emploi. La durée maximale d'un accord de maintien dans l'emploi était initialement de deux ans²³⁸, mais pouvait théoriquement cesser dès lors que les difficultés conjoncturelles avaient disparu. Cela évitait la suspension des clauses des contrats de travail pendant trop longtemps. Car la principale nouveauté, la véritable force de l'accord de maintien dans l'emploi était que « les clauses du contrat de travail contraires à l'accord [étaient] suspendues pendant la durée d'application de celui-ci »²³⁹. Pour ce faire, l'accord des salariés était nécessaire. Le refus, lui aussi encadré, conduisait à un licenciement « repos[ant] sur un motif économique, (...) prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord »²⁴⁰. Malgré l'absence de modification des stipulations du contrat de travail, « l'accord collectif se voit (...) reconnaître une véritable suprématie sur le contrat de travail »²⁴¹ puisque celui-ci cesse en cas de refus du salarié.

En raison de cet effet exorbitant, la signature d'un tel accord nécessitait la justification « de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise »²⁴² et, prémices de l'évolution du droit commun des accords collectifs²⁴³, le respect du principe majoritaire si l'entreprise dispose de délégués syndicaux. Les apports jurisprudentiels sont également repris par le législateur puisqu'il était expressément prévu que les engagements devaient être « appliqués de manière loyale et sérieuse »²⁴⁴.

²³⁸ Art. L. 5125-1, III anc. C. trav.

²³⁹ Art. L. 5125-2, al. 1 anc. C. trav.

²⁴⁰ Art. L. 5125-2, al. 2 anc. C. trav. Dans le régime de l'accord de maintien dans l'emploi « officiel », contrairement aux positions jurisprudentielles, le droit du licenciement pour motif économique est en quelque sorte suspendu pendant la durée de l'accord pour les salariés acceptant la modification de leur contrat de travail : pour les réfractaires, le licenciement économique individuel leur est appliqué. Qu'importe le nombre de salariés refusant, il y a une totale mise à l'écart du licenciement collectif – même si des centaines de licenciements sont prononcés en raison du refus des salariés.

²⁴¹ F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 4.

²⁴² Art. L. 5125-1, I anc. C. trav. Un diagnostic était effectué par l'employeur, puis était analysé par les organisations syndicales. Cette condition pouvait être génératrice d'incertitudes : à partir de quel moment une difficulté est-elle suffisamment grave pour être qualifiée ainsi ? qu'est-ce qu'exactement une difficulté économique conjoncturelle ?

²⁴³ Il était également prévu qu'en cas d'absence de délégués syndicaux, l'employeur pouvait négocier et signer avec un ou plusieurs représentants du personnel mandatés, ou, à défaut, un ou plusieurs salariés mandatés. Dans ce cas, l'accord devait être approuvé par référendum.

²⁴⁴ Art. L. 5125-5 anc. C. trav.

97. Les accords de maintien de l'emploi étaient ainsi particulièrement encadrés : on peut forcer la modification du contrat de travail, mais pas n'importe comment. Initié par un besoin de la pratique associé à une volonté de légitimer la démarche, cette « forme de solidarité dans le malheur »²⁴⁵ n'a pas connu un grand succès ; tout comme les accords de mobilité interne²⁴⁶. Souffrant d'une reconnaissance insuffisante, ils ont toutefois initié un changement des mentalités de notre droit du travail.

2. Une reconnaissance inefficace

98. Ce changement dans les mentalités s'est produit en raison d'un besoin de réponse. Observer la reconnaissance par le législateur au début des années 2010 démontre une impression d'insuffisance de notre droit du travail, une « faiblesse structurelle »²⁴⁷, dont l'évolution jusqu'alors était essentiellement centrée sur une préservation maximale de la partie faible au contrat de travail : le salarié. La crise de 2008 a parachevé les évolutions progressivement apportées par les lois Auroux et la loi du 4 mai 2004. Les années 2010 ont alors initié un tournant dans notre droit du travail pour non plus chercher une protection plus importante du salarié, mais trouver un équilibre entre les intérêts des parties au contrat de travail : il fallait apporter une réponse différente aux problèmes qui se présentaient.

L'idée est que certaines fermetures d'entreprises ou certains licenciements économiques collectifs, et donc la perte d'emploi pour les salariés, peuvent potentiellement être évités grâce à une réduction des coûts de main d'œuvre : un petit sacrifice pour tout le monde le temps de retrouver une situation financière stable et empêcher la faillite ou le licenciement économique. L'ANI de 2013 fait dire à certains auteurs que le droit du travail s'oriente plutôt « vers un droit du marché du travail »²⁴⁸. Car l'essentiel de la reconnaissance du législateur de la pratique qui existait jusqu'alors tient à la création d'une nouvelle possibilité de licenciement.

²⁴⁵ P. Adam, « Le "prodigieux" accord de maintien de l'emploi. Escapade en Pays de Rouffach », *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1611, p. 7.

²⁴⁶ Les accords de mobilité interne avaient les mêmes conséquences en cas de refus qu'un accord de maintien de l'emploi (licenciement économique individuel), mais étaient moins encadrés. Insérés dans les négociations triennales sur la gestion des emplois et des compétences des entreprises de plus de 300 salariés, les autres entreprises pouvaient également conclure de tels accords, mais les négociations devaient également porter « sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner ».

²⁴⁷ Étude d'impact du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 5 mars 2013, p. 8.

²⁴⁸ T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 9.

99. Pour autant, le législateur a vu dans les accords de maintien de l'emploi une sécurisation de la relation de travail puisque les dispositions du contrat de travail incompatibles avec l'accord de maintien dans l'emploi étaient simplement suspendues. Pour le législateur, « l'ordre juridique n'[était] pas modifié et la sécurité juridique des salariés [était] ainsi assurée »²⁴⁹. L'objectif derrière cette sécurité juridique invoquée – d'une nature différente de celle propre aux accords collectifs eux-mêmes – est donc assurément le maintien de la relation de travail : c'est le contrat de travail qui est sécurisé, pas l'accord collectif. Toutefois, en cas de refus du salarié de voir certaines dispositions de son contrat de travail suspendues²⁵⁰ l'employeur peut rompre le contrat de travail, cette rupture s'analysant en un licenciement pour motif économique. Est-ce alors vraiment la relation de travail qui est sécurisée ? Avec cette possibilité de rupture, n'est-ce pas la sécurisation des relations de travail, laquelle passe par une sécurisation juridique de l'accord collectif grâce à un strict encadrement ? C'est en effet l'entreprise et l'ensemble des emplois qu'elle crée – et peut continuer de créer – qui se trouve préservée : forme de conclusion des évolutions du droit du travail français, il ne s'agit plus d'améliorer l'emploi, mais de le garder ; le collectif prend le pas sur l'individuel. Ce changement de raisonnement sera décisif pour les évolutions à venir.

100. Toutefois, les changements apportés par les accords de maintien de l'emploi ont été, sur le moment, limités en raison de son faible succès²⁵¹. La réponse voulue n'était donc toujours pas apportée. C'est pourquoi la loi du 8 août 2016 a créé les accords de préservation ou de développement de l'emploi. Sorte de « "cousin" de l'accord de maintien de l'emploi »²⁵², il s'en éloigne à plus d'un titre, notamment parce qu'il était possible de conclure ce nouvel accord en dehors de situation difficile. Les conséquences étaient également plus importantes puisque les clauses incompatibles n'étaient plus simplement suspendues : elles étaient substituées par celles issues de l'accord collectif, et en cas de refus du salarié, celui-ci pouvait faire l'objet d'un licenciement *sui generis*, mais soumis aux modalités du licenciement individuel pour motif économique. Toujours de durée déterminée,

²⁴⁹ Étude d'impact du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 5 mars 2013, p. 126.

²⁵⁰ Nous ne parlons volontairement pas du refus de modification du contrat de travail.

²⁵¹ E. Filippetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT* 2016, p. 415 : « au 15 mars 2015, seuls dix accords de maintien de l'emploi avaient été conclus ».

²⁵² S. Béal, « L'accord de préservation et de développement de l'emploi », *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1743, p. 14.

l'employeur n'était plus tenu à un engagement, mais à un objectif avec l'obligation de prévoir un préambule et d'établir un diagnostic de la situation de l'entreprise à partager avec les organisations syndicales.

À la lecture de ces changements, le faible succès des accords de maintien de l'emploi s'expliquerait par des conditions de fond trop strictes. Cette nouvelle souplesse est due au rapport Combrexelle qui a recommandé d'instituer « une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés pour l'emploi, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail »²⁵³.

Dispositif à la vie brève, mais à l'héritage important, l'accord de préservation ou de développement de l'emploi a tracé les contours d'un nouveau type d'accord collectif : ceux de l'accord de performance collective.

§2. L'EMANCIPATION RENFORCEE PAR L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE

101. Créé par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017²⁵⁴, l'accord de performance collective apparaît comme une fusion de l'ensemble des accords sur l'emploi préexistants vus précédemment. Ses conséquences sur le contrat de travail sont redoutables, la principale étant la substitution²⁵⁵ par les stipulations de l'accord collectif, le temps de son application, des clauses du contrat de travail incompatibles. Preuve d'une première sécurisation du dispositif, ce nouvel accord unique en son genre a été validé par le Conseil constitutionnel²⁵⁶.

L'accord de performance collective tire ainsi les conséquences des anciens accords de maintien de l'emploi et facilite l'émancipation de l'accord collectif sur le contrat de travail grâce à des conditions de fond et de forme moins nombreuses et plus faciles à remplir (A). Ce nouveau type d'accord à la portée inégalée connaît une sécurité juridique notable. Elle se

²⁵³ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015, Proposition n° 42.

²⁵⁴ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29, art. 3.

²⁵⁵ La rhétorique est différente. Le recours à la notion de substitution (art. L. 2252-2, III : « Les stipulations de l'accord se substituent ») évoque à elle seule le changement de paradigme, puisqu'elle induit une impression de durée : la substitution induit une suspension à durée indéterminée.

²⁵⁶ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC. Pour une analyse complète de la décision du Conseil constitutionnel concernant l'accord de performance collective, v. Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, p. 694.

trouve renforcée par les effets sur le contrat de travail des salariés puisque ceux-ci ont simplement le choix entre accepter les modifications imposées et voir leur relation de travail continuer, ou refuser et voir leur contrat de travail rompu. C'est donc une émancipation par les effets sur le contrat de travail qui se manifeste (**B**).

A. L'EMANCIPATION FACILITEE PAR LES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME

102. La question des conditions à remplir pour conclure un tel accord est prégnante. Il est légitime de s'attendre à ce qu'un accord collectif ayant autant de conséquences sur les contrats individuels de travail soit soumis au respect de modalités bien spécifiques. Pourtant, la force de l'accord de performance collective est de pouvoir être conclu sans réelle condition de forme propre à cet accord (**2**). Mais surtout, une étude des motivations nécessaires à sa conclusion montre que cet accord bénéficie d'une sécurité juridique importante en raison de motifs formulés de manière générale, rendant difficile leur remise en cause (**1**).

1. Une motivation facilitée

103. En tant qu'héritier des accords vus précédemment, l'objectif de maintien de « l'équilibre global temps de travail-salaire-emploi »²⁵⁷ est toujours affirmé grâce aux trois leviers sur lesquels l'accord de performance peut agir : « aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3²⁵⁸ dans le respect des salaires minima hiérarchiques²⁵⁹ mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ; déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise »²⁶⁰.

²⁵⁷ Étude d'impact de la loi du 14 juin 2013, p. 126.

²⁵⁸ « Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

²⁵⁹ Sur cette notion, v. infra.

²⁶⁰ Art. L. 2254-2, I C. trav. Certains auteurs voient ici une liste non exhaustive, les dispositions légales se limitant « à préciser les thèmes qu'un APC peut traiter. Le législateur n'a donc pas dressé une liste exhaustive. À notre sens, il doit être possible d'intégrer dans un APC des dispositions ne relevant pas des trois domaines énumérés par l'article L. 2254-2 » (A. Teissier, « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020, 3029). Une telle position extensive nous paraît risquée d'autant que le ministère du travail ne laisse pas une telle possibilité dans son « Questions/réponses » du 23 juillet 2020 sur l'accord de performance collective.

104. Ces leviers ne peuvent être actionnés que pour certains motifs définis par le législateur : répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, préserver l'emploi, et développer l'emploi.

À sa lecture, la première phrase de l'article L. 2254-2 se remarque par une formulation très générale²⁶¹. Notamment, alors que la préservation et le développement de l'emploi sont aisés à saisir grâce à l'historique vu précédemment, les « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » interrogent car une formulation aussi générale semble englober un certain nombre de situations, voire toutes. Comme l'indique Madame Inès Meftah, il est tentant « de se demander quels sont les accords qui ne sont pas "liés au fonctionnement de l'entreprise". Tous les accords répondent possiblement au besoin légitime qu'ont les entreprises d'assurer leur fonctionnement »²⁶². La notion même de nécessaire induit l'idée d'impérativité²⁶³. Le recours à l'accord de performance collective ne serait en quelque sorte plus un choix stratégique, mais une obligation vitale à la survie de l'entreprise.

105. Surtout, une telle généralité interroge sur le contrôle que peut effectuer le juge sur les motifs justifiant l'accord de performance collective. Au regard de ses effets exorbitants²⁶⁴, il serait légitime de voir des contentieux apparaître sur la justification de la signature d'un tel accord. Le contrôle du juge sur la pertinence des motifs a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018²⁶⁵. Toutefois, les motifs ne pourront pas faire concrètement l'objet d'un contrôle identique.

Ceux liés à l'emplois sont les motifs qui permettent d'identifier le plus facilement les moyens pouvant être mis en œuvre par le juge pour assurer sa mission de contrôle.

²⁶¹ Art. L. 2254-2, I C. trav. : « Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut (...) ». Il est évident que le législateur a voulu faire de l'accord de performance collective un outil polyvalent pouvant être mobilisé à tout moment dans la vie d'une entreprise, et non uniquement en cas de difficultés, surtout économiques.

²⁶² I. Meftah, « L'accord de performance collective », *RJS* 10/20, chron. L'auteur cherche alors à délimiter ce sujet en se rattachant à la nature même de l'accord de performance collective – accord exceptionnel, héritier des accords de maintien dans l'emploi et des accords de préservation ou de développement de l'emploi – et de la définition du terme « nécessité » vue comme un « besoin impérieux » qui est « celui qui ne peut être éludé, celui dont on ne peut se passer sans risquer un péril imminent ».

²⁶³ En ce sens, notamment sur les latitudes laissées aux partenaires sociaux quant à la notion de nécessité, v. E. Guénot, « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 05. V. plus spéc. I. Meftah, « L'accord de performance collective », *op. cit.*, et H. Cavat, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un "véritable contrôle judiciaire" des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022, p. 300.

²⁶⁴ Art. L. 2254-2, II C. trav. V. infra.

²⁶⁵ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. n° 27 : « le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge ».

Concernant le motif de la sauvegarde de l'emploi, Monsieur le Professeur Pascal Lokiec se rattache très justement aux fraudes au PSE grâce à des éléments concrets tels que le nombre de licenciements²⁶⁶. Dans la même veine, il est possible de déceler des moyens de contrôle du motif lié au développement de l'emploi dans les recrutements réalisés, les postes créés ou réorganisés.

L'identification s'avère plus hasardeuse s'agissant du motif tendant à répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Bien que le Conseil constitutionnel affirme que « la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge », le juge ne peut pas interférer dans la gestion de l'entreprise, pouvoir souverain de l'employeur. Les angles d'action du juge étant considérablement réduits, la seule hypothèse intéressante serait le terrain de la loyauté des négociations où le juge s'assurerait que l'employeur a démontré auprès des partenaires sociaux, de façon loyale, la pertinence et l'intérêt d'un accord de performance collective pour le fonctionnement de l'entreprise²⁶⁷. Pour autant, l'OIT a récemment rappelé que le juge national devait « déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention »²⁶⁸. Cette inflexion dans la sécurité juridique de l'accord de performance collective peut être écartée par un préambule correctement rédigé, détaillé, s'appuyant par exemple sur des éléments statistiques objectifs et concrets.

²⁶⁶ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1918, p. 3. La Direction générale du travail considère ainsi que « l'accord de performance collective ne saurait se substituer aux dispositions applicables en matière de licenciement collectif pour motif économique qui s'imposent à tout employeur dont la situation correspond aux prévisions légales » (Questions/Réponses, « L'accord de performance collective », question n° 2). Tel pourrait être le cas selon la DGT d'une fermeture d'un établissement avec déménagement de l'intégralité des postes contraignant les salariés à une importante mobilité géographique de sorte que la probabilité de refus de modification du contrat de travail est importante. Cependant, une telle vision est contradictoire avec la liberté accordée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation à l'employeur quant aux choix qu'il prend dans la gestion de l'entreprise (Cass., ass. plén., 8 décembre 2000, n° 97-44.219, *arrêt SAT : D.* 2001, p. 1125, note J. Péliissier ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, concl. P. de Caigny ; *ibid.*, p. 133, note A. Cristau ; *ibid.*, p. 417, note A. Jeammaud et M. Le Friant ; *RJS* 2/21, n° 180. Cette contradiction peut être source d'insécurité juridique.

²⁶⁷ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », *Dr. soc.* 2020, p. 511. Plus spécifiquement, Aurélie Cormier Le Goff affirme très justement que « le contrôle des nécessités de fonctionnement de l'entreprise qui doivent présider à la conclusion de l'APC devrait plus certainement procéder d'un contrôle de l'abus et de la dénaturation, sauf à interférer dans la liberté des partenaires sociaux de conclure de tels accords ».

²⁶⁸ Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 158 sur le licenciement, 16 février 2022. Sur ce rapport, v. H. Cavat, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un "véritable contrôle judiciaire" des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022, p. 300.

106. Le pouvoir de contrôle du juge apparaît alors limité. Pour le moment, la jeunesse du dispositif que constitue l'accord de performance collective empêche de disposer d'une jurisprudence bien établie pour aider à identifier les points de contrôle mis en œuvre sur les motifs²⁶⁹. Ces derniers restent alors empreints d'une grande liberté dans leur justification, surtout le premier sur le fonctionnement de l'entreprise. Au-delà des motifs, l'accord de performance collective connaît une banalité notoire dans ses conditions d'élaboration, renforçant sa capacité d'émancipation.

2. Un accord original aux conditions d'élaboration communes

107. Finalement, l'article L. 2254-2 ayant à lui seul la lourde charge d'encadrer le régime de l'accord de performance collective, les conditions nécessaires à son élaboration sont peu nombreuses. L'essentiel de l'article se résume à des possibilités²⁷⁰. La seule véritable obligation se décèle dans l'unique formulation affirmative dédiée à l'élaboration de l'accord : celui-ci « définit dans son préambule ses objectifs »²⁷¹. L'élaboration d'un préambule étant une condition posée pour tous les accords collectifs²⁷², l'innovation consiste à obliger l'accord à définir ses objectifs et ainsi bloquer les effets de l'accord de performance collective en cas d'absence de préambule.

Sans plus de précision de la part du législateur, la définition des objectifs est une condition particulièrement simple à respecter dont l'impact sur la sécurité juridique de l'accord de performance collective est très limité : si des partenaires sociaux d'entreprise décident de négocier un tel accord, ils se renseigneront forcément au préalable pour connaître au minimum les conditions légales spécifiques à cet accord qui sont résumées en un seul article. De plus, les partenaires sociaux ont toute latitude pour définir leurs objectifs, les

²⁶⁹ Pour le moment, les juges du fond s'en tiennent à un contrôle léger, rejetant l'exigence de données chiffrées : précision ne signifie pas justification aux yeux des juges. V. TJ Nantes, Première chambre, 7 juillet 2022, n° 21/04629. Pour le moment, « l'employeur reste dans une large mesure seul juge de ce qui convient à l'entreprise » (A. Jeammaud, M. Le Friant, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p. 417).

²⁷⁰ Art. L. 2254-2, I C. trav. : « Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut (...) ». Art. L. 2254-2, II C. trav. : « L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser (...) ».

²⁷¹ Art. L. 2254-2, II C. trav.

²⁷² Art. L. 2222-3-3 C. trav.

juges n'ayant aucun moyen d'exercer un réel contrôle sur ceux-ci : ils peuvent très bien se limiter à préciser que l'objectif de l'accord est de limiter, voire éviter des licenciements²⁷³.

108. Le faible nombre de conditions de forme ne signifie pas une absence totale de celles-ci. C'est pourquoi, si l'accord collectif n'est pas conclu pour au moins l'un des motifs prévus par l'article L. 2254-2 du Code du travail, le régime propre à cet article ne pourra être appliqué. En effet, il ne suffit pas de donner le titre « Accord de performance collective » à l'accord négocié pour qu'il bénéficie du régime exceptionnel associé.

Un risque juridique apparaît : certains partenaires sociaux pourraient négocier un accord de performance collective, mais ne concluraient qu'un « simple accord de réduction et d'aménagement du temps de travail, à une nuance près qu'elles entendent appliquer le régime restrictif de l'article L 2254-2 du Code du travail »²⁷⁴. Pour autant, les modalités de conclusion de l'accord de performance collective étant celles des accords de droit commun, le risque serait une requalification – ou plutôt une déqualification – de l'accord de performance collective en un accord collectif de droit commun. L'impact serait alors essentiellement concentré sur les effets de l'accord puisqu'il ne serait plus possible de licencier les salariés qui refuseraient la modification de leur contrat de travail²⁷⁵ ; il n'en serait pas invalide pour autant. Cependant, comme vu ci-dessus pour la définition des objectifs, la probabilité d'une telle hypothèse est particulièrement limitée car cela signifierait que l'accord de performance collective a été conclu en dehors de tout contexte économique ou structurel difficile, et la requalification ne risquerait pas de menacer la survie de l'entreprise.

109. Un point de fragilité existe toutefois dans le processus d'élaboration de l'accord de performance collective : faut-il obligatoirement disposer de délégués syndicaux pour négocier et signer un tel accord ? Le Conseil constitutionnel estime que seuls les délégués

²⁷³ Ils auront toutefois tout intérêt à se concentrer sur ce point qui canalise en quelque sorte le pouvoir de contrôle du juge. Le contrôle léger fait par les juges du fond semble conforter l'idée d'une condition simple à remplir. V. supra. Les premières affaires qui arriveront devant la Cour de cassation seront ainsi riches d'enseignement.

²⁷⁴ I. Meftah, « L'accord de performance collective », *RJS* 10/20, chron.

²⁷⁵ Ce qui représente tout de même une conséquence importante si un employeur pense pouvoir rompre le contrat de travail d'un salarié sur la base du refus de ce dernier de se voir imposer les conditions de l'accord de performance collective. Dans le cas d'une déqualification de l'accord, la rupture serait quant à elle requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

syndicaux peuvent signer un accord de performance collective²⁷⁶. Monsieur le Professeur Bernard Gauriau suit également cette position en se raccrochant à l'article 21-IX de la Loi Travail du 8 août 2016²⁷⁷ qui mentionne expressément l'article L. 2254-2 du Code du travail. Le ministère du travail, de son côté, communique des informations différentes²⁷⁸ puisqu'il se rattache au droit commun des accords collectifs²⁷⁹.

Il est vrai que l'article L. 2254-2 est muet sur le sujet. Cependant, il ne nous semble pas pertinent de se rattacher à l'article 21-IX de la Loi Travail : les dispositions de cet article n'organisent que l'application dans le temps du principe majoritaire dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux. L'accord de performance collective n'est évoqué que pour se voir appliquer « dès la publication de la [loi du 8 août 2016] » les exigences du principe majoritaire dans les entreprises disposant de délégués syndicaux.

À défaut de dispositions particulières pour les accords de performance collective, ceux-ci doivent, selon-nous, suivre les modalités de négociation et de conclusion des accords collectifs de droit commun. Il est donc logique que ces accords puissent être conclus au sein d'entreprises dépourvues de délégués syndicaux²⁸⁰. Monsieur le Professeur Pascal Lokiec est ainsi moins tranché lorsqu'il affirme qu'« il faudra voir si [la position du Conseil constitutionnel] conduit le juge judiciaire, sans doute dans le cadre d'un contentieux en

²⁷⁶ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. n° 27 : « Par ailleurs, en vertu de l'article L. 2232-12 du code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique ». Le Conseil constitutionnel ne prévoit que la situation où des délégués syndicaux sont présents, n'évoquant que l'article L. 2232-12 dédié uniquement aux entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux.

²⁷⁷ « Le présent article s'applique à compter du 1^{er} janvier 2017 aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et, dès la publication de la présente loi, aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du code du travail.

Il s'applique à compter du 1^{er} septembre 2019 aux autres accords collectifs, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 5125-1 du code du travail ».

²⁷⁸ <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/accompagnement-des-mutations-economiques/article/accords-de-performance-collective>

²⁷⁹ Art. L. 2232-21 à L. 2232-22-1 pour les entreprises dont l'effectif habituel compte moins de 11 salariés et entre 11 et 20 salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE. Art. L. 2232-23-1 pour les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et moins de 50 salariés. Art. L. 2232-24 à L. 2232-26 pour les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à 50 salariés.

²⁸⁰ Une telle possibilité a été récemment admise par la Cour d'appel de Nancy avec un contrôle particulièrement strict du respect des règles de négociation applicables : CA Nancy, 6 février 2023, n° 21/03031 : *FRS* 6/23, p. 7 ; *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2036, p. 10.

contestation du licenciement par voie d'exception, à sanctionner les APC conclus selon les modes dérogatoires de négociation »²⁸¹.

110. L'accord de performance collective connaît donc des conditions de forme et de fond très limitées facilitant sa conclusion et sa validité. L'étude de sa motivation après avoir abordé les anciens accords de maintien de l'emploi permet de comprendre l'impact de l'évolution engagée par le législateur sur les accords collectifs pouvant impacter le contrat de travail *in pejus* et de prendre conscience de leurs effets. Cette aisance, témoin d'une sécurité juridique renforcée, conforte l'émancipation de l'accord collectif sur le contrat de travail grâce aux effets exorbitants de l'accord de performance collective sur ce dernier.

B. L'EMANCIPATION PAR LES EFFETS SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

111. La principale singularité de l'accord de performance collective concerne les effets qu'il emporte sur le contrat de travail des salariés entrant dans son champ d'action : la modification ou la rupture forcée du contrat de travail (1). Une telle émancipation interroge : foncièrement novatrice, elle est à contrecourant de notre logique française du droit du travail construit sur la protection du salarié, partie faible au contrat de travail. Elle se trouve pourtant justifiée par le recours à la notion d'intérêt général (2).

1. La modification ou rupture forcée du contrat de travail

112. Nous l'avons vu, les conditions de validité d'un accord de performance collective sont relativement simples à remplir pour peu que l'on suive un minimum les dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Une fois valide, la principale conséquence qu'emporte l'application de l'accord est clairement énoncée au III de l'article précédent : « Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ».

Applicable à tous les salariés entrant dans son champ d'application, si ceux-ci disposent d'un contrat de travail avec des stipulations qui entreraient en contradiction avec celles négociées dans l'accord collectif, ces dernières remplacent les premières. Celles-ci ne

²⁸¹ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1918, p. 3.

sont donc pas simplement suspendues comme dans les accords de maintien de l'emploi. Tandis qu'avec ces derniers l'impact sur le contrat de travail paraissait temporaire, avec l'APC, l'impact semble plus durable. En effet, l'accord de maintien de l'emploi était nécessairement à durée déterminée alors que l'APC n'est pas contraint sur ce point. D'ailleurs, même si dans l'esprit de l'APC celui-ci est censé prendre fin lorsque les difficultés l'ayant justifié ont disparu, d'un point de vue sémantique, la suspension évoque un sentiment de pause et donc temporaire ; la substitution est plus forte et évoque la durabilité.

Ainsi, les modifications apportées au contrat de travail peuvent être définitives car une fois signé, l'accord collectif va s'appliquer et produire ses effets pendant toute sa durée. Et c'est là l'une des forces de l'accord de performance collective en comparaison avec ses prédécesseurs : aucune durée déterminée ne lui est imposée. L'article L. 2254-2 étant muet sur ce point, c'est bien le droit commun des accords collectifs qui s'applique ; pour ses avantages²⁸² comme pour ses faiblesses²⁸³.

Ces modifications peuvent concerner la durée du travail, la rémunération ou la mobilité géographique du salarié. Autre conséquence importante et intéressante pour notre étude : l'accord de performance collective permet soit de mettre en place une organisation sous la forme d'un forfait annuel en jours²⁸⁴, soit de modifier un accord existant sans qu'il n'y ait besoin, dans cette dernière hypothèse, de modifier les conventions individuelles précédemment signées²⁸⁵. Il s'agit d'une nouveauté de la loi de ratification de 2018²⁸⁶.

113. Cependant, les modifications apportées au contrat de travail doivent être acceptées par les salariés concernés : l'accord impose, le salarié dispose. Mais en cas de refus, la particularité de l'accord de performance collective transparait puisque le salarié réfractaire peut voir son contrat de travail rompu à la suite d'un licenciement « repos[ant] sur un motif

²⁸² Notamment la possibilité de conclure un accord à durée indéterminée qu'importe le motif.

²⁸³ Notamment la possibilité d'être dénoncé ou plus de chance être affecté par des éléments extérieurs en raison de la force des effets de l'accord.

²⁸⁴ Auquel cas, il sera toujours indispensable de faire signer au salarié une convention individuelle de forfait-jours dont le refus ne pourra entrer dans les effets spécifiques de l'accord de performance collective.

²⁸⁵ La sécurité juridique d'une telle possibilité est assurée grâce à une disposition spéciale Art. L. 2254-2, II, 4°, al. 4 C. trav.

²⁸⁶ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076 du 31 mars 2018, texte n° 1. L'autre nouveauté notoire de cette loi a été de prévoir une clause facultative sur les efforts fournis par les dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires en proportion de ceux demandés aux salariés.

spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse »²⁸⁷. Exit le licenciement pour motif économique : le licenciement est cette fois-ci soumis aux modalités du licenciement pour motif personnel des articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail. Une application du « droit commun du licenciement » qui dénote avec les effets exorbitants de l'accord. L'employeur a seulement comme obligation supplémentaire d'abonder le compte personnel de formation du salarié à hauteur de 3 000 euros au minimum en cas d'absence de clause prévoyant un montant supérieur dans l'accord.

114. On a ainsi un accord collectif qui vient littéralement modifier le contrat individuel de travail des salariés sans que ceux-ci ne l'aient initialement voulu. La traditionnelle rencontre des volontés par la négociation entre un employeur et un travailleur sur l'encadrement de leur relation de travail, pilier intangible et dernier refuge de la protection des droits des salariés, est balayée. Le contrat de travail s'efface devant la norme conventionnelle. Celui-ci perd ainsi une partie de son âme subjective pour plier devant l'accord collectif : soit il plie devant la conventionnalisation de la relation de travail, soit il résiste et rompt. Le contrat jusqu'alors librement consenti, négocié, se mue pour l'occasion en un contrat d'adhésion²⁸⁸ sous peine de tout bonnement prendre fin. Rien que par cet effet exorbitant du droit des contrats, l'accord de performance collective démontre une puissante émancipation de l'accord collectif d'entreprise sur le contrat de travail confortant sa sécurité juridique.

Pourtant, aussi étonnante que soit cette disposition, le droit des contrats est respecté puisque la modification du contrat de travail nécessite l'accord du salarié : sous couvert d'une aura conventionnelle conférée par l'accord collectif, l'employeur émet sa volonté de modifier le contrat de travail et le salarié accepte ou refuse la modification. Ainsi, même si le refus signifie la rupture du contrat, il eût été plus difficile de permettre à l'accord collectif de modifier unilatéralement le contrat de travail car une telle hypothèse aurait heurté frontalement les grands principes du droit des contrats. Il n'en demeure pas moins que la conception classique du droit du travail français est touchée en plein cœur.

²⁸⁷ Art. L. 2254-2, V.

²⁸⁸ En ce sens, v. L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », *Dr. soc.* 2019, p. 867 (Première partie) et p. 950 (Seconde partie).

2. L'intérêt général comme justification

115. Déjà au moment de l'ANI de 2013, certains voyaient une « décontractualisation individuelle »²⁸⁹ compensée par une « recontractualisation au niveau collectif ». Comme le souligne Madame le Professeur Florence Canut, la négociation d'accords « donnant-donnant », par la modification des contrats de travail des salariés qu'ils entraînent, peut s'analyser en une négociation « sur des droits qui appartiennent en propre aux salariés »²⁹⁰. Monsieur le Professeur Franck Géa parlait déjà pour les accords de maintien dans l'emploi d'un « écrasement du contrat de travail »²⁹¹. C'est bel et bien une impression d'effacement du contrat de travail individuel, alors dernier rempart de stabilité face aux évolutions de la relation de travail, au profit d'un accord collectif.

116. L'accord de performance collective possède un intitulé particulièrement évocateur : la recherche de la performance concerne tout le monde, chacun doit fournir un effort pour tous. L'intérêt collectif justifie ainsi la modification imposée du contrat de travail. Cette modification est possible grâce à la négociation avec les représentants des salariés, investis de la défense des intérêts collectifs, qui ne peut avoir lieu qu'avec l'accord final des salariés pris dans leur individualité. Ainsi, d'un point de vue strictement juridique, aucune modification unilatérale ne s'impose au salarié qui a le choix de refuser.

Les accords de performance collective sont un exemple de ce que certains auteurs appellent les « lois duplices »²⁹² : concrètement, le principe de l'impossibilité de modification unilatérale du contrat de travail est préservé, mais le refus du salarié crée un motif de licenciement ; le contrat n'est pas modifié sans l'accord du salarié puisqu'il est carrément rompu. C'est en substance ce qu'affirmait Michel Morand à propos des accords de maintien dans l'emploi et le licenciement économique individuel du salarié réfractaire²⁹³. Dès lors, les conséquences de l'accord de performance collective peuvent être assimilées à

²⁸⁹ F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 4.

²⁹⁰ F. Canut, « Augmentation du temps de travail sans augmentation de salaire, l'affaire Sogerma (fin) », *RDT* 2011, p. 581.

²⁹¹ F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *op.cit.*

²⁹² J.-P. Chazal, « Une figure légistique insolite : la loi duplice », *D.* 2021, p. 1665.

²⁹³ M. Morand, « La face cachée des accords d'adaptation », *RJS* 10/13, chron. : « Le licenciement n'est que la conséquence du refus d'application de l'accord collectif qui, par définition, n'est pas la résultante d'une décision unilatérale de l'employeur (à la différence de la modification du contrat) ».

un « droit de retrait par rapport à la collectivité de travail »²⁹⁴ : le salarié refuse de plier devant la modification imposée conventionnellement par la communauté et préfère sortir de celle-ci.

117. La sécurité juridique de l'accord de performance collective est ainsi remarquable en raison de la facilité de sa création²⁹⁵ : très peu de conditions légales, et surtout, aucune nécessaire à son élaboration, en particulier économique. Même si l'accord puise ses origines au sein des accords spécifiques aux difficultés économiques et structurelles des entreprises, cette grande souplesse est incontestablement un gage de sécurité.

Elle l'est également en raison du contrôle relativement restreint effectué par l'administration ou le juge. Peu de conditions dans l'élaboration implique, nous l'avons vu, peu de conditions à contrôler. Il est alors plus difficile de faire disparaître ce type d'accord. Le juge, probablement lors d'une saisine par un salarié licencié car ayant refusé l'application de l'accord sur son contrat de travail, devra essentiellement s'assurer que la procédure – tant spécifique à l'accord de performance collective que celle au licenciement pour motif personnel – permettant le licenciement du salarié réfractaire a été respectée.

118. L'accord de performance collective semble d'un point de vue légal sans limite ; seule la jurisprudence à venir pourra confirmer ou nuancer cette impression. Cette dernière est confortée par le caractère exorbitant de ses effets. L'accord ne possède donc pas de réelle limite propre à lui-même ; il n'en est pas pour autant exempt. Les limites du droit commun des accords collectifs tel que le respect de la procédure de négociation et de signature, la loyauté des négociations s'appliquent autant à l'accord de performance collective qu'aux autres accords collectifs. De façon plus générale, les grands principes et obligations applicables à la relation de travail viennent freiner l'accord de performance collective. Il s'agit entre autres de l'obligation de sécurité de l'employeur²⁹⁶ – en particulier en cas de

²⁹⁴ H.-J. Legrand, « Les accords collectifs "de maintien de l'emploi" : entre deux "frontières" de la négociation collective », *Dr. soc.* 2013 p. 245.

²⁹⁵ Si l'on met de côté la difficulté pour obtenir le critère de majorité de signatures d'un tel accord. La facilité ici évoquée ne concerne que les conditions requises à sa validité.

²⁹⁶ Art. L. 4121-1 C. trav.

mobilité professionnelle et/ou géographique, le respect des droits et libertés individuels²⁹⁷ – ou encore l’interdiction des discriminations²⁹⁸.

119. L’accord de performance collective a connu un certain succès avec la crise sanitaire²⁹⁹. Il n’est pas certain qu’il en aurait été ainsi sans cette crise insolite ; les prédécesseurs de cet accord n’avaient jamais rencontré un réel succès. À situation exceptionnelle, solution exceptionnelle : il est permis d’imaginer que les partenaires sociaux n’envisagent la conclusion d’un tel accord qu’une fois conscients de la gravité de la situation. Même si l’accord de performance collective peut être conclu en dehors de tout contexte particulier, dans les faits, il est négocié comme pouvait l’être l’accord de maintien de l’emploi.

120. La négociation collective sur l’emploi concédée à l’accord collectif permet à celui-ci d’emporter des effets sur d’autres sources du droit du travail pourtant considérées comme intangibles sans la volonté des deux parties. L’évolution d’une pratique d’abord indépendante vers l’accord de performance collective s’est faite progressivement, permettant à celui-ci de s’imposer dans le paysage normatif.

Le contrat de travail individuel, loi des parties, n’est pas le seul à avoir été impacté par le développement de l’accord collectif d’entreprise : la branche, loi de la profession, a également vu son rôle et son applicabilité modifiée par le développement de l’autonomie de l’accord collectif d’entreprise au sein de l’espace conventionnel.

SECTION 2 : L’EMANCIPATION DE LA « LOI » D’ENTREPRISE AU PROFIT DE LA « LOI » DE LA PROFESSION

121. Les prémices de l’autonomie de l’accord d’entreprise sur la branche peuvent être décelés dans la loi du 4 mai 2004, laquelle a permis la dérogation à l’accord de branche

²⁹⁷ Art. L. 1121-1 C. trav.

²⁹⁸ Art. L. 1132-1 C. trav.

²⁹⁹ DARES Analyses n° 66 du 23 novembre 2021. Pour une première étude générale des accords de performance collective conclus : H. Cavat, « Les accords de performance collective », *RDT* 2020, p. 165.

« sous réserve que les signataires de ce dernier n'aient pas exclu cette faculté »³⁰⁰. Cette réserve s'est réduite jusqu'à presque totalement disparaître. Les évolutions récentes ont ainsi conduit à résumer les compétences de chaque niveau de négociation dans un chapitre du Code du travail intitulé « Rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » et regroupant les articles L. 2253-1 à L. 2253-4. Ce découpage a pour corolaire une répartition des compétences de chaque niveau de négociation qui permet une identification des rôles de chacun d'eux où l'un se voit davantage encadré que l'autre.

122. L'accord collectif d'entreprise évoluant ainsi dans un milieu conventionnel intégré au sein de l'espace normatif étatique, il est nécessaire de s'intéresser aux évolutions récentes qui touchent les deux principaux niveaux de négociation que sont la branche et l'entreprise : comprendre leur évolution permet de comprendre comment l'État a influé la sécurité juridique des accords d'entreprise et de branche, redéfinissant les bases de la réglementation de travail où l'entreprise est plus à même de définir sa propre « loi ». En raison des récentes transformations du droit du travail, l'autonomie de l'accord d'entreprise se matérialise en deux temps : une sanctuarisation de la branche (§1) et une expansion de l'entreprise (§2).

§1. LA SANCTUARISATION DE LA BRANCHE

123. Parler d'une sanctuarisation de la branche peut paraître fort. Il s'agit d'un terme à forte consonance religieuse, qui a trait au divin. Et pourtant, la branche jouit d'une certaine aura sacrée, notamment par la volonté du législateur de voir chaque salarié couvert par un accord de branche. Souvent surnommée la « loi de la profession », elle est perçue aujourd'hui comme l'était la loi au XIX^{ème} siècle. Toutefois, la notion de branche est une notion indéfinie alors qu'elle fait l'objet d'importantes évolutions, rendant nécessaire son identification (A).

³⁰⁰ Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC, §12 : *D.* 2004, p. 3029, obs. X. Prétot et D. Chelle ; *ibid.* 2005, p. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *RFDA* 2005, p. 409, note L. Dardalhon ; *RTD civ.* 2005, p. 93, obs. P. Deumier. Cette décision du Conseil constitutionnel valide les dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant la dérogation aux accords de branche notamment en raison de la volonté expresse des négociateurs de branche, mais aussi grâce à l'existence d'un droit d'opposition des organisations syndicales d'entreprise majoritaires non-signataires. Le Conseil constitutionnel construit sa validation des accords dérogatoires en partie sur la faculté d'opposition qui permet d'assurer, comme indiqué dans le commentaire de la décision de 2004 « ce qu'on pourrait appeler (...) la légitimité des accords » (Commentaire de la décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Cah. Cons. const.* n° 17). Sur la légitimité des accords collectifs, v. infra.

Sanctuarisée, c'est également au sens de « limitée », sens se rapprochant des parties les plus restreintes de certains lieux. Par un mouvement de concentration des champs d'action de la branche, celle-ci se trouve réfugiée, contrainte, au sein d'un espace limité qui lui serait réservé (**B**).

A. UNE NOTION INDEFINIE ET EVOLUTIVE

124. La branche semble être de ces notions familières, traditionnelles et connues de tous ; de celles qui ne nécessitent pas de définition. Sans aller jusqu'à une vraie définition, la branche bénéficie depuis 2016 d'un article du Code du travail dédié à l'énumération de ses « missions » : l'article L. 2232-5-1. Initialement au nombre de trois³⁰¹, elles ont été ramenées à deux en 2017. Ainsi, « la branche a pour missions (...) de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières » réservées à la branche et « de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application ». Pourtant, même si aucune définition n'est établie, la branche est une notion qui fait l'objet d'évolutions.

Avant de s'intéresser aux importantes évolutions que connaît la branche depuis quelques années, notamment grâce à la concentration des branches via leur « fusion » (**2**), tâchons d'abord de cerner cet « objet social non-identifié »³⁰² (**1**) afin de comprendre comment son absence de définition n'est pas génératrice d'une insécurité juridique.

1. Une notion communément indéfinie

125. Un bref regard dans le Code du travail aux articles L. 2232-5 à L. 2232-10-1 nous permet de connaître, dans l'ordre des articles : les missions de la branche, les champs d'application possibles, les conditions de validité, les conditions de représentativité, le statut des salariés participant aux négociations et aux instances, les missions et prérogatives de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation, le rôle de l'observatoire paritaire de la négociation collective et la possibilité d'accords type pour les entreprises de

³⁰¹ 1° - la définition des garanties applicables aux salariés des entreprises relevant de son champ d'application ; 2° - la définition des thèmes où la négociation d'entreprise ne peut être moins favorable ; 3° - réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application.

³⁰² J.-D. Combrexelle, « La branche, objet social non identifié », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 109.

moins de cinquante salariés. Beaucoup d'éléments sont énoncés, mais aucune définition de la notion de branche.

La jurisprudence ne nous apporte pas plus d'éléments concrets. Tout au plus, la notion de branche – ou plutôt celle de « branche professionnelle » – est utilisée régulièrement pour parler d'un secteur d'activité, mais il n'y a pas explicitement de définition arrêtée de la branche³⁰³.

126. Cependant nous avons quelque peu progressé. Arrêtons-nous à présent sur la notion de « branche professionnelle ». Le site internet du ministère du travail apporte une définition qui nous permet d'avancer : « Une branche professionnelle regroupe les entreprises d'un même secteur d'activité et relevant d'un accord ou d'une convention collective. Les contours d'une branche professionnelle sont définis par le champ d'application de l'accord ou de la convention conclus par les organisations syndicales d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives »³⁰⁴.

À la lecture de cette définition, on comprend que la branche professionnelle est un espace virtuel de regroupement³⁰⁵. Une sorte de panier dans lequel sont regroupées les entreprises ayant un secteur d'activité similaire et soumises à une convention collective. Or, deux difficultés se manifestent. Tout d'abord, cette définition implique de définir un autre terme, celui de « secteur d'activité ». Notion pouvant être de nature administrative³⁰⁶, l'une des ordonnances du 22 septembre 2017³⁰⁷ a apporté une définition dans le cadre du licenciement pour motif économique, codifiée à l'article L. 1233-3 du Code du travail : « Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché ».

³⁰³ Tout comme il n'existe aucune définition légale de la notion de « cadre ». Même l'ANI du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres n'apporte pas de définition, laissant cette mission aux branches : « il est rappelé qu'il n'y a pas de définition univoque du cadre et que chaque branche peut donc définir, le cas échéant, ce qu'est un cadre, selon ses propres critères dans le contexte sectoriel qui est le sien ». V. G. Loiseau, A. Martinon, « Dessine-moi un cadre », *BJT* 2020, n° 05, p. 3.

³⁰⁴ <https://travail-emploi.gouv.fr/archives/archives-courantes/loi-travail-2016/les-principales-mesures-de-la-loi-travail/article/branches-professionnelles>.

³⁰⁵ Pour Patrick Quinqueton, « la branche est un lieu où l'on négocie des conventions et des accords de branches » (« Comment passer de 700 à 100 branches ? Entretien avec Patrick Quinqueton », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1703, p. 3).

³⁰⁶ Utilisée par l'INSEE par exemple (<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1831>).

³⁰⁷ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 33, spéc. art. 15.

Jusqu'à cette évolution, la notion n'était que jurisprudentielle, le juge reconnaissant le secteur d'activité selon un faisceau d'indices³⁰⁸. Cette nouvelle définition a le mérite d'exister, mais elle ne fait qu'énumérer, non limitativement³⁰⁹, certains critères permettant d'identifier le secteur d'activité... tout comme le faisceau d'indices.

127. Ensuite, la seconde difficulté – qui est plus une remarque interrogative qu'une réelle difficulté – concerne le contour de ce « panier ». Les contours de la branche professionnelle sont délimités par « le champ d'application de l'accord ou de la convention ». On comprend à la lecture des articles L. 2222-1, L. 2232-5 et L. 2232-5-1 du Code du travail que le champ de la branche « est défini en termes d'activités économiques »³¹⁰ et qu'il peut être national, régional ou local. Là où la difficulté devient interrogation, c'est lorsque l'on rapproche la définition de la branche professionnelle que nous venons d'analyser avec l'article L. 2261-32 : l'alinéa premier permet au ministre chargé du travail « d'engager une procédure de fusion du champ d'application des conventions collectives d'une branche » ; le huitième alinéa permet également la fusion de « plusieurs branches ». Or, si la branche professionnelle est définie par son champ d'application, fusionner les champs d'application et fusionner les branches revient au même. Par conséquent : que signifie exactement la fusion de branches ?

128. Que la fusion soit négociée entre les partenaires sociaux ou qu'elle soit imposée par le gouvernement, les arrêtés pris depuis la promulgation de la loi du 8 août 2016 ont tous la même architecture. Dans le cas de la fusion forcée, bien que les arrêtés portent le titre de « fusion de champs conventionnels »³¹¹ ou « fusion et élargissement de champs conventionnels »³¹², ils prennent tous la forme d'un tableau dans lequel des conventions collectives « rattachées », à l'IDCC unique, sont associées à une autre convention collective dite « de rattachement ». Dans le cas de la fusion négociée, il s'agit de rendre obligatoire

³⁰⁸ G. Couturier, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p. 17.

³⁰⁹ Du fait de l'utilisation de l'adverbe « notamment ».

³¹⁰ Art. L. 2222-1 C. trav.

³¹¹ V. par ex. Arrêté du 27 juillet 2018 portant fusion des champs conventionnels, *JORF* n° 0180 du 7 août 2018, texte n° 25. À noter que même si ce sont les champs conventionnels qui sont en principe fusionnés, les partenaires sociaux des branches fusionnées ont cinq ans pour conclure une nouvelle convention collective, sinon les dispositions de la branche de rattachement s'appliqueront sauf stipulations de la branche rattachée régissant des situations spécifiques à cette branche (art. L. 2261-33 du Code du travail tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel).

³¹² V. par ex. Arrêté du 23 janvier 2019 portant fusion et élargissement de champs conventionnels, *JORF* n° 0026 du 31 janvier 2019, texte n° 36.

« pour tous les employeurs et tous les salariés dans son champ d'application » les stipulations d'un accord collectif relatif à la fusion d'une convention collective et d'une autre³¹³. Dans les deux situations, les éléments fusionnés sont des champs conventionnels identifiés grâce à l'identifiant de convention collective.

C'est ainsi la convention collective, en tant qu'acte juridique, qui est au cœur des questions sur les branches et leur fusion. C'est grâce à elle que la branche possède donc une existence juridique.

129. Malgré ce flou, tout évolue, législateur, jurisprudence, partenaires sociaux, entreprises, employeurs et salariés, autour de cette notion indéterminée. Comme si tout le monde savait de quoi on parlait, mais était incapable d'identifier de quoi l'on parle exactement. Peut-être parce que la branche est une notion quantique³¹⁴ ? En fonction du contexte, elle peut alors être une chose plutôt qu'une autre, l'inverse, voire les deux en même temps. Pour autant, nous avons vu, grâce aux arrêtés de fusion de branche, que la branche se matérialise dans la convention collective, acte juridique de droit privé. Grâce à une large acception, l'effet quantique de la branche n'impacte pas, négativement, la sécurité juridique de l'accord collectif et notamment celui conclu au niveau de la branche. Au contraire, sa malléabilité pourrait être un facteur de sécurité juridique, la norme pliant plus facilement sans rompre³¹⁵. Notons toutefois que les éléments dont nous disposons aujourd'hui datent – pour les plus significatifs de ce que pourrait « être » la branche³¹⁶ – de la loi du 8 août 2016, ce qui est particulièrement récent au regard de l'apparition de la notion dans notre droit.

Pour autant, bien que la convention collective soit l'élément d'identification de la branche, la Cour de cassation a rappelé que « la notion de branche, à laquelle le législateur n'a jamais souhaité donner de définition ou de contour précis jusqu'à présent, n'est pas figée

³¹³ V. par ex. Arrêté du 10 juillet 2020 portant extension d'un accord relatif à la fusion des branches professionnelles des entreprises techniques au service de la création et de l'événement (n° 2717) et des propriétaires exploitants de chapiteaux (n° 2519), *JORF* n° 0188 du 1^{er} août 2020, texte n° 93.

³¹⁴ Selon la théorie quantique basée sur les probabilités, un objet quantique peut se trouver à deux endroits à la fois tant qu'il n'est pas observé (l'exemple du chat de Schrödinger, bien que destinée à matérialiser les difficultés et paradoxes soulevés par l'émergence de la physique quantique, permet de représenter le concept de superposition des états : le chat est théoriquement à la fois mort et vivant dans la boîte jusqu'à ce que l'on ouvre celle-ci permettant l'observation de son état).

³¹⁵ Tout comme aucune définition n'est donnée à la notion de « conditions sociales et économiques analogues » prévu à l'article L. 2261-32 du Code du travail qui est un facteur de rapprochement de branches. Le Conseil d'État n'a pas non plus donné de définition lors de son contrôle dans son arrêt du 1^{er} juillet 2021 : CE, 1^{er} juillet 2021, n° 435510 : *JCP S* 2021, 1247, note G. Cette et G. Koudadje.

³¹⁶ Il s'agit des articles L. 2232-5-1 et L. 2232-5-2 C. trav.

par les contours dessinés par les conventions collectives nationales signées au fil du temps sur certains périmètres par les partenaires sociaux »³¹⁷ : la notion est évolutive, tant grâce aux entreprises et salariés d'un secteur, qu'à l'action du législateur.

2. Une notion en évolution

130. Il est en effet possible de « créer » une nouvelle branche, soit exceptionnellement par incitation étatique³¹⁸, soit communément par volonté des partenaires sociaux. Cette possibilité connaît toutefois une limite : un strict encadrement par l'État. Nous l'avons vu, créer une branche revient à créer une nouvelle convention collective qui, une fois étendue, serait applicable à tous les employeurs et salariés d'un champ conventionnel prédéfini. C'est ce que rappelle le Conseil d'État quand il affirme que « le ministre chargé du travail est compétent pour, s'il y a lieu, arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une "branche professionnelle" au sens de l'article L. 2152-6 du code du travail »³¹⁹.

La Cour de cassation³²⁰ a repris intégralement ce considérant de principe pour affirmer que « les partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un champ professionnel qui n'a pas donné lieu à l'établissement d'une liste des syndicats représentatifs par arrêté du ministère du travail (...) ou à l'issue d'une enquête de représentativité (...) doivent, avant d'engager la négociation collective, demander, dans les conditions précitées, à ce qu'il soit procédé à la détermination des organisations représentatives dans le champ de négociation

³¹⁷ Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-13.383.

³¹⁸ C'est ainsi que la branche ferroviaire a été créée par la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire qui a notamment ajouté un article au Code des transports : article L. 2162-1 : « Une convention collective de branche est applicable aux salariés des établissements publics constituant le groupe public ferroviaire mentionné à l'article L. 2101-1 ainsi qu'aux salariés des entreprises titulaires d'un certificat de sécurité ou d'une attestation de sécurité délivrés en application de l'article L. 2221-1 dont l'activité principale est le transport ferroviaire de marchandises ou de voyageurs, et aux salariés des entreprises titulaires d'un agrément de sécurité ou d'une attestation de sécurité délivrés en application du même article L. 2221-1 dont l'activité principale est la gestion, l'exploitation ou la maintenance sous exploitation des lignes et installations fixes d'infrastructures ferroviaires ». Charge aux partenaires sociaux de cette nouvelle branche de prendre en main sa construction, concluant au fur et à mesure des accords collectifs, parfois avec difficultés comme l'a été l'accord relatif aux classifications et rémunérations.

³¹⁹ CE, 4 novembre 2020, n° 43518 et 43519.

³²⁰ Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-13.383.

pour s'assurer que toutes les organisations syndicales représentatives dans ce périmètre sont invitées à la négociation »³²¹.

Autrement dit, ce n'est qu'une fois que le législateur a reconnu la légitimité aux partenaires sociaux que ceux-ci peuvent commencer à poser les bases juridiques de leur future convention collective. Au sein de l'espace normatif étatique, l'autonomie conventionnelle est limitée ou plutôt conditionnée à une action préalable de la part de l'État. Comme vu précédemment, nous sommes face à une nouvelle autonomie encadrée : tout le monde peut finalement vouloir créer une branche, encore faut-il le pouvoir juridiquement, l'État accordant finalement cette possibilité³²².

131. Néanmoins, une fois la branche juridiquement créée grâce à l'acte juridique conventionnel – la convention collective – elle gagne en autonomie puisqu'elle ne peut être remise en cause par l'État par la suite. C'est ce que rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 novembre 2019 quand il pointe qu'« en mettant fin de plein droit à l'application de la convention collective de la branche rattachée, [les] dispositions [de l'article L. 2261-33 du Code du travail] portent atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues »³²³. Le Conseil conclut que « ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte excessive au droit au maintien des conventions légalement conclues, mettre fin de plein droit à l'application des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent des situations spécifiques à cette branche »³²⁴. C'est donc dans sa spécificité que la branche se singularise et s'autonomise, gagnant en sécurité juridique. L'État a agi sur la place au sein de son espace normatif de la norme conventionnelle élaborée au niveau de la branche, renforçant son autonomie, à tel point qu'une fois clairement établie, la convention collective bénéficie d'une sécurité juridique renforcée lui permettant de s'émanciper de la loi.

132. Cependant, pour qu'une convention collective s'émancipe, encore faut-il que les partenaires sociaux d'une branche dialoguent et négocient. C'est notamment ce point qui a motivé le législateur à entreprendre le chantier de fusion des branches. Toujours dans sa

³²¹ Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-13.383, §16.

³²² Sur la portée de l'autonomie collective et les relations entre espaces normatifs étatique et conventionnel, v. infra.

³²³ Cons. const., Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, cons. 28.

³²⁴ Cons. const., Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, cons. 30.

décision du 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel considère comme étant un objectif d'intérêt général justifiant la fusion forcée des branches par « le but de renforcer le dialogue social au sein [des] branches et de leur permettre de disposer de moyens d'action à la hauteur des attributions que la loi leur reconnaît ». L'autonomie conventionnelle de la branche, même relative, est alors un droit qui ne peut être maintenu par l'État que s'il est utilisé.

En revanche, les critères permettant de procéder à la fusion doivent être suffisamment définis. C'est ainsi que le huitième alinéa de l'article L. 2161-32 du Code du travail³²⁵ a été déclaré inconstitutionnel, le législateur ayant « laissé à l'autorité ministérielle une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la fusion »³²⁶. L'alinéa 1^{er} n'a pas encouru l'inconstitutionnalité grâce aux différents critères explicitement énoncés³²⁷ et à l'atteinte à la liberté contractuelle non-disproportionnée au regard de l'intérêt général poursuivi. Pour autant, le Conseil d'État reconnaît au ministre une marge d'appréciation importante³²⁸.

La décision du Conseil constitutionnel comporte également une nouveauté davantage exposée par les commentateurs. En effet, le Conseil constitutionnel débute sa décision en rattachant la liberté contractuelle applicable en matière de négociation collective non seulement au principe de participation³²⁹ et à la liberté contractuelle³³⁰, mais également à la liberté syndicale³³¹. Pour le professeur Bergeron-Canut, « le principe constitutionnel de liberté contractuelle en matière de négociation collective est ainsi consacré »³³².

133. La fusion des branches interroge sur la pertinence de l'une des missions attribuées par le législateur à la branche : celle de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application. En effet, concentrer des branches ayant des « conditions sociales et économiques analogues » ne veut pas forcément dire réunir des entreprises pouvant se faire concurrence. Cette condition de rapprochement peut conduire à réunir des

³²⁵ « Cette procédure peut également être engagée pour fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives ».

³²⁶ Cons. const., Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, cons. 24.

³²⁷ Moins de 5 000 salariés, champ d'application géographique régional ou local, etc.

³²⁸ CE, 1^{er} juillet 2021, n° 435510 : *JCP S* 2021, 1247, note G. Cette et G. Koudadje.

³²⁹ Préambule de la Constitution de 1946, al. 8.

³³⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 4.

³³¹ Préambule de la Constitution de 1946, al. 6.

³³² F. Bergeron-Canut, « Dispositions relatives à la fusion des branches : une déclaration d'inconstitutionnalité et deux réserves d'interprétation », *BJT* 2020, n° 01, p. 25.

entreprises non pas concurrentes, mais complémentaires. Madame Cécile Nicod observe que « les branches ainsi reconfigurées tendront à englober des entreprises qui n’agissent pas sur le même marché concurrentiel »³³³. Toutefois, le mécanisme de fusion des branches ne nous paraît pas remettre en cause la mission de régulation de la concurrence de la branche, laquelle n’est qu’une des deux missions de la branche. Contrairement à la première qui est générale, la seconde est plus spécifique car destinée aux entreprises pouvant se retrouver en concurrence entre elles.

134. Au-delà de ces interrogations, la fusion des branches conduit à un renforcement de la sécurité juridique de l’accord collectif de branche grâce à un meilleur dynamisme de la négociation collective. En effet, les normes étant plus souvent actualisées, rediscutées, renégociées, elles sont davantage pertinentes pour les entreprises et leurs salariés tant en raison d’une cohérence liée à leur profession qu’en raison d’une meilleure consonance avec les évolutions législatives générales.

Également la sécurité juridique s’affirme au travers d’une meilleure lisibilité et compréhension pour les entreprises de la norme conventionnelle applicable à leur établissement. Une réduction du nombre de branches conduit fatalement à une diminution du risque de concurrence entre normes. En octobre 2020, le nombre de conventions collectives de branche était descendu à environ 250 alors qu’elles étaient aux alentours de 690 avant la réforme³³⁴.

Enfin, la fusion des branches n’est pas exempte de difficultés : elle peut aussi créer des brèches dans la sécurité juridique des actes conventionnels fusionnés ou nés du rapprochement entre branches, en particulier sur leur application³³⁵. Néanmoins, cette difficulté n’est pas spécifique au mouvement de fusion des branches³³⁶. En outre, dans le cas

³³³ C. Nicod, « Conventions de branche et d’entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017, p. 657.

³³⁴ « Bilan de la négociation collective et restructuration des branches : l’éclairage du nouveau DGT », *JCP S* 2020, act. 416.

³³⁵ V. S. Brissy, « Regroupement de conventions collectives de branche et substitution aux conventions collectives antérieures », *JCP S* 2021, 1301, note sous Cass. soc., 13 octobre 2021, n° 18-18.022. V. égal. Cass. soc., 21 avril 2022, n° 20-18.799, publié au bulletin : *RJS* 8-9/22, n° 465.

³³⁶ Le processus de rapprochement de branches n’est pas une nouveauté des dernières évolutions législatives : certaines branches l’ont déjà fait de leur propre initiative. L’exemple de la Convention collective nationale des 5 branches industries alimentaires diverses du 21 mars 2012 fusionne trois conventions collectives : celle des industries alimentaires diverses du 27 mars 1969, celle des industries des produits exotiques du 1^{er} avril 1969, et celle des industries des biscotteries, biscuiteries, céréales prêtes à consommer ou à préparer, chocolateries, confiseries, aliments de l’enfance et de la diététique, préparation pour entremets et desserts ménagers, des glaces, sorbets et crèmes glacées du 17 mai 2004.

de la fusion forcée, les conséquences sont relativement limitées car il s'agit généralement de branches en état de léthargie normative.

Par ce mouvement de fusion, la branche se voit donc concentrée dans sa diversité ; elle est également concentrée dans ses domaines de compétence.

B. UNE NOTION AU CHAMP D'ACTION RESTREINT

135. La fusion des branches fait partie des évolutions propres à la branche. D'une façon plus générale, dans le nouvel ordonnancement des accords collectifs, la convention de branche fait l'objet d'un véritable cantonnement à un nombre limité de domaines (1). Cette sanctuarisation à des thèmes strictement définis a pour objectif, entre autres, de renforcer la sécurité juridique des accords collectifs grâce à une répartition plus claire des domaines d'application de chacun. Toutefois, la sécurité juridique de l'accord de branche est imparfaitement renforcée (2).

1. Un strict cantonnement

136. Premier « bloc » du chapitre dédié aux rapports entre les accords collectifs, l'article L. 2253-1 commence par rappeler la première mission de la branche issue de l'article L. 2232-5-1, à savoir que « la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés ».

L'article énonce ensuite treize domaines dans lesquels la convention collective prime sur les accords d'entreprises, que ceux-ci aient été conclus antérieurement ou postérieurement, sauf à ce que ces accords prévoient des garanties équivalentes³³⁷. Parmi ces treize domaines identifiés comme étant ceux où l'accord de branche prévaut, certains ne sont en réalité que des domaines réservés à la branche, un accord d'entreprise ne pouvant pas prévoir des dispositions dessus. Tel est par exemple le cas du domaine n° 10 sur « les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L. 1221-21 du code du travail », lequel prévoit que « la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement ».

La mention de ces thèmes pourtant expressément réservés à la branche interroge : pourquoi préciser que dans ces domaines l'accord de branche prévaut alors qu'un accord

³³⁷ Sur cette notion de « garanties équivalentes », v. infra.

d'entreprise ne peut pas les régir ? Une piste est avancée par Monsieur le Professeur Jean-François Cesaro : « Il est possible que, dans l'opinion des rédacteurs, il s'agisse d'affirmer que, même dans ces domaines, la négociation d'entreprise reste possible dès lors qu'elle respecte la nouvelle exigence d'équivalence des garanties »³³⁸. Il est probable que telle fut l'intention du législateur ; il est en revanche certain que telle en est la conséquence. En intégrant ces domaines réservés à la branche à l'article L. 2253-1 dans sa version que nous connaissons aujourd'hui avec la prévalence « sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes », le législateur les a également déverrouillés. Mais, implicitement, ce déverrouillage ne peut se faire qu'avec le concours de la branche elle-même : en stipulant ce qu'elle est la seule à stipuler, elle permet aux autres accords de le faire alors qu'ils ne le pouvaient pas auparavant.

137. Les vraies matières où il peut y avoir concurrence entre la branche et l'entreprise, la première prévalant sur la seconde sauf garanties équivalentes, sont résumées dans le bilan de la négociation collective 2018. Elles concernent : « les salaires minima hiérarchiques, les classifications, les garanties collectives complémentaires, la fixation d'une durée du travail sur une période supérieure à la semaine, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le recrutement d'ingénieurs et de cadre en vue de la réalisation d'un objet défini mentionné au 6° de l'article L. 1242-2 du code du travail »³³⁹. Sur ces matières, un accord d'entreprise peut stipuler, qu'un accord de branche le fasse déjà ou non.

À l'énumération de ces matières, tant celles initialement réservées à la branche que les autres, les missions de la branche sont réaffirmées. Il s'agit en effet de l'essentiel des leviers permettant de définir les conditions de travail et les garanties collectives, et d'assurer une régulation de la concurrence. Le volet souvent appelé « classification et rémunération » est à ce titre l'un des points les plus importants.

138. Au-delà des domaines à prévalence imposée existent des domaines à prévalence choisie, la branche ne pouvant primer qu'en cas de stipulations expresses. L'article L. 2253-2 accorde à la branche une primauté choisie sur quatre domaines : la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, l'insertion professionnelle et le

³³⁸ J.-F. Cesaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306.

³³⁹ Bilan de la négociation collective 2018, p. 204.

maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical, et les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Pour que l'accord de branche bénéficie de la même hiérarchie normative que pour les matières énoncées à l'article L. 2253-1, celui-ci doit le stipuler expressément. En revanche, cette primauté ne s'applique qu'aux accords d'entreprise conclus postérieurement à l'accord de branche. Ces deux conditions viennent ainsi limiter la portée des stipulations de l'accord collectif de branche, lequel se retrouve davantage renfermé sur les domaines vus précédemment.

139. L'accord collectif de branche est alors cantonné à certains domaines limités par le législateur. L'étude de ces domaines a révélé un recul de la branche, notamment pour ceux qui lui étaient jusqu'alors réservés. En effet, par son autonomie clairement encadrée par l'État au sein de son espace normatif, l'accord collectif de branche devrait bénéficier d'une sécurité juridique renforcée en étant la norme de référence sur certains thèmes. Pour autant, bien que délimitée à treize domaines réservés et quatre autres réservables, la branche ne connaît pas une sécurité juridique totale quant à sa portée et son applicabilité.

2. Une sécurité juridique imparfaitement renforcée

140. La question d'une sécurité juridique renforcée est légitime : en étant mieux définie et limitée à un nombre restreint de thèmes sur lesquelles elle exerce une primauté, la branche devrait pouvoir produire des accords à l'applicabilité et à la portée renforcée. Pourtant, un arrêt récent du Conseil d'État³⁴⁰ va mettre en lumière des difficultés dans l'interprétation des domaines réservés.

³⁴⁰ CE, 7 octobre 2021, n° 433053 : F. Pinatel, « Salaire minimum hiérarchique et négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre », *JCP S* 2021, 1300 ; R. Chambon, « Les pouvoirs des branches professionnelles en matière de "salaires minima hiérarchiques" », *Sem. soc. Lamy 2021*, n° 1971, p. 7 ; F. Morel, A. Cormier Le Goff, « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », *Sem. soc. Lamy 2021*, n° 1971, p. 13. M. Morand, « Les minima conventionnels. Questions et propositions de réponses », *Sem. soc. Lamy 2021*, n° 1977, p. 5 ; F. Champeaux, « Les salaires minima hiérarchiques devant le Conseil d'État », *Sem. soc. Lamy 2021*, n° 1967, p. 5 ; G. Auzero, « Le Conseil d'État aux prises avec les "salaires minima hiérarchiques" », *Dr. soc.* 2021, p. 1003.

141. Premier des domaines réservés, tant dans l'énumération que dans son importance³⁴¹, celui des salaires minima hiérarchiques a suscité l'une des premières réelles difficultés au sein de l'hégémonie de la branche. Décision attendue³⁴², elle tranche entre deux visions du salaire minima hiérarchique : tandis que l'administration adoptait une vision restrictive en retenant uniquement le salaire de base, les partenaires sociaux de la branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire préféraient une vision extensive³⁴³.

Pour justifier sa position, l'administration se rattachait aux évolutions tendant à étendre au fur et à mesure la primauté de la négociation d'entreprise sur celle de la branche : une extension presque totale de l'accord collectif d'entreprise associé à une limitation de l'accord collectif de branche justifierait la restriction des salaires minima au seul salaire de base, les entreprises pouvant négocier les autres éléments de rémunération. Pour justifier leur position, les partenaires sociaux de la branche de l'alimentaire s'appuyaient justement sur la mission de régulation de la concurrence dévolue à la branche où une conception restrictive risquerait de créer un dumping social.

142. Après avoir rappelé le contenu des articles L. 2253-1 à L. 2253-3 du Code du travail, le Conseil d'État interprète l'articulation qui en résulte entre les accords de branche et ceux d'entreprise. Il déduit de l'absence de définition de la part du législateur de la notion de « salaire minima hiérarchique », « laquelle n'est pas davantage éclairée par les travaux préparatoires de l'ordonnance du 22 septembre 2017 »³⁴⁴, la possibilité pour l'accord de branche « de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations

³⁴¹ Comme le rappelle Maître François Pinatel, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, « se poser la question de la définition du salaire minimum hiérarchique revient à se poser la question de la compétence respective de la branche professionnelle et de l'entreprise dans ce domaine si fondamental pour toute relation de travail qu'est celui de la rémunération » (F. Pinatel, « Salaire minimum hiérarchique et négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre », *JCP S* 2021, 1300).

³⁴² L'arrêt n'est pas uniquement intéressant au seul titre des salaires minima hiérarchiques ; il l'est aussi pour être le premier à mettre en œuvre la nouvelle procédure expérimentale prévoyant une séance orale d'instruction « pour compléter l'instruction écrite » (Décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 portant expérimentation au Conseil d'État des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction et modifiant le code de justice administrative, *JORF* n° 0280 du 19 novembre 2020, texte n° 39, articles 1 à 7).

³⁴³ Avec une nuance entre les organisations syndicales et les organisations patronales : tandis que les premières souhaitaient la reconnaissance d'une vision très extensive de la notion comprenant le salaire de base, tout élément de rémunération, mais aussi la structure de rémunération, les secondes préféraient une vision extensive plus équilibrée où les salaires minima hiérarchiques comprendraient le salaire de base ainsi que certaines primes définies, mais pas la structure de rémunération.

³⁴⁴ CE, 7 octobre 2021, n° 433053, §8.

effectives résultant de leur salaires de base et de certains compléments de salaire »³⁴⁵. C'est donc l'interprétation équilibrée des organisations patronales qui a été suivie par le Conseil d'État : la branche a le monopole pour définir le salaire de base et les éléments accessoires de rémunération déterminés par le salaire de base, en l'espèce le paiement d'une pause à hauteur de 5 % du temps de travail effectif et d'un treizième mois ; elle ne peut pas en revanche fixer une structure de rémunération³⁴⁶.

143. L'exemple des salaires minima hiérarchique est particulièrement intéressant à plus d'un titre. De même que la branche n'a pas de définition, c'est l'absence de définition de la notion de salaires minima hiérarchiques – et d'éléments dans les travaux préparatoires – qui justifie, pour le Conseil d'État, sa conception extensive. Celle-ci vient alors conforter la « sanctuarisation »³⁴⁷ accordée à la branche par le législateur sur les domaines de l'article L. 2253-1 – et dans une autre mesure ceux de l'article L. 2253-2.

La négociation collective de branche n'est donc pas diminuée ; elle est même renforcée grâce à une reconnaissance de l'hégémonie de la branche dans « ses » domaines : « la branche tient sa revanche »³⁴⁸. Le juge administratif interprète les évolutions de ces vingt dernières années et prend acte non pas d'une émancipation totale de l'accord collectif d'entreprise, mais d'une réelle affirmation de l'accord collectif de branche sur les thèmes qui lui ont été réservés. Pour autant, cet exemple démontre que même si la sécurité juridique des accords de branche s'est retrouvée renforcée grâce à la « logique des blocs »³⁴⁹, celle-ci n'est pas exempte de difficulté.

144. Exempte de définition précise, mais aux missions bien énoncées, la branche, fusionnée, est aujourd'hui cantonnée à certains domaines, sanctuarisée. Un rôle se dessine au-delà de la « loi de la profession » : l'élaboration d'un nouvel ordre public. Monsieur le

³⁴⁵ CE, 7 octobre 2021, n° 433053, §8.

³⁴⁶ Après tout, comme le précise la Haute juridiction administrative : « Lorsque la convention de branche stipule que les salaires minima hiérarchiques s'appliquent aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de compléments de salaire qu'elle identifie, elle ne fait pas obstacle à ce que le montant de ces minima soit atteint dans une entreprise par des modalités de rémunération différentes de celles qu'elle mentionne ».

³⁴⁷ F. Morel, A. Cormier Le Goff, « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1971, p. 13.

³⁴⁸ P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, C. Mariano, S. Selusi, B. Siau, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2021. 992.

³⁴⁹ F. Pinatel, « Salaire minimum hiérarchique et négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre », *JCP S* 2021, 1300.

Professeur Bernard Gauriau distingue³⁵⁰ la notion d'« ordre public imposé » de celle d'« ordre public négocié ». Tandis que le premier est directement imposé par le législateur, le second est négocié par les partenaires sociaux de la branche dans certains domaines, certains imposés par le législateur également, d'autres proposés par lui. Comme le résume Monsieur le Professeur Alexis Bugada, « la branche est donc censée, depuis la loi de 2016, porter de façon plus visible une politique générale pour couvrir et accompagner les politiques sociales des entreprises, quelles que soient leurs tailles, et qui entrent dans son champ territorial et matériel »³⁵¹.

Cette sanctuarisation de la branche n'a pas des conséquences que sur la convention collective de branche ; les autres accords sont également impactés, notamment l'accord collectif d'entreprise, lequel, plus qu'être simplement « impacté », bénéficie littéralement de ce retrait de la branche : grâce à la sanctuarisation de la branche, l'entreprise récupère les terrains retirés et gagne en expansion.

§2. L'EXPANSION DE L'ENTREPRISE

145. La branche étant retranchée, sanctuarisée, l'entreprise peut se développer avec une autonomie grandissante. Les trois « blocs » – articles L. 2253-1 à 3 du Code du travail – sont les piliers pour la détermination des rôles de l'accord d'entreprise et de son expansion. L'étude du rôle de la branche a fait ressortir la notion de « garanties équivalentes » grâce à laquelle l'entreprise peut prévaloir sur la branche. Cette notion va permettre de renforcer la primauté de l'accord collectif d'entreprise grâce à une applicabilité grandissante de ce dernier (**A**). De manière plus générale, une autonomie presque totale est reconnue à l'accord d'entreprise au nom d'un principe : celui de la proximité (**B**).

A. LA PRIMAUTE DE L'EQUIVALENCE

146. L'une des principales conséquences des réformes de 2017 et 2018 est la disparition du principe de faveur au profit de la notion de garanties équivalentes. Une telle évolution s'explique en partie par les difficultés que générait le principe de faveur (**1**), dont l'étude est

³⁵⁰ B. Gauriau, « L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2017, 1131.

³⁵¹ A. Bugada, « La primauté stratégique de la branche (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S* 2019, 1115.

nécessaire pour comprendre la pleine portée du passage à l'équivalence, nouveau principe permettant une application facilitée de l'accord d'entreprise (2), contribuant à sa primauté.

1. Un principe de faveur source de difficultés

147. L'insécurité juridique, notamment entre normes conventionnelles, peut naître de la difficulté parfois de déterminer les dispositions applicables à une situation de fait. En effet, qu'est-ce qui est plus favorable aux salariés ? La question, importante, voire fondamentale en droit du travail, est simple dans sa formulation, mais pas autant dans sa réponse.

Il est d'ailleurs affirmé depuis longtemps en jurisprudence qu'il est impossible de cumuler les dispositions de plusieurs normes conventionnelles applicables à une situation donnée, seule la plus favorable devant s'appliquer³⁵². De la même manière, c'est la jurisprudence qui a détaillé une méthode de comparaison des stipulations issues de plusieurs accords collectifs.

148. Cette méthode de comparaison entre accords, composée de deux sous-méthodes, est relativement ancienne puisqu'elle remonte aux années 1960. Elle distingue à quelle maille il faut se positionner pour observer les avantages à comparer ainsi que celle qu'il faut adopter pour apprécier le caractère favorable des salariés.

Tout d'abord, la Cour de cassation a affirmé que « le caractère favorable ou non des clauses à comparer doit être apprécié eu égard à l'ensemble des intéressés et non eu égard à l'un d'eux en particulier »³⁵³. Tout comme Hari Seldon ne peut prédire que les mouvements de masse grâce à sa *psychohistoire*³⁵⁴, il n'est possible de déterminer la norme la plus favorable qu'en ayant une vision d'ensemble des destinataires, et non les attentes de chaque individu. Cela signifie également que cette méthode s'applique même si un salarié se trouve individuellement lésé par l'application des stipulations retenues. Le général l'emporte sur le particulier.

L'autre méthode, complémentaire, dégagée en jurisprudence consiste à comparer, non pas avantage par avantage, mais par ensemble d'avantages³⁵⁵ ou par avantages « ayant

³⁵² Cass. soc., 20 mars 1963 : *Bull. civ.* V, n° 268 ; *Dr. soc.* 1963, p. 419, obs. J. Savatier ; *JCP* 1963, II, 13357, note G.-H. Camerlynck.

³⁵³ Cass. soc., 11 janvier 1962, n° 60-40.224 : *Bull. civ.* V, n° 54 ; *Dr. soc.* 1962, p. 290 obs. J. Savatier.

³⁵⁴ I. Asimov, *Cycle Fondation*, éd. Folio SF.

³⁵⁵ Cass. soc., 20 mars 1963 : *op. cit.*

le même objet ou la même cause »³⁵⁶. À nouveau, une notion de généralité permet d'identifier les avantages ne pouvant se cumuler en cas de concours d'accords collectifs.

149. L'évocation des méthodes dégagées par la jurisprudence pour l'application du principe de faveur fait apparaître une variable, laquelle est alors intégrée dans la création et l'application de la norme : le salarié. En effet, même une fois les avantages identifiés, que signifie exactement « en faveur des salariés » ? Comment déterminer ce qui est plus favorable ? L'exercice est facile quand on compare deux valeurs identiques – par exemple une prime de 100 euros et une prime de 200 euros – mais devient compliqué quand il s'agit de valeurs différentes – par exemple une prime de 100 avec un repos compensateur et prime de 200 euros sans repos. Certains salariés accorderont plus d'importance à une valeur plutôt qu'à une autre : alors que certains trouveront plus favorable le fait d'avoir plus d'argent, d'autres verront plus d'avantage à avoir un peu moins d'argent, mais avec du temps de repos.

Comme le souligne Monsieur Alain Chevillard, « il faut prendre en compte, pour apprécier un avantage, le caractère plus ou moins agréable³⁵⁷ de la situation qu'il crée pour le salarié, ce qui implique obligatoirement une référence à des éléments psychosociologiques »³⁵⁸.

150. Le principe de faveur présente ainsi des difficultés dans son application. Il se montre également incompatible avec les évolutions des relations entre les normes conventionnelles, en particulier avec le recul de la branche qui se retrouve cantonnée à fixer des cadres généraux au sein de domaines précis, cadres qui peuvent être remodelés par l'accord d'entreprise grâce à la notion de garanties équivalentes.

³⁵⁶ Cass., ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40.083 : *Bull. ass. plén.*, n° 3, *GADT*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2008, n°s 179 à 181. Plus réc. v. Cass. soc., 12 novembre 2002, n°s 99-45.821 et 99-45.888 : *Bull. civ.* V, n° 339. V. égal. Cass., ass. plén., 24 octobre 2008, n° 07-42.799 : *D.* 2008, p. 2798 ; *Dr. soc.* 2009. 38, avis J. Duplat ; *RDT* 2009, p. 43, obs. M. Véricel ; *ibid.*, p. 114, obs. S. Nadal.

³⁵⁷ L'utilisation du terme « agréable » est tout à fait pertinente et renforce l'importance de la subjectivité ressentie pour la détermination de la sécurité juridique des normes conventionnelles. V. infra.

³⁵⁸ A. Chevillard, « La notion de disposition la plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

2. Des garanties équivalentes a priori source de facilité

151. Le principe de faveur s'est pour l'essentiel³⁵⁹ fondu au sein de la notion de garanties équivalentes. Nous avons observé que ce nouveau concept trouve lui aussi à s'appliquer en cas de concours de normes pour identifier laquelle est applicable à la relation de travail. La terminologie est différente de celle du principe de faveur ; les conséquences également.

152. Alors que la jurisprudence avait dégagé une comparaison entre avantages ayant le même objet ou la même cause, le rapport de l'ordonnance n° 2017-1385³⁶⁰ précise que la comparaison pour déterminer s'il y a équivalence doit se faire « domaine par domaine ». Le dernier alinéa de l'actuel article L. 2253-1 prévoit quant à lui que « cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière ». Cet alinéa n'a été rajouté que postérieurement aux ordonnances de 2017, avec la loi de ratification de celles-ci³⁶¹.

La formulation légale se veut synonyme de l'ancienne prétorienne. Dans le bilan de la négociation collective 2017, le ministère précise que « l'appréciation des garanties se fera de manière plus globale, la seule différence résidant dans le fait que le niveau inférieur peut désormais "faire aussi bien", alors qu'il devait "faire mieux" sous l'empire du principe de faveur »³⁶². Car c'est bien la principale innovation du changement de terminologie : nous sommes passés du « supérieur à » au « supérieur ou égal à ». Cela permet à l'accord d'entreprise d'avoir une plus grande probabilité d'application. Pour autant, comme l'a montré le contentieux lié aux salaires minima hiérarchiques de la branche de l'alimentaire³⁶³, toute difficulté n'est pas écartée.

³⁵⁹ Le principe de faveur subsiste pour les rapports entre les accords de groupe, les accords interentreprises, les accords d'entreprise et les accords d'établissement grâce à un chapitre dédié dans le Code du travail prévoyant aux articles L. 2253-5 à L. 2253-7 une substitution des stipulations des accords ayant un champ d'application plus vaste à celles des accords au champ d'application plus restreint uniquement si l'accord au champ d'application plus vaste le prévoit expressément : accords de groupe ou interentreprises sur les accords d'entreprise et d'établissement, ou accords d'entreprise sur les accords d'établissement. Ainsi, au-delà d'une reconnaissance de ces niveaux de négociation, en l'absence de stipulation expresse, le législateur n'ayant pas intégré ces accords dans sa réforme de la hiérarchie des normes conventionnelles, le principe de faveur continue de rayonner.

³⁶⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385, 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

³⁶¹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076 du 31 mars 2018, texte n° 1.

³⁶² Bilan de la négociation collective 2017, p. 205.

³⁶³ V. supra.

153. Le bilan de la négociation collective 2017 apporte en revanche une indication pour le moins étonnante : « Lorsqu'un accord d'entreprise entend mettre en œuvre ce principe d'équivalence des garanties, et ainsi prévoir des stipulations différentes de l'accord de branche dans une matière relevant de sa primauté, il est nécessaire que l'accord d'entreprise le prévoie expressément »³⁶⁴. Les ordonnances de 2017 n'ont jamais limité l'équivalence à la mention expresse au sein de l'accord collectif d'entreprise. D'ailleurs, comment est-ce qu'un accord d'entreprise conclu antérieurement et traitant d'un des domaines de l'article L. 2253-1 peut-il prévoir cette équivalence ? Cette condition extra légale, sans aucune valeur normative, est délétère car elle peut porter à confusion sur les possibilités normatives réelles de l'accord d'entreprise.

154. La fin du « mieux » pour le « aussi bien » permet ainsi à l'accord d'entreprise d'être plus facilement applicable en cas de concours avec un accord de branche. Toutefois, l'équivalence ne fait pas totalement disparaître la variable humaine vue pour le principe de faveur. En revanche, elle l'atténue grâce à une diminution de la subjectivité de la notion : la comparaison par ensembles de garanties se rapportant à la même matière assure une meilleure objectivité à la démarche, facilitant là aussi l'application de l'accord d'entreprise.

Avec les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, l'accord d'entreprise trouve des moyens d'action sur les domaines réservés à la branche ou réservables par elle grâce aux garanties équivalentes. Il s'agit d'une forme d'autonomie limitée, mais non moins bien présente, l'équivalence étant plus aisée à atteindre que le plus favorable. L'accord d'entreprise connaît également une autonomie totale sur les autres domaines, expliquée par la proximité.

B. LA PRIMAUTE DE LA PROXIMITE

155. Plus facilement applicable grâce à la notion de garanties équivalentes, l'accord collectif d'entreprise gagne en primauté sur l'accord collectif de branche. Cette primauté s'explique principalement par un seul motif : la proximité. La négociation d'entreprise, bien que ses participants n'aient pas toujours les mêmes connaissances et la même maîtrise de l'art normatif que ceux des niveaux de négociation supérieurs³⁶⁵, aurait en effet l'avantage

³⁶⁴ Bilan de la négociation collective 2017, p. 205.

³⁶⁵ V. infra.

d'être la plus pertinente en raison d'une réalisation au plus proche des besoins des salariés et plus généralement de la communauté de travail. Au titre d'une proximité assumée (2), le législateur a ainsi accordé à l'accord d'entreprise une primauté étendue (1).

1. Une primauté étendue

156. Troisième et dernier volet de l'articulation entre les niveaux de négociation, les articles L. 2253-3 et L. 2253-4 du Code du travail concluent les relations de la branche et de l'entreprise par la reconnaissance d'une autonomie totale de cette dernière. L'article L. 2253-3 en particulier est d'une étonnante concision à la portée générale puisqu'il indique simplement que « dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise (...) prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ».

Le législateur a également rajouté une précision qui a le mérite d'écarter certaines interrogations, mais surtout de marteler sa volonté de prévalence de l'accord collectif d'entreprise : les accords d'entreprises prévalent, qu'ils soient « conclu[s] antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ».

157. Il est régulièrement reproché au législateur de faire preuve d'inflation normative et d'absence de concision. Nous avons ici un exemple de brièveté efficace qui mérite d'être relevé : avec seulement deux phrases, l'accord d'entreprise voit sa portée décuplée, courbant l'espace et le temps.

L'espace car au-delà de certains domaines que nous avons vus précédemment, la prévalence de l'accord d'entreprise s'étend sans tenir compte des dispositions existantes au sein d'accords de niveau supérieur. Le temps car en plus d'assurer la priorité aux accords d'entreprise conclus postérieurement, le législateur valide aussi les stipulations d'accords antérieurs qui étaient jusqu'alors inapplicables.

La sécurité juridique de l'accord collectif d'entreprise est ainsi considérablement renforcée : sauf disposition législative ultérieure, sa prévalence lui assure applicabilité et pérennité.

158. L'émancipation de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche est incontestable. Est-elle pour autant sans limite ? Car finalement, sa seule limite au sein de l'espace normatif conventionnel se trouverait dans les domaines strictement réservés à la branche dans lesquels l'accord d'entreprise est exclu. Or, tel n'est pas notre sentiment. En effet, la portée de l'accord d'entreprise s'étend également aux domaines de la branche où celle-ci devient supplétive, sauf garanties équivalentes permettant à un accord d'entreprise d'écarter un accord de branche si ses stipulations sont équivalentes à celles de ce dernier³⁶⁶. Par conséquent, qu'importe le champ d'application ou la matière sur laquelle porte les stipulations, l'accord d'entreprise a toujours moyen d'évincer l'accord de branche : soit il est pleinement autonome, soit il choisit de l'être.

Les seules limites à l'accord d'entreprise sont donc l'ordre public et les domaines pour lesquels le législateur délègue à la négociation collective. La première limite étant restreinte – l'ordre public contenant les grands principes – et la seconde étant particulièrement étendue, la primauté de l'accord d'entreprise connaît une grande portée. Notamment grâce à la proximité apportée par la délégation du législateur aux partenaires sociaux en entreprise.

2. Une proximité assumée

159. L'importante émancipation de l'accord collectif d'entreprise trouve sa justification dans les différents supports juridiques que sont l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et sa loi d'habilitation. L'ordonnance tout d'abord est le support qui organise la primauté de l'accord d'entreprise. Son nom est déjà évocateur puisqu'elle est « relative au renforcement de la négociation collective ».

Ce renforcement se matérialise par une confiance faite « aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon plus simple, rapide et efficace, grâce à la négociation collective »³⁶⁷. Il s'agit donc de rendre la négociation collective plus résistante aux évolutions structurelles. C'est reconnaître la flexibilité de ce niveau de négociation ; admettre que les entreprises peuvent facilement s'adapter si on leur

³⁶⁶ Ce point est également mis en lumière par Monsieur le Professeur Jean-François Cesaro quand il affirme que « cette interprétation suggère, de surcroît, que les articles qui ne figurent pas dans cette liste, mais qui confient tel ou tel rôle à la branche ne supportent aucune dérogation, même plus favorable » : J.-F. Cesaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306.

³⁶⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28.

en donne les moyens. C'est aussi implicitement la reconnaissance de l'importance de la proximité.

160. Cette reconnaissance implicite au sein de l'ordonnance est en revanche particulièrement explicite dans la loi d'habilitation du 15 septembre 2017³⁶⁸. L'étude d'impact intègre, dans la nécessité de légiférer, la philosophie de la réforme : « confi[er] aux acteurs de l'entreprise, au plus près du terrain, la responsabilité de déterminer eux-mêmes, par voie d'accord d'entreprise, les règles régissant cette relation »³⁶⁹.

L'objectif poursuivi est également clairement indiqué : « la finalité est de faire en sorte que la norme en droit social de l'entreprise émane davantage de cette dernière, d'une part pour être adaptée aux attentes des salariés et à la spécificité de l'entreprise, d'autre part parce qu'elle est garante d'un dialogue social constamment entretenu et effectif »³⁷⁰. Adaptation, spécificité et dynamisme : trois points qui justifient aux yeux du législateur l'émancipation de l'accord collectif d'entreprise grâce à sa proximité.

161. Une telle reconnaissance explicite pour l'entreprise induit une reconnaissance implicite des défauts antagonistes à l'égard de la branche. Conforté par une négociation « au plus proche des conditions réelles d'organisation du travail (...), [l'accord collectif d'entreprise] répond de manière plus appropriée aux spécificités de la structure productive »³⁷¹. Avec une proximité maximale, les salariés et employeurs, maîtres-producteurs de leurs normes, peuvent élaborer des règles en parfaite adéquation avec leurs besoins et adaptées au fonctionnement de leur entreprise.

La réorganisation sous forme d'un triptyque gagne en intérêt à la lumière de cette proximité : par un découpage permettant d'identifier aisément les limites encadrant le pouvoir normatif de la négociation collective, les partenaires sociaux en entreprise, parfois insuffisamment sensibilisés aux subtilités juridiques normatives³⁷², peuvent élaborer en toute connaissance de cause leurs règles conventionnelles d'entreprise. La norme étant amenée à

³⁶⁸ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0217 du 16 septembre 2017, texte n° 3.

³⁶⁹ Étude d'impact de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 17.

³⁷⁰ Étude d'impact de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 18.

³⁷¹ C. Nicod, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDJ* 2017, p. 657.

³⁷² V. infra.

s'intégrer le mieux possible au sein du corpus de règles de l'entreprise, elle est également mieux connue et comprise des salariés grâce à cette proximité. La sécurité juridique de la norme conventionnelle est ainsi renforcée.

162. Conclusion de chapitre. L'émancipation de l'accord collectif par rapport à la loi grâce aux interventions de l'État participe à renforcer sa sécurité juridique. L'émancipation de l'accord collectif d'entreprise en particulier s'observe par ses relations et ses impacts sur deux autres sources en droit du travail que sont le contrat de travail et l'accord de branche. Jusqu'alors protégé de toute modification extérieure, vu comme l'un des derniers remparts à la flexibilisation du marché du travail, le contrat de travail a fini par céder face à un type d'accord collectif en particulier, l'accord de performance collective, héritier de précédentes pratiques et précédents accords. L'émancipation gagnée par la norme élaborée au niveau d'entreprise est importante sans être totale. Des limites demeurent, tenant notamment aux conditions d'affirmation du régime exorbitant de l'accord de performance collective ou aux leviers actionnables.

Quant à l'émancipation de l'accord d'entreprise par rapport à la branche, celle-ci ne s'est pas faite de façon aussi active, mais finalement de façon passive avec la sanctuarisation progressive de la branche dont le champ d'application s'est concentré. L'exception distillée depuis 2004 est devenue principe : la loi de 2004 ne permettant une prééminence de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche qu'en l'absence d'interdiction explicite³⁷³, c'est une prééminence de l'entreprise sur tous les domaines sauf ceux énoncés aux actuels articles L. 2253-1 et 2 du Code du travail qui s'applique. Alors que la loi de 2016 a été vue par certains auteurs comme une complexification des rapports entre accords collectifs de niveau différent « non seulement par la diversité des mécanismes désormais à l'œuvre que par les nuances et exceptions qui les émaillent »³⁷⁴, les réformes de 2017 et 2018 ont eu le mérite de corriger cela grâce à une uniformisation. Uniformisation ayant conduit à une

³⁷³ Art. L. 132-23, al. 3 et 4 anc. C. trav. : « En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.

Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ». Les grandes lignes de ces alinéas ont été recodifiés à l'article L. 2253-3 C. trav.

³⁷⁴ C. Nicod, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? – Les rapports entre accords collectifs », *RDT* 2016, p. 800.

émancipation de l'accord collectif d'entreprise et un renforcement de sa sécurité juridique par une impérativité croissante, la notion de garanties équivalentes accroissant les chances de prévalence, sans toutefois écarter toute difficulté.

163. Conclusion de titre. Par la dérogation et la répartition des rôles, l'accord d'entreprise a acquis une autonomie comme jamais il n'en avait eu, participant à son émancipation par rapport à la norme légale. L'autonomie accordée est encadrée, légalement reconnue, et encouragée par l'intervention du législateur qui module par la même occasion la sécurité juridique des accords collectifs. Celle-ci se retrouve renforcée puisque l'accord collectif peut écarter l'application d'autres normes : il est donc moins influencé par leurs dispositions. La branche, quant à elle, se retrouve ainsi sanctuarisée à quelques domaines en dehors desquels l'accord d'entreprise domine ; la première ne retrouve une relative présence normative que dans l'ombre de la supplétivité laissée par la carence du second. Cette domination de l'accord d'entreprise influe sur sa sécurité juridique en raison d'une mobilisation plus importante³⁷⁵, mais aussi de domaines d'action plus larges et parfois plus sensibles comme l'ont montré les accords de préservation de l'emploi.

L'accord de branche ne connaît alors l'insécurité juridique que dans des cas limités, et ce d'autant plus avec l'évolution du rôle des conventions collectives. Ces dernières sont généralement constituées de minimas et de dispositions favorables aux salariés destinées, en particulier, à assurer un « rôle antidumping social » qui est d'ailleurs leur rôle historique³⁷⁶. Pour autant, cela n'a pas empêché l'insécurité juridique la plus marquante de l'histoire des conventions collectives causée par le dispositif du forfait-jours.

L'accord collectif, notamment d'entreprise, s'est donc particulièrement émancipé pour acquérir une place de premier plan aux côtés de la loi. Plus autonome, il échappe à la maîtrise de l'État et peut fragiliser les relations de travail ; l'émancipation de l'accord collectif induit un recours plus fréquent voire systématique, générant une insécurité juridique de la norme conventionnelle : en étant davantage la norme qui fixe la règle, l'accord collectif devient la norme à appliquer et, le cas échéant, à contester. En parallèle de cette délégation normative, le législateur a donc accompagné le développement de l'accord collectif par une recherche de sécurisation juridique de l'accord collectif.

³⁷⁵ Le nombre d'accord d'entreprise conclus en 2021 (78 820, v. supra) montre bien la popularité de cette norme.

³⁷⁶ « Comment passer de 700 à 100 branches ? Entretien avec Patrick Quinqueton », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1703, p. 3.

TITRE SECOND : LA SECURISATION JURIDIQUE DE L'ACCORD COLLECTIF

164. En agissant sur la place de l'accord collectif au sein de son ordre juridique et en particulier celui d'entreprise, l'État n'a pas seulement affaibli la position de la loi ; il a également créé un besoin : celui d'une sécurisation de l'accord collectif. L'État a donc agi sur la norme conventionnelle afin de la sécuriser juridiquement. Tout d'abord, déléguer à l'accord collectif une partie de sa capacité normative a pour conséquence une perte de maîtrise du contenu de la norme, celle-ci étant élaborée par des personnes privées, lesquelles ne sont pas les auteurs « traditionnels » des normes au même titre que le législateur. Dans notre vision héritée du légicentrisme, l'accord collectif n'a pas la même légitimité que la loi en raison de son mode d'élaboration.

165. La légitimité est « un concept extra-juridique »³⁷⁷, une confiance accordée dans la norme par ses destinataires qui apporte un « fondement rationnel »³⁷⁸. Ces derniers attendent de celle-ci qu'elle soit stable, élaborée correctement et par des personnes ayant une légitimité suffisante pour le faire. Il est possible de distinguer deux types de légitimité : la première liée à l'acte, la seconde à ses auteurs. Le législateur va alors répondre à cette attente en sécurisant l'accord collectif par un renforcement de la légitimité (**Chapitre premier**) qui s'exprime à l'égard des compétences des producteurs de la norme ainsi que dans la valeur de celle-ci, que l'État va renforcer en agissant sur les procédures d'élaboration de la norme conventionnelle.

166. La légitimité n'est pas le seul besoin identifié par le législateur afin de renforcer la sécurité juridique de la norme qu'il émancipe ; la stabilité elle-même, en application du principe de confiance légitime, est également identifiée comme levier efficace de sécurisation juridique. Nous avons vu que la stabilité était l'un des critères retenus pour identifier la sécurité juridique³⁷⁹. En tant que source de droit, l'accord collectif peut être

³⁷⁷ A. Viala, « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis* 2020/1 (N° 7), p. 27.

³⁷⁸ J.-B. Donnier, « La légitimité en droit civil : une notion insaisissable ? », *Les Cahiers Portalis* 2020/1 (N° 7), p. 41.

³⁷⁹ V. supra.

soumis à de nombreux aléas, peut-être plus que la loi en raison de sa proximité avec ses destinataires. Le législateur va alors sécuriser juridiquement davantage la norme conventionnelle par une action sur la stabilité de celle-ci (**Chapitre second**).

CHAPITRE PREMIER : LA SECURISATION PAR LA LEGITIMITE

167. On entend par « légitimité de l'accord collectif » son fondement en droit³⁸⁰. Autrement dit, sa capacité à pouvoir exister à côté d'autres normes plus solennelles comme la loi et, nous le verrons, à être acceptée et reconnue par ses destinataires. La question de la légitimité de l'accord collectif se pose en raison du dualisme de celui-ci : un acte normatif qui a la forme et les modes de conclusion du contrat, et les effets d'une loi en s'imposant à des individus qui ne l'ont pas signé et n'ont pas discuté du contenu, sorte « d'impérativité institutionnelle »³⁸¹ au travers d'une habilitation de l'État. Or, pour que cette habilitation soit accordée, la norme conventionnelle doit être valide³⁸².

168. Dans le cas de l'accord collectif, les conditions de validité sont principalement définies par le législateur ; elles sont aujourd'hui essentiellement³⁸³ liées à la signature d'organisations syndicales représentatives ayant recueilli un seuil minimal des suffrages aux élections professionnelles. Ces conditions servent alors à déterminer une validité que nous pourrions qualifier de « traditionnelle » dans le sens où elles sont attachées aux fondements de la négociation collective telle que nous la connaissons en France depuis le XIX^{ème} siècle. Cette validité symbolisée par l'accord de volonté entre une partie patronale et une partie salariale sera étudiée dans un premier temps pour comprendre l'intérêt d'une légitimité établie grâce à la validité juridique de l'accord collectif et ses évolutions au fil des réformes (**Section 1**).

Car une autre forme de validité est apparue, venant concurrencer la validité traditionnelle. Cette validité « nouvelle », apportant une transformation du fondement rationnel de la norme conventionnelle, est symbolisée par les récentes modalités permises pour la conclusion d'accords collectifs dans certaines entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Au-delà de la validité de la norme, c'est surtout la légitimité de ses auteurs qui est recherchée (**Section 2**).

³⁸⁰ « Légitime », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, PUF, 2011. V. égal. J.-B. Donnier, « La légitimité en droit civil : une notion insaisissable ? », *op. cit.*

³⁸¹ F. Géa, M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* n° 768, octobre 2012, p. 40.

³⁸² Il est nécessaire de distinguer la notion de « validité » de celle de « légitimité » car la première matérialise un fondement objectif de la norme, et la seconde un fondement subjectif.

³⁸³ D'autres conditions sont définies en cas d'absence d'organisations syndicales. V. infra.

SECTION 1 : LA LEGITIMITE ASSUREE PAR LES CONDITIONS DE VALIDITE

169. La validité « traditionnelle » de l'accord collectif de travail que nous avons identifiée ci-dessus repose en grande partie sur le dialogue social³⁸⁴, soit, en définitive, la signature de l'accord par les partenaires sociaux (§1) : c'est grâce à cette adhésion que l'accord collectif acquiert son existence juridique et peut dès lors voir sa sécurité juridique fluctuer. Celle-ci va être renforcée ou affaiblie en fonction des signataires de l'accord collectif, notamment en raison d'exigences légales plus difficiles respecter.

C'est pourquoi, en cas d'insuffisance de signatures, le législateur a voulu renforcer la légitimité de la norme conventionnelle en imposant des conditions supplémentaires. La validité de l'accord collectif repose aujourd'hui également sur l'adhésion des salariés à l'accord collectif dans le cadre des accords dits minoritaires (§2).

§1. LA VALIDITE FONDEE SUR L'ADHESION DES PARTENAIRES SOCIAUX

170. La question de la validité de l'accord collectif est liée à la possibilité que possède ce dernier de déroger à la loi. C'est d'ailleurs elle qui définit les conditions de validité et donc de légitimité de l'accord collectif. Alors que la légitimité a d'abord bénéficié d'une assise administrative, elle s'est progressivement transformée en assise conventionnelle centrée sur le principe de l'opposition (A) ; assise qui va connaître d'importantes transformations avec l'émergence du principe majoritaire (B) amorçant une mutation de la légitimité de l'accord collectif et, par conséquent, de sa sécurité juridique.

A. LE PASSAGE D'UNE LEGITIMITE ADMINISTRATIVE A UNE LEGITIMITE CONVENTIONNELLE

171. Avant de prendre la forme d'une légitimité conventionnelle au travers du mécanisme de l'opposition (2), la légitimité de l'accord collectif de travail tient ses origines dans une légitimité administrative (1).

³⁸⁴ Considéré comme « tous types de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun », tel que défini par l'Organisation Internationale du Travail.

1. L'instauration d'une légitimité administrative

172. Nous avons vu que la dérogation reposait initialement sur les règlements d'administration publique³⁸⁵. Ceux-ci déterminaient les modalités d'application des dérogations préalablement autorisées par la loi.

La dérogation est alors extrêmement limitée puisque la loi n'habilite que l'administration à mettre en œuvre les dérogations qu'elle permet en fonction des particularités locales ou professionnelles. Ce phénomène peut s'analyser en une légitimité administrative. En quelque sorte, l'État reste maître de l'entier processus dérogatoire : le pouvoir législatif habilite le seul pouvoir exécutif.

173. Cependant, très vite, les partenaires sociaux ont été intégrés au dispositif dérogatoire. Leurs débuts restent toutefois limités puisque de simples commissions consultatives vont être instaurées³⁸⁶. L'on devine aisément, avec notre vision héritière de ces prémices, l'intérêt d'un tel recours : comment déterminer de façon suffisamment sûre les industries ayant un réel besoin de bénéficier d'une dérogation sans connaître les conditions de travail et d'organisation applicables en leur sein ? Surtout si le règlement doit fixer des dispositions précises et techniques.

Pour autant, même en faisant évoluer l'élaboration des règlements d'administration publique, l'État via son administration garde le monopole de l'action : non seulement l'État peut prendre des règlements par sa simple initiative, mais les partenaires sociaux ne peuvent que demander à l'administration de prendre un règlement permettant à leur secteur géographique ou professionnel de bénéficier de dérogations.

Néanmoins, en intégrant les partenaires sociaux dans le processus, l'État a semé les graines de l'évolution qui allait suivre ; il s'est progressivement retiré et la légitimité administrative s'est alors muée en légitimité conventionnelle grâce à l'instauration d'un nouveau mécanisme : celui de l'opposition.

³⁸⁵ V. supra.

³⁸⁶ L. Machu, J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie 1) : la dérogation dans l'histoire du droit du travail », *RDT* 2019, p. 407.

2. L'avènement d'une légitimité conventionnelle

174. L'article 27 de l'ordonnance du 16 janvier 1982³⁸⁷ et l'article 4 la loi du 13 novembre de la même année³⁸⁸ créent le principe de l'opposition majoritaire : « la ou les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'un des textes en question³⁸⁹ peuvent s'opposer à son entrée en vigueur, à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel »³⁹⁰.

En instaurant le droit d'opposition pour les organisations syndicales non-signataires, le législateur institue une légitimité entièrement conventionnelle pour l'accord collectif dérogatoire : soit la majorité des organisations syndicales approuvent et signent le texte, soit la majorité s'abstient de le remettre en cause en s'opposant. Bien qu'ils ne prennent pas part à la signature de l'acte, par cette absence d'opposition³⁹¹, les non-signataires valident juridiquement, tacitement, l'acte conventionnel sans s'engager ni sur son contenu, ni sur ses effets.

175. « Ersatz d'engagement majoritaire »³⁹², les balbutiements du droit d'opposition sont en pratique timides. Il s'agissait de permettre l'opposition aux seules organisations syndicales ayant recueilli, non pas la majorité des suffrages exprimés comme on peut connaître aujourd'hui, mais bien les voix de la majorité des électeurs inscrits. Au regard de l'évolution du taux de participation aux élections professionnelles, 66,8 % en 1994³⁹³, 42,76 % en 2017³⁹⁴, atteindre la majorité requise était relativement difficile. À tel point que

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi Auroux), *JORF* du 14 novembre 1982, p. 3414.

³⁸⁹ Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, ou un avenant ou une annexe, comportant des clauses qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires.

³⁹⁰ Art. L. 132-26 anc. C. trav.

³⁹¹ Voulue ou subie, selon que les non-signataires ont exercé ou non leur opposition, laquelle n'a pas atteint la majorité requise.

³⁹² F. Favennec-Héry, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.

³⁹³ DARES, *Premières informations et premières synthèses*, n° 03.2, juin 2005.

³⁹⁴ « Résultats de la mesure de l'audience pour la représentativité syndicale », Communiqué de presse du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social en date du 31 mars 2017.

certain auteurs ont vu un « droit conçu pour ne jamais servir »³⁹⁵, un « simulacre de démocratie sociale »³⁹⁶.

176. D'abord cantonnée à l'entrée en vigueur d'un accord collectif dérogatoire, l'opposition a par la suite été étendue aux avenants de révision³⁹⁷ avant d'être appliquée à l'ensemble des accords collectifs d'entreprise à partir de 2004³⁹⁸.

Dès lors, véritable personnification de l'adage « qui ne dit mot consent », le principe d'opposition permettait à une ou plusieurs organisations syndicales représentatives recueillant plus de 50 % des voix exprimées au cours des dernières élections professionnelles de s'opposer à la signature d'un accord collectif. Par ce mécanisme, l'accord est en quelque sorte « en suspens » pendant la période débutant à sa signature et se terminant à l'extinction de la faculté d'opposition des organisations syndicales non-signataires : il est valide « si », mais n'acquiert définitivement cette validité – et produit pleinement ses effets – qu'une fois le délai d'opposition dépassé.

177. Avec l'ancien article L. 132-2-2 du Code du travail, la loi de 2004 a rendu systématique l'utilisation – ou plutôt la non-utilisation – du droit d'opposition pour reconnaître la validation des accords collectifs interprofessionnels, appliquant à ceux-ci la légitimité conventionnelle. La loi a ainsi conditionné la validité des accords nationaux interprofessionnels « à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord ». La nuance est importante car il s'agissait de compter non pas sur la base des salariés inscrits lors des élections professionnelles ou par rapport aux voix exprimées, mais par rapport au nombre d'organisations syndicales pouvant signer : une organisation égalait à une voix. Par cette évolution, la légitimité de la norme conventionnelle emprunte les codes de la démocratie représentative.

Cette condition d'absence d'opposition a également été transposée aux accords d'entreprise ou d'établissement comme condition supplétive, en l'absence de détermination

³⁹⁵ J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

³⁹⁶ J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887.

³⁹⁷ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JORF* du 1^{er} janvier 1993, p. 19.

³⁹⁸ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* du 5 mai 2004, p. 7983.

des conditions de validité par les partenaires sociaux au niveau de la branche professionnelle. En cas d'opposition réussie, l'accord est alors réputé non écrit.

178. Cependant, à peine le mécanisme de l'opposition a-t-il été généralisé qu'un autre mécanisme a commencé à se développer pour donner un nouveau souffle à la légitimité conventionnelle : le principe majoritaire.

B. L'EVOLUTION DE LA LEGITIMITE CONVENTIONNELLE

179. Le passage du principe d'opposition à celui de signature s'explique par la même raison que celle ayant conduit à l'apparition du principe d'opposition majoritaire : le recours aux accords collectifs dérogatoires. Nous l'avons vu, depuis 1982, il a été possible de déroger à un accord collectif au champ d'application plus étendu ou à la loi, et ce, de façon moins favorable. Il était possible de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement « dans la mesure où [ces accords] dérogent aux dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles, dans des cas prévus par la loi »³⁹⁹. Cette faculté dérogatoire s'étant développée depuis 1982, il a fallu réfléchir à d'autres moyen de déterminer la validité des accords collectifs. Comme le souligne le professeur Jean-Emmanuel Ray : « plus un accord est socialement difficile, plus il est fragile sur le plan social, mais aussi juridique »⁴⁰⁰.

C'est l'hypothèse soutenue par Monsieur le Professeur Gilles Auzero quand il affirme que c'est « le passage progressif mais non moins avéré d'une négociation d'acquisition à une négociation de concession qui a conduit à placer sur le devant de la scène la règle majoritaire »⁴⁰¹. Il attribue alors cette volonté à la progression de l'accord dérogatoire. Ainsi, tant que l'on était sur des accords uniquement mieux-disant, la question de l'opposition majoritaire ou de la signature majoritaire n'avait qu'un intérêt limité car les accords conclus n'étaient pas moins favorables pour les salariés. Mais quand les accords moins-disant, voire donnant-donnant, ont fait leur apparition, il a fallu repenser la manière de leur reconnaître une légitimité suffisante, une « légitimité renforcée »⁴⁰².

³⁹⁹ Art. 27 de l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982.

⁴⁰⁰ J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

⁴⁰¹ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

⁴⁰² V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422.

180. À l'inverse du droit d'opposition qui nécessitait une action pour empêcher la reconnaissance de la validité d'un texte conventionnel, le principe majoritaire suppose une action pour accepter le texte soumis à signature. Ce changement de logique, plus exigeant pour assurer la validité des accords collectifs (2) s'est fait progressivement (1).

1. Une nouvelle légitimité progressive

181. Le concept de validité des accords collectifs selon le critère majoritaire n'est pas une innovation de la « Loi Travail »⁴⁰³ et du rapport Combrexelle⁴⁰⁴. Déjà en 2001, les partenaires sociaux⁴⁰⁵ proposaient deux voies possibles pour conclure des accords collectifs d'entreprise, le choix relevant de la branche⁴⁰⁶. La position commune du 9 avril 2008⁴⁰⁷ a, elle aussi, été orientée en ce sens avec son article 5 qui voyait dans les nouveaux critères d'appréciation de la représentativité « une première étape préparant au passage à un mode de conclusion majoritaire des accords ».

182. Si l'on écarte la condition de signature majoritaire nécessaire au bénéfice de l'allègement de cotisations sociales pour les entreprises mettant en place les 35 heures⁴⁰⁸, la première apparition du principe de signature majoritaire comme condition légale de validité d'un accord collectif s'est faite pour les accords de méthode instaurés par la loi du 3 janvier 2003⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁴⁰⁴ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015.

⁴⁰⁵ Certains auteurs en doctrine émettaient également l'idée, à l'instar de Monsieur le Professeur Gérard Lyon-Caen : G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355.

⁴⁰⁶ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective : « a) soit la signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives signataires ayant obtenu au moins 50 % des votants lors des dernières élections de CE ou DP dans l'entreprise. À défaut, pour entrer en vigueur, l'accord devrait être soumis à l'approbation de la majorité du personnel de l'entreprise à l'initiative des organisations syndicales signataires ; b) soit l'absence d'opposition d'organisations syndicales non-signataires ayant recueilli seule ou ensemble au moins 50 % des votants aux dernières élections professionnelles ».

⁴⁰⁷ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁰⁸ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF* du 16 janvier 2000, texte n° 2, spéc. art. 19, V, al. 1^{er}. Il ne s'agissait pas d'une condition de validité de l'accord collectif mettant en place les 35 heures.

⁴⁰⁹ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* du 4 janvier 2003, texte n° 1. Spéc. art. 2, III : « La validité des accords prévus au I est subordonnée à une consultation du comité d'entreprise et à leur signature par une ou plusieurs organisations

183. Le critère de majorité a « pris son envol »⁴¹⁰ avec la loi du 4 mai 2004. Cette loi a permis aux partenaires sociaux au niveau de la branche professionnelle de prévoir que « la validité des conventions ou accords conclus dans le même champ d'application professionnel est subordonnée à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche »⁴¹¹. Dans la continuité des lois Auroux, la loi de 2004 a permis aux accords de niveau inférieur de déroger *in pejus* aux accords de niveau supérieur.

184. C'est la loi du 20 août 2008, issue de la position commune du 9 avril 2008⁴¹² qui a consolidé le principe en créant un seuil de représentativité nécessaire de la part des signataires des accords collectifs. En imposant la signature par « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections »⁴¹³ professionnelles, la loi de 2008 n'a pas remis en cause le principe d'opposition majoritaire ; elle a consacré une nouvelle logique de validation des accords collectifs.

185. L'exigence d'une majorité de signature s'est développée en 2013⁴¹⁴ en s'imposant pour certains accords spécifiques tels que les accords conclus dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁴¹⁵ ou les accords de maintien dans l'emploi⁴¹⁶. Puis en 2014⁴¹⁷ pour

syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ».

⁴¹⁰ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

⁴¹¹ Art. L. 132-2-2, II anc. C. trav.

⁴¹² Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Signée entre MEDEF, CGPME, CGT et CFDT, la volonté était d'apporter un dynamisme au dialogue social et aux relations collectives, mais surtout de renforcer la légitimité des partenaires sociaux et des normes qu'ils élaborent. Pour une présentation générale, v. G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *RDT* 2008, p. 360.

⁴¹³ Art. L. 2232-12 anc. C. trav.

⁴¹⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138 du 16 juin 2013, texte n° 1.

⁴¹⁵ Art. L. 1233-24-1 C. trav.

⁴¹⁶ Art. L. 5125-4 C. trav.

⁴¹⁷ Loi n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 33.

les accords sur la qualité de vie au travail⁴¹⁸, et en 2015⁴¹⁹ pour les accords de regroupement des négociations annuelles obligatoires⁴²⁰ et ceux de mise en place de l'instance unique de représentation du personnel⁴²¹.

Enfin, la loi du 8 août 2016⁴²² a véritablement consacré le principe majoritaire comme condition de validité des accords collectifs d'entreprise. Parachevant la mutation du principe d'opposition majoritaire en un principe de signature majoritaire – le premier n'ayant plus d'intérêt en présence du second – l'accord collectif connaît une nouvelle légitimité. L'alinéa premier de l'article L. 2232-12 du Code du travail prévoit désormais que « la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants ».

Généraliser le principe majoritaire s'est donc fait progressivement. Cependant, rehausser le seuil minimal permettant d'assurer la validité d'un accord collectif a pour conséquence un accroissement de la difficulté pour parvenir à la signature d'un accord.

2. Une nouvelle légitimité plus exigeante

186. Accompagnant utilement un mouvement d'émancipation de l'accord collectif d'entreprise⁴²³ et, nous l'avons vu, de dérogation, le principe de majorité de signature permet à l'accord collectif de « revêt[ir] une légitimité accrue puisque, en fin de compte, il recueille un consentement majoritaire »⁴²⁴.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189 du 18 août 2015, texte n° 3.

⁴²⁰ Art. L. 2242-20 anc. C. trav.

⁴²¹ Art. L. 2391-1 anc. C. trav.

⁴²² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

⁴²³ F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016, p. 903 : « (...) puisque le législateur va un peu plus loin dans le champ des dérogations – en assurant la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche dans de nombreux domaines –, il était naturel d'élever le seuil électoral permettant aux partenaires sociaux de donner plein effet aux accords collectifs d'entreprise, dans le seul domaine des accords d'entreprise ».

⁴²⁴ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

En effet, un accord collectif d'entreprise pouvant être moins favorable que l'accord de branche applicable à des salariés n'ayant pu négocier son contenu et ses effets à leur égard, il était nécessaire de repenser le processus de validation pour une meilleure acceptation juridique de l'accord collectif par les individus concernés. Le concept d'accord majoritaire est alors davantage un « concept acceptation » qu'un « concept validation ».

187. Pour autant, même avec l'exigence d'une majorité de signatures, les organisations syndicales – représentatives ou non – ne sont toujours pas de réels mandataires des salariés⁴²⁵. Elles restent de simples représentants. Inverser le paradigme en passant d'une majorité d'acceptation tacite en ne faisant pas jouer le droit d'opposition à une majorité d'acceptation explicite revient essentiellement à revoir les « règles du jeu » du dialogue social tel que nous le connaissons depuis la fin du XIX^{ème} siècle ; changer les règles ne conduit pas, ici, à changer les rôles des « joueurs ».

188. Toutefois, en pratique, l'exigence de majorité peut freiner la conclusion d'accords collectifs⁴²⁶. Auparavant, si l'employeur voulait mettre en place par exemple un accord collectif un peu innovant ou n'accordant pas de grandes garanties pour les salariés, il pouvait espérer la signature de certains syndicats qualifiés de « progressistes »⁴²⁷ avec une absence d'opposition des non-signataires. Mais, avec le principe de l'accord majoritaire, le pouvoir de blocage des organisations syndicales non-signataires est potentiellement systématique car foncièrement passif⁴²⁸ : il suffit juste pour la majorité d'entre elles de ne pas signer pour qu'un accord ne soit pas valide.

C'est pourquoi en complément de la recherche de légitimité fondée sur la signature des partenaires sociaux est recherchée la légitimité fondée sur l'acceptation des salariés par la consultation en cas d'accord minoritaire.

⁴²⁵ V. les propos du professeur Georges Borenfreund in G. Borenfreund et F. Favennec-Héry, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle des salariés ? », *RDT* 2016, p. 309.

⁴²⁶ J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

⁴²⁷ Classiquement la CFDT ou l'UNSA. Par opposition aux syndicats dits « contestataires » tels que, classiquement toujours, la CGT, FO ou Sud.

⁴²⁸ Contrairement au pouvoir de blocage lié à l'utilisation du droit d'opposition qui, nécessitant une démarche des organisations syndicales, sera qualifié d'actif.

§2. LA VALIDITE FONDEE SUR L'ADHESION IMPLICITE DES SALARIES

189. La consultation des salariés à la suite d'un accord minoritaire est généralement assimilée par la doctrine à une issue quand la voie de la majorité de signature se trouve bloquée. De nombreux noms ont été donnés par la doctrine à ce référendum : « voie de secours »⁴²⁹, « porte de secours »⁴³⁰, « dispositif de sauvetage »⁴³¹, « solution de déblocage »⁴³², « référendum palliatif »⁴³³. Mécanisme par lequel les salariés « approuve[nt] (...) l'acte accompli pour [eux] »⁴³⁴ – ici un accord collectif minoritaire – nous emprunterons la formulation du professeur Gilles Auzero de « référendum ratification »⁴³⁵.

Jusqu'alors, ce type de référendum était utilisé pour valider un accord négocié par un salarié mandaté⁴³⁶ ou par des élus (mandatés ou non)⁴³⁷. Il s'agissait de pallier la carence syndicale « totale »⁴³⁸. Il est maintenant utilisé pour les accords réunissant 30 % de signatures, mais pas 50 % : on pallie la carence syndicale « partielle ». C'est pourquoi Monsieur le Professeur Franck Petit parle de « référendum mis au service de la négociation collective »⁴³⁹.

190. N'ayant pu bénéficier de la légitimité majoritaire propre à l'accord collectif signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections CSE, l'accord minoritaire doit recourir à la consultation des salariés. Celle-ci fonde alors une validité nouvelle (**A**) qui repose avant tout sur l'acceptation (**B**).

⁴²⁹ V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422.

⁴³⁰ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S* 2016, 1300.

⁴³³ I. Odoul Asorey, E. Peskine, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement », *RDT* 2016, p. 803.

⁴³⁴ « Ratification », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

⁴³⁵ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

⁴³⁶ L. 2232-27 anc. créé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

⁴³⁷ L. 2221-21-1 anc. Loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

⁴³⁸ Même si un salarié était mandaté, ce n'était pas l'organisation syndicale qui négociait et signait elle-même l'accord.

⁴³⁹ F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016, p. 903.

A. UNE VALIDITE PAR LA CONSULTATION

191. Pour conférer une légitimité à l'accord collectif minoritaire, ce dernier doit être soumis à la consultation des salariés. Une telle décision n'est pas automatique, mais doit être voulue par les partenaires sociaux signataires de l'accord (1) pour que les salariés puissent valider – ou non – le texte en suspens (2).

1. Une décision entre les mains des signataires de l'accord minoritaire

192. Apport de la loi du 8 août 2016, le deuxième alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail prévoyait, dans sa rédaction issue de cette loi, qu'en cas d'absence d'accord majoritaire, mais avec la signature par l'employeur et « par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages (...), une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord ». Les organisations syndicales étaient les seules à pouvoir décider la mise en place d'une telle consultation.

193. Ce monopole a rapidement été remis en cause. La loi d'habilitation du 15 septembre 2017⁴⁴⁰ a voulu étendre à l'employeur cette possibilité de soumettre à référendum un accord « minoritaire ». La mesure n'a pas été unanimement accueillie par les députés, 60 d'entre eux ayant saisi le Conseil constitutionnel. Selon les auteurs de la saisine, cette possibilité accordée à l'employeur « aurait pour effet de porter atteinte à la place prédominante des organisations syndicales dans la négociation collective, en violation des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 »⁴⁴¹. Ce raisonnement a été rejeté par le Conseil : « les dispositions contestées concernent seulement la validation d'un accord déjà conclu et ne sont, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à la liberté syndicale et au principe de participation à la

⁴⁴⁰ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0217 du 16 septembre 2017, texte n° 3, art. 1 : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin : (...) 2° De favoriser les conditions de mise en œuvre de la négociation collective en : (...) b) Facilitant le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe ».

⁴⁴¹ Cons. const., Décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, §18.

détermination collective des conditions de travail »⁴⁴². Le point essentiel permettant la validation par le Conseil constitutionnel est bien la condition *sine qua non* de conclusion préalable d'un accord collectif négocié entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, ces dernières ayant participé à la détermination collective des conditions de travail. Il est probable que la solution eut été similaire s'il s'était agi d'un monopole pour l'employeur de soumettre.

L'ordonnance du 22 septembre 2017⁴⁴³ a ainsi rajouté une phrase à la fin du deuxième alinéa de l'article L. 2232-12 : « Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations ». Il en ressort donc une priorité pendant un mois aux organisations syndicales qui peuvent décider de déclencher la consultation des salariés en la demandant à l'employeur. Enfin, peut-être pour tenir compte des craintes exprimées lors de la saisine du Conseil constitutionnel, la technique de l'opposition est réintroduite, voire durcie car l'unanimité des organisations syndicales représentatives signataires de l'accord minoritaire est désormais nécessaire pour permettre l'opposition ; l'employeur n'a donc pas totalement le dernier mot pour initier la consultation des salariés et les organisations syndicales non-signataires sont totalement exclues du processus de légitimation de l'accord. Cette solution se veut pragmatique car ainsi, en cas de pluralité d'organisations syndicales signataires en particulier, la partie patronale et au moins un membre de la partie syndicale peuvent mettre en place la consultation.

194. Cependant, une fois la décision de réalisation de la consultation, il est nécessaire de conclure un « protocole spécifique » pour définir les modalités de la consultation⁴⁴⁴. Nouvelle résurgence des anciennes conditions de validité des accords collectifs, pour que cet accord soit valide, il doit être signé par « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique ». Autrement dit, alors qu'il fallait l'absence d'opposition de l'unanimité des organisations syndicales signataires de l'accord minoritaire, participent à

⁴⁴² *Ibid.*, §21.

⁴⁴³ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29, spéc. art. 10.

⁴⁴⁴ Art. L. 2232-12, al. 4 C. trav.

l'élaboration du protocole spécifique l'ensemble des organisations syndicales représentatives de l'entreprise.

Une telle mesure n'est pas une volonté du législateur, mais le résultat d'une décision du Conseil constitutionnel du 20 octobre 2017 rendue dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁴⁵. En l'espèce, le requérant reprochait à l'article L. 2232-12 « d'exclure les syndicats représentatifs non-signataires d'un accord d'entreprise ou d'établissement de la participation à la négociation et à la conclusion du protocole organisant la consultation des salariés sur cet accord »⁴⁴⁶. L'ancienne rédaction du quatrième alinéa de l'article L. 2232-12 était la suivante : « La consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires ». On remarque immédiatement qu'en plus de réserver la conclusion du protocole aux organisations syndicales représentatives signataires de l'accord minoritaire, aucune condition n'était requise quant à un seuil minimal de signature du protocole. Le Conseil a conclu à l'inconstitutionnalité de la mesure au motif qu'« en prévoyant que seules les organisations syndicales qui ont signé un accord d'entreprise ou d'établissement et ont souhaité le soumettre à la consultation des salariés sont appelées à conclure le protocole fixant les modalités d'organisation de cette consultation, les dispositions contestées instituent une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi »⁴⁴⁷.

La conséquence de cette spécificité est qu'en cas d'opposition minoritaire – n'ayant donc pas abouti – les chances de parvenir au seuil de signatures du protocole spécifique sont théoriquement très réduites. En effet, les organisations syndicales représentatives ayant recueilli 30 à 50 % des suffrages aux dernières élections étant divisées entre elles, le seuil de 30 % requis pour le protocole spécifique semble plus difficile à atteindre⁴⁴⁸. Ces modalités,

⁴⁴⁵ Cons. const., Décision n° 2017- 664 QPC du 20 octobre 2017, *JORF* n° 0248 du 22 octobre 2017, texte n° 33.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, cons. 5.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, cons. 10.

⁴⁴⁸ Tandis que l'ancienne rédaction permettait de grandes chances de conclusion du protocole. Il est en outre permis de douter qu'au regard de la nouvelle rédaction, les organisations syndicales représentatives non-signataires de l'accord minoritaire – qui pourraient aider à atteindre le seuil des 30 % – acceptent de signer le protocole d'accord. Cependant, bien que la signature de l'accord minoritaire n'oblige pas juridiquement à la signature du protocole spécifique, il serait étonnant de voir les organisations signataires ne pas signer le protocole.

loin de faciliter la compréhension par les partenaires sociaux en entreprise en raison des différents seuils calculés sur des bases différentes, renforcent en revanche la légitimité de l'accord collectif minoritaire initial.

195. Nonobstant ces conditions particulières préalables à la consultation des salariés, la validité du référendum est d'une flagrante simplicité puisqu'elle est contenue dans une seule phrase : « L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés »⁴⁴⁹. Aucune autre condition n'est exigée, le but étant de faciliter le recueil de l'avis favorable des salariés. Une seule précision quant aux votants est apportée par l'alinéa qui précède : « Participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des articles L. 2314-15 et L. 2314-17 à L. 2314-18-1 »⁴⁵⁰. Cette validation est donc entre les mains des salariés, destinataires du potentiel futur accord collectif.

2. Une validation entre les mains des destinataires de l'accord minoritaire

196. Malgré les efforts de clarification de rédaction, l'alinéa 6 de l'article L. 2232-12 du Code du travail a soulevé une difficulté quant à l'exacte détermination des salariés à consulter dans le cadre du référendum. Tandis que l'article L. 2232-12 précise que « participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des articles L. 2314-15 et L. 2314-17 à L. 2314-18-1 »⁴⁵¹, l'article D. 2232-2, 1° énonçait jusqu'en décembre 2017 que « lorsque la consultation est organisée en application de l'article L. 2232-12, le protocole conclu avec les organisations syndicales détermine la liste des salariés couverts par l'accord au sens du cinquième alinéa de cet article et qui, à ce titre, doivent être consultés »⁴⁵². Il pouvait y avoir une incompatibilité entre l'article L. 2232-12 et l'article D. 2232-2 « puisque certains salariés couverts par l'accord n'ont pas de ce seul fait la qualité d'électeurs »⁴⁵³.

⁴⁴⁹ L. 2232-12, al. 6 C. trav.

⁴⁵⁰ Art. L. 2232-12, al. 5 C. trav.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² Art. D. 2232-2, 1° C. trav.

⁴⁵³ F. Petit, « Le référendum visant à sauvegarder un accord collectif "minoritaire" », *Dr. soc.* 2020, p. 96.

Situation dommageable pour la sécurité juridique des accords collectifs minoritaires ratifiés par référendum, il a fallu attendre une décision du 7 décembre 2017⁴⁵⁴ pour que le Conseil d'État tranche la question en supprimant la dernière phrase du 1^o⁴⁵⁵. Ce sont donc les seules dispositions de l'article L. 2232-12 qui sont à prendre en compte, soit l'ensemble des salariés des établissements couverts par l'accord.

197. Or, même en ne devant se conformer qu'à l'article L. 2232-12, une difficulté subsiste quant à la détermination exacte « des salariés des établissements couverts par l'accord ». La question est importante car en plus d'influer sur l'identification des votants, elle conditionne intrinsèquement la légitimité de l'accord soumis à consultation.

La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur ce point précis en 2019⁴⁵⁶. La Cour estime que même si un accord collectif n'est à destination que d'une partie des salariés d'un établissement, la consultation doit se faire sur l'ensemble de l'établissement : « doivent être consultés l'ensemble des salariés de l'établissement qui remplissent les conditions pour être électeurs dans l'entreprise sans préjudice de l'application, le cas échéant, des dispositions de l'article L. 2232-13 du même code ». Elle a également précisé dans un arrêt récent⁴⁵⁷ que les salariés en contrat à durée déterminée devaient être consultés même s'ils n'étaient pas concernés par les dispositions de l'accord.

La Cour fait ainsi une interprétation stricte de l'article L. 2232-12 du Code du travail. Néanmoins, dans l'espèce de l'arrêt de 2019, il s'agissait d'un accord qui ne s'appliquait qu'à certains salariés en fonction de leur métier et non, par exemple, en fonction du collège électoral (exécutions, maîtrises et cadres). Pour Monsieur le Professeur Franck Petit, « rien n'exclut dans [le cas d'un accord catégoriel] de ne consulter que les salariés du collège considéré »⁴⁵⁸, puisque le dernier alinéa de l'article L. 2232-13 prévoit expressément qu'en

⁴⁵⁴ Décision n^{os} 406760, 408221 et 408226 du 7 décembre 2017 du Conseil d'État statuant au contentieux, *JORF* n^o 0292 du 15 décembre 2017, texte n^o 131.

⁴⁵⁵ Pour autant, le Conseil d'État invalide la dernière phrase du 1^o de l'article D. 2232-2 en se basant sur la décision du Conseil constitutionnel n^o 2017-664 QPC qui a déclaré inconstitutionnel le quatrième alinéa de l'article L. 2232-12, privant de base légale la disposition du décret relative au protocole spécifique ; la disposition n'est pas annulée en raison de la contradiction avec le texte de l'article L. 2232-12.

⁴⁵⁶ Cass. soc., 9 octobre 2019, n^o 19-10.816, *Syndicat CFDT c/ Hôpital Joseph Ducuing* : *Dr. soc.* 2020, p. 96, obs. F. Petit ; *JCP S* 2019, act. 395 ; *ibid.*, 1362, com. J.-Y. Kerbourc'h ; *BJT* 2019, n^o 12, p. 22, note F. Bergeron-Canut ; *JSL* 2019, n^o 487-488-4, p. 16 ; *Cah. CSE* 2019, n^o 198, p. 11.

⁴⁵⁷ Cass. soc., 5 janvier 2022, n^o 20-60.270 : *Dr. soc.* 2022, p. 281, obs. F. Petit ; *JCP S* 2022, 1050, com. Y. Pagnerre.

⁴⁵⁸ F. Petit, « Le référendum visant à sauvegarder un accord collectif "minoritaire" », *Dr. soc.* 2020, p. 96.

cas d'accord catégoriel, « la consultation des salariés, le cas échéant, est également organisée à cette échelle ».

198. En revanche, nonobstant cette interprétation stricte, la Cour a adopté une position souple dans ce même arrêt du 9 octobre 2019 puisqu'elle a jugé « qu'en l'absence de notification par le syndicat à l'origine de la demande, l'information donnée par l'employeur de cette demande aux autres organisations syndicales représentatives ne constitue pas un manquement à l'obligation de neutralité de l'employeur ». Le défaut dans la régularité d'information des organisations syndicales de la volonté de soumettre un accord minoritaire à l'approbation des salariés ne constitue donc pas une condition substantielle ; il ne fait que retarder le départ du délai de 8 jours dont disposent les organisations syndicales représentatives non-signataires pour adhérer à l'accord minoritaire.

199. L'accord validé par la voie du référendum emporte tous les effets de l'accord majoritaire. L'accord minoritaire acquiert une légitimité directe auprès des salariés qui acceptent, pour la majorité des votants, la validité de l'accord.

B. UNE VALIDITE PAR L'ACCEPTATION

200. Manifestation d'une volonté pouvant être expresse ou tacite⁴⁵⁹, l'acceptation vient légitimer l'acte normatif à l'égard des acceptants. Il s'agit d'un dispositif tout à fait singulier en droit où les destinataires d'un acte pourtant négocié et signé par leurs représentants doivent exprimer leur acceptation – ou leur refus – sans pour autant pouvoir influencer sur le contenu de l'accord : l'accord ne se transforme pas pour l'occasion en contrat d'adhésion⁴⁶⁰ et le référendum est drastiquement différent de celui reconnu dans la Constitution⁴⁶¹. Dans le cadre de la validité des accords collectifs minoritaires, deux acceptations sont nécessaires : celle de la majorité des salariés lors de la consultation **(1)** et celle des signataires de l'accord qui acceptent de soumettre celui-ci à l'approbation des salariés **(2)**.

⁴⁵⁹ « Acceptation », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

⁴⁶⁰ En effet, les salariés ayant exprimé leur acceptation pour l'accord ne demeurent pas soumis à ses dispositions en cas d'échec de la consultation ; tout comme ceux ayant exprimé leur refus se voient couverts par l'accord en cas de succès.

⁴⁶¹ Notamment à son article 11.

1. L'acceptation d'une majorité de salariés

201. Le référendum ratification emporte donc tous les effets de l'accord collectif majoritaire ; il n'apporte aucun élément supplémentaire tout comme il n'en soustrait aucun à l'acte originel. Comme le dit Madame Véronique Cohen-Donsimoni ce référendum « ne modifie ni la nature juridique de l'acte ni les parties signataires. Il constitue un simple mode de validation de l'accord d'entreprise négocié conformément aux règles du droit commun mais qui ne peut produire effet »⁴⁶².

Monsieur le Professeur Paul-Henri Antonmattei rapproche d'ailleurs le développement du référendum à celui de l'accord collectif d'entreprise en continuelle croissance. N'étant pas une concurrence à l'accord d'entreprise, mais une complémentarité, le référendum « se situe essentiellement dans un espace de subsidiarité où sa crédibilité doit être, en partie, renforcée »⁴⁶³. Pour autant, même si le référendum ne crée rien de nouveau, il n'est pas sans conséquences sur l'acte et les salariés.

202. D'abord, le référendum participe à un renforcement de la place du vote des salariés et de l'expression de leur volonté. Depuis la fin de la présomption de représentativité des organisations syndicales et la mesure de l'audience⁴⁶⁴, la validité des accords collectifs – et donc leur légitimité – repose sur les salariés et leurs votes. Depuis l'avènement de l'accord majoritaire, si les organisations syndicales représentatives ne parviennent pas à réunir une majorité de signatures, les salariés peuvent être consultés pour valider l'accord minoritaire.

Ainsi, ils participent en amont lors des élections professionnelles et en aval après la négociation d'un accord collectif, irradiant l'entier processus de création de la norme conventionnelle. Grâce à cette participation inédite à l'élaboration de la norme destinée à s'appliquer à eux, les salariés deviennent « la clef de voûte de la règle majoritaire »⁴⁶⁵.

203. En outre, Monsieur le Professeur Gilles Auzero estime que « sous couvert de la règle majoritaire, il s'agit de s'assurer autant que faire se peut qu'une majorité de salariés

⁴⁶² V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422.

⁴⁶³ P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *Dr. soc.* 2019, p. 198.

⁴⁶⁴ V. infra.

⁴⁶⁵ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

reconnaisse la convention ou l'accord comme le sien »⁴⁶⁶. L'instauration de la procédure du référendum ratification est le parangon de cette affirmation. Bien que les salariés n'en soient probablement pas conscients, la finalité d'une telle mesure n'est autre que le renforcement de l'acceptabilité d'un accord collectif par ses destinataires – ou du moins leur majorité – pour ainsi faciliter son application et compliquer sa remise en cause. Il en résulte une nécessaire prise en compte de l'intérêt des salariés par les organisations syndicales pour négocier des accords collectifs les plus en adéquation possible avec les attentes des salariés qu'ils représentent.

La possibilité de recueillir l'acceptation de la majorité des salariés n'est en revanche pas automatique puisqu'elle nécessite une acceptation préalable.

2. L'acceptation d'une minorité d'organisations syndicales

204. Le principal intérêt du référendum ratification est de faciliter la signature des accords collectifs de travail, rendue plus difficile avec l'exigence de la majorité de signature ; car cette nouvelle exigence apporte un nouveau pouvoir à certains acteurs de la négociation collective. C'est ce qu'affirme le professeur Alexandre Fabre quand il écrit qu'« en donnant un rôle – cette fois positif – aux syndicats majoritaires, l'État risquait de leur donner un pouvoir de blocage »⁴⁶⁷. La volonté était bien de faciliter la conclusion d'accords collectifs⁴⁶⁸ participant alors au mouvement plus général de proximité et de conventionalité des normes applicables aux relations de travail⁴⁶⁹.

205. Pourtant, cette nouvelle utilisation d'un mécanisme déjà connu dans d'autres situations inquiète ou interroge certains auteurs. Pour Madame Laurence Pécaut-Rivolier, le référendum de validation d'un accord collectif minoritaire « annihile en partie les efforts de la loi pour légitimer les mécanismes de représentativité »⁴⁷⁰. Ce référendum serait un véritable contournement du système représentatif, consistant à en appeler directement aux

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

⁴⁶⁸ V. F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016, p. 903, pour qui « le nouveau cas de consultation prévu à l'article L. 2232-12 du code du travail poursuit bien cet objectif de facilitation de la négociation (...) à l'égard d'un accord imparfait ».

⁴⁶⁹ *V. supra.*

⁴⁷⁰ L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S* 2016, 1300.

salariés lorsque leurs représentants ne souhaitent pas signer l'accord ». Elle y voit « une mauvaise réponse à une bonne question » ; « un chemin erroné qui dévie la philosophie de la loi nouvelle ».

Sans être de cet avis, Madame Véronique Cohen-Donsimoni résume cette crainte : « en permettant de passer outre le vote des syndicats représentatifs, le référendum engendre le risque de faire prévaloir les intérêts individuels des salariés sur l'intérêt collectif dont on sait que ce dernier ne saurait se confondre avec la somme des premiers »⁴⁷¹.

206. Cependant, nous l'avons vu, les organisations syndicales représentatives ne sont pas écartées purement et simplement au profit des salariés s'exprimant directement par la voie du référendum. Elles sont soit à l'initiative de la consultation, soit à l'initiative de l'opposition unanime. C'est pourquoi le professeur Franck Petit affirme que le référendum ratification « n'a pas été conçu comme une menace à l'égard des syndicats, ni même comme une négation du syndicalisme. (...) L'approbation souhaitée n'a pour effet que de parfaire la validité d'un acte naissant »⁴⁷². En outre, il présente un risque pour l'employeur d'être discrédité. Le recours au référendum est donc une option aléatoire pour les deux parties à l'accord collectif⁴⁷³.

Il n'est alors pas certain que même les organisations syndicales ayant accepté de signer l'accord minoritaire originel souhaitent procéder à la consultation et signer le protocole spécifique. S'en remettre entièrement à la voix des salariés, c'est prendre le risque d'une désapprobation de leur part qui pourrait être fatale lors des prochaines élections professionnelles.

207. Pour renforcer l'acceptabilité d'une norme qu'il tend à favoriser et autonomiser, le législateur a ainsi cherché à légitimer celle-ci dans ses conditions d'élaboration. Validité et légitimité sont donc liées : l'une ne va pas sans l'autre. Le principe de l'acceptation est particulièrement prégnant tant de la part des auteurs de la norme conventionnelle quand ils décident de signer, à la majorité, l'accord ou quand ils décident de le soumettre à la consultation, que de la part des destinataires de la norme ainsi consultés. Il s'agit d'un renforcement de la sécurité juridique de l'accord collectif.

⁴⁷¹ V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422.

⁴⁷² F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016, p. 903.

⁴⁷³ N. Laffue, « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2018, p. 428.

Les conditions nécessaires à la validité des accords collectifs ont considérablement évolué, transformant en profondeur ce pan de la légitimité de la norme conventionnelle. L'autre pendant de cette légitimité va concerner la légitimité même des auteurs : qui peut conclure des accords collectifs et pourquoi ? La réponse à cette question a également évolué, les délégués syndicaux n'étant plus, aujourd'hui, les seuls à pouvoir contribuer à la mise en place de conventions et accords collectifs, notamment au niveau de l'entreprise.

*SECTION 2 : LA LEGITIMITE ASSUREE PAR LES AUTEURS*⁴⁷⁴

208. Le préambule de la Constitution de 1946 a consacré la place des représentants des salariés en affirmant que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises »⁴⁷⁵. Il en découle, pour les organisations syndicales, une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs »⁴⁷⁶. Il n'en découle pas pour autant « un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »⁴⁷⁷. Ainsi, « le législateur ne pouvait autoriser d'autres agents de négociation que pour pallier l'absence de syndicats, et non pour se substituer à eux »⁴⁷⁸.

209. Les réformes initiées depuis 1982 ont suivi ce credo : le délégué syndical, disposant d'une « vision globale et à long terme »⁴⁷⁹, reste l'interlocuteur privilégié pour négocier les accords collectifs. Pourtant, le délégué syndical a été amené au fil des évolutions à partager son rôle de négociateur des accords collectifs. Ce partage s'explique par la diminution de la

⁴⁷⁴ Nous ne traiterons pas des organisations patronales dans cette section. Pour autant, l'exigence d'une démonstration de leur représentativité, requise depuis la loi du 5 mars 2014, est aussi une preuve de recherche de légitimité de la norme conventionnelle issue du niveau de la branche professionnelle et du niveau interprofessionnel par la légitimité de l'ensemble des parties à l'accord.

⁴⁷⁵ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 8.

⁴⁷⁶ Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, cons. 8.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

⁴⁷⁹ L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S* 2016, 1300.

participation aux élections professionnelles et la diminution du taux de syndicalisation qui ont alors remis en question la légitimité des accords collectifs et amené à réfléchir à d'autres moyens de conclure des accords collectifs, en particulier en cas de carence de délégués syndicaux, fréquente dans les très petites entreprises.

La légitimité de l'accord collectif, en particulier celui conclu au niveau de l'entreprise, peut dès lors se faire au travers du prisme des auteurs de la norme, soit avec les délégués syndicaux dont la légitimité est fondée par le vote des salariés, élément déterminant de leur représentativité (§1), soit sans eux, la légitimité étant alors fondée directement sur les salariés (§2).

§1. UNE LEGITIMITE FONDEE SUR LA REPRESENTATIVITE

210. Interlocuteur privilégié pour le dialogue social en entreprise, négociateur naturel des accords collectifs, le délégué syndical doit être nommé par une organisation syndicale. Or, pour pouvoir le faire, l'organisation doit être représentative au niveau de l'entreprise ou disposer d'une section syndicale.

La notion de représentativité fonde la légitimité, dans le sens « légitime à faire quelque chose » : par application du principe de concordance⁴⁸⁰, c'est parce qu'une organisation syndicale est représentative au niveau de la branche qu'elle peut négocier des accords collectifs de branche ; c'est parce qu'elle est représentative au niveau de l'entreprise qu'elle peut nommer un délégué syndical pour négocier des accords collectifs d'entreprise. L'acquisition de cette représentativité telle que nous la connaissons aujourd'hui ne s'est pas toujours faite ainsi. Réponse à un besoin (A), cette évolution n'a pas été sans conséquences sur les fondements même de la représentation salariale⁴⁸¹ (B).

A. UN BESOIN D'EVOLUTION DE LA REPRESENTATIVITE

211. La représentativité, presque figée, reposant en grande partie sur une présomption de représentativité accordée par arrêté, a montré ses limites quand le paysage syndical en entreprise a commencé à évoluer (1). Il est devenu nécessaire de donner davantage de dynamisme et de réalisme à la représentation des salariés en la faisant reposer sur les résultats

⁴⁸⁰ Pour une étude sur l'évolution du principe, v. L. Pécaut-Rivolier, F. Petit, « Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. soc.* 2010, p. 1168.

⁴⁸¹ Sur cette notion, v. F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2000.

des élections professionnelles⁴⁸², permettant une meilleure adéquation entre les salariés et leurs représentants (2).

1. Les limites d'une représentativité basée essentiellement sur la présomption

212. Pendant de très nombreuses années, le caractère représentatif des organisations syndicales était fondé en grande partie sur une présomption de représentativité accordée à cinq confédérations. Conformément à une décision du Président du Conseil et du ministre du travail et de la sécurité sociale du 8 avril 1948, l'arrêté du 31 mars 1966⁴⁸³ reconnut comme organisations syndicales nationales de salariés les plus représentatives « en ce qui concerne l'ensemble des catégories professionnelles de salariés, y compris les cadres » : la Confédération générale du travail (CGT), la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO), la Confédération française démocratique du travail (CFDT) et la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC). L'arrêté reconnaît également la représentativité « en ce qui concerne la catégorie professionnelle des cadres » à la Confédération générale des cadres (CGC).

Par la suite, la loi du 27 décembre 1968⁴⁸⁴ va, outre accorder une place centrale au délégué syndical, codifier dans le Code du travail le principe essentiel qui va irriguer la représentativité des organisations syndicales dans les entreprises : « Tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise »⁴⁸⁵. C'est essentiellement sur cette seule phrase que la représentativité syndicale – et donc la capacité à négocier et signer des accords collectifs – reposait.

⁴⁸² Sur la question de l'électorat des salariés pouvant être assimilés au chef d'entreprise, la législation a récemment évolué pour leur permettre de voter (sans pour autant devenir éligibles) grâce à une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 19 novembre 2021, n° 2021-947 QPC) ayant conduit à la modification par la loi du 21 décembre 2022 (n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, *JORF* n° 0296 du 22 décembre 2022, texte n° 1, art. 8) de l'article L. 2314-18 C. trav. pour mettre fin à l'exclusion instaurée par la Cour de cassation (Cass. soc., 16 février 1977, n° 76-60.212 : *Bull. civ. V*, n° 116. Exclusion élargie par Cass. soc., 6 octobre 1999, n° 98-60.375 : *Bull. civ. V*, n° 370). V. J.-Y. Kerbourc'h, « L'électorat et l'éligibilité après la loi du 21 décembre 2022, *JCP S* 2023, 1088.

⁴⁸³ Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail.

⁴⁸⁴ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, *JORF* du 31 décembre 1968, n° 307, p. 12403.

⁴⁸⁵ Article L. 412-4, al. 2 anc. C. trav.

Cette présomption – irréfragable – de représentativité s’explique par le rôle historique qu’ont acquis les syndicats par les mouvements sociaux ouvriers où « la représentativité se démontrait (...) par l’action syndicale elle-même »⁴⁸⁶.

213. Pour les autres organisations syndicales qui ne seraient pas affiliées à ces organisations – et ne disposeraient donc pas de la présomption – elles devaient démontrer leur représentativité au regard des critères énoncés par la loi du 11 février 1950⁴⁸⁷, selon des modalités différentes en fonction du niveau où elles cherchaient à faire reconnaître leur représentativité. L’autorité administrative la déterminait en prenant en compte les effectifs de l’organisation, son indépendance, ses cotisations, son expérience et ancienneté ainsi que l’attitude patriotique pendant l’occupation⁴⁸⁸. En pratique, en entreprise, cette reconnaissance se faisait généralement à l’issue de contestations faites par les employeurs ou les organisations syndicales présumées représentatives à la suite de la désignation d’un délégué syndical par un syndicat qui ne bénéficiait pas de la présomption.

214. Il existait donc deux modes d’acquisition de la représentativité : la représentativité dite « présumée » et la représentativité dite « prouvée ». En résultait une profonde inégalité entre les organisations syndicales, d’autant plus si l’on prend en considération que seules les organisations syndicales représentatives dans l’entreprise pouvaient constituer une section syndicale au sein de celle-ci⁴⁸⁹, désigner un délégué syndical pour les représenter⁴⁹⁰ ou encore présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles⁴⁹¹.

Cette représentativité est restée presque inchangée pendant un demi-siècle. Une telle longévité aurait été préservée et renforcée si le rôle de la négociation collective et le paysage syndical n’avaient pas profondément évolués⁴⁹². C’est ce « décalage entre les organisations

⁴⁸⁶ L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, « La représentation du personnel dans l’entreprise après la loi du 20 août 2008 », *RDT* 2009, p. 490.

⁴⁸⁷ Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *JORF* du 12 février 1950, n° 38, p. 1688.

⁴⁸⁸ Art. L. 133-2 anc. C. trav.

⁴⁸⁹ Art. L. 412-6 anc. C. trav.

⁴⁹⁰ Art. L. 412-11, al. 1 anc. C. trav.

⁴⁹¹ Art. L. 433-10, al. 2 anc. C. trav.

⁴⁹² C’est ce que relève le conseiller d’État Raphaël Hadas-Lebel dans son rapport en 2006 (R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006, p. 80) : « Cette stabilité ne serait pas un

reconnues comme les plus représentatives et la réalité des rapports de force réels »⁴⁹³ qui a conduit à la réforme initiée en 2008, posant les bases de la représentativité telle que nous la connaissons aujourd'hui.

2. L'intérêt d'une représentativité basée essentiellement sur l'élection

215. Issue de la Position commune du 9 avril 2008⁴⁹⁴, la loi du 20 août 2008⁴⁹⁵ apporte de profonds changements en matière de droit syndical et de représentativité. La principale innovation de cette loi est de mettre fin à la présomption de représentativité : l'audience électorale devient le « critère cardinal »⁴⁹⁶ pour toutes les organisations syndicales de salariés sans distinction.

216. Dorénavant, de nouveaux critères, cumulatifs⁴⁹⁷, permettent de déterminer, sans distinction entre les niveaux où elle est recherchée, la représentativité des organisations syndicales. Il s'agit, dans l'ordre de citation de l'article L. 2121-1, du respect des valeurs républicaines, l'indépendance⁴⁹⁸, la transparence financière, l'ancienneté (deux ans au minimum dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation), l'audience électorale (selon les niveaux de négociation), l'influence (prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience) ainsi que les effectifs d'adhérents et les cotisations.

inconvenient si la réalité syndicale n'avait pas considérablement évolué pendant cette période. Le taux de syndicalisation, qui approchait les 30 % en 1950, n'est aujourd'hui que de 8 % ».

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁹⁴ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁹⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194 du 21 août 2008, texte n° 1.

⁴⁹⁶ G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712.

⁴⁹⁷ Expressément indiqué à l'article L. 2121-1 C. trav. La Cour de cassation a cependant précisé cette appréciation, certains critères devant « faire l'objet d'une appréciation globale » (l'influence, l'audience, l'ancienneté, les effectifs, et les cotisations) tout en respectant les conditions légales (audience de 10 % en entreprise et ancienneté de 2 ans) alors que d'autres « doivent être satisfaits de manière autonome » (le respect des valeurs républicaines, d'indépendance et de transparence financière) : Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748 : *Bull. civ.* V, n° 83 ; *D.* 2012, p. 687 ; *RDT* 2012, p. 299, obs. I. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.* 2012, p. 529, obs. I. Pécaut-Rivolier ; *RJS* 5/12, n° 471 ; *JCP S* 2012 1168, obs. B. Gauriau ; *JSL* 2012, n° 320-5, obs. C. Ferté ; *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1529, p. 15 ; *Dr. ouvr.* 2012. 315, rapp. J.-M. Béraud.

⁴⁹⁸ V. réc. Cass. soc., 27 janvier 2021, n° 18-19.672 : Un accord collectif peut instituer des mesures de nature à favoriser l'activité syndicale dans l'entreprise en prévoyant la prise en charge par l'employeur d'une partie du montant des cotisations syndicales annuelles. Toutefois, le montant de la participation de l'employeur ne doit pas représenter la totalité du montant de la cotisation due par le salarié, le cas échéant après déductions fiscales, au regard du critère d'indépendance visé à l'article L. 2121-1 du Code du travail.

Si certains des nouveaux critères sont identiques aux anciens critères établis⁴⁹⁹ ou simplement rajeunis⁵⁰⁰, d'autres constituent une réelle nouveauté qui emporte d'importantes conséquences sur la représentativité et le paysage syndical.

217. L'article L. 2122-1 du Code du travail pose ainsi deux conditions pour établir la représentativité d'une organisation syndicale au niveau de l'entreprise⁵⁰¹ : remplir les critères de l'article L. 2121-1 et recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique. Ce seuil s'applique également au niveau des collèges pour les syndicats catégoriels⁵⁰².

L'élection est donc la variable fondamentale du nouveau système de représentativité⁵⁰³. Encore plus si l'on prend en compte l'obligation pour les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise de désigner leurs délégués syndicaux en priorité « parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel

⁴⁹⁹ Par exemple les effectifs ou l'indépendance.

⁵⁰⁰ Le respect des valeurs républicaines vient rajeunir la désuète attitude patriotique durant l'Occupation prévue pour évincer les syndicats « jaunes » ayant prospéré ou collaboré sous l'État français.

⁵⁰¹ Les dispositions des articles L. 2122-1 à L. 2122-3-1 C. trav., propres aux entreprises, s'appliquent également au niveau du groupe comme le prévoit l'article L. 2122-4 C. trav.

⁵⁰² Art. L. 2122-2 C. trav.

⁵⁰³ Les niveaux de la branche et interprofessionnel sont également profondément liés à ces nouveaux mécanismes. Pour la branche professionnelle, trois conditions sont énoncées à l'article L. 2122-5 du Code du travail : il est exigé des organisations syndicales de remplir les critères de l'article L. 2121-1 ; un seuil minimal est également prévu, mais il est fixé à 8 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique ; viennent également s'ajouter, pour le calcul des 8 %, les suffrages exprimés au scrutin concernant les TPE. Enfin, pour être représentatives, les organisations syndicales doivent avoir une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche.

Le niveau interprofessionnel dispose également de critères spécifiques. Outre le critère commun de satisfaction des critères de l'article L. 2121-1, l'article L. 2122-9 prévoit, comme pour le niveau de la branche professionnelle, le recueil d'au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique, des suffrages exprimés au scrutin concernant les TPE, mais aussi, particularité du niveau interprofessionnel, des suffrages exprimés aux élections des membres représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture. L'autre spécificité pour ce niveau consiste à être représentatif au niveau de certaines branches limitativement énumérées : celles de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Avec la prise en compte des élections des chambres d'agriculture, la représentativité doit donc être établie dans l'ensemble des grands secteurs professionnels.

En ce qui concerne les branches professionnelles, il est intéressant de relever que les organisations syndicales ont bénéficié des dispositions transitoires de la loi de 2008 jusqu'en 2017, leur permettant jusqu'à cette date de bénéficier d'une présomption de représentativité en cas d'affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau interprofessionnel. Georges Borenfreund y voit « un témoignage particulièrement éloquent des hésitations sinon de la défiance du législateur à l'idée de basculer, sans précaution suffisante, vers un système de représentativité prouvée, ordonné autour de l'audience électorale » (G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712). Sans aller jusqu'à admettre une telle défiance, la crainte de voir certaines branches paralysées par un manque d'organisations syndicales représentatives – lesquelles ne seraient pas parvenues à réunir les critères nécessaires à prouver leur représentativité – est prégnante.

et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique »⁵⁰⁴. Représentativité collective et représentativité personnelle sont liées quand il s'agit de désigner les délégués syndicaux.

218. La réforme de 2008 modifie ainsi en profondeur le mécanisme de représentativité syndicale. Généraliser la représentativité prouvée en la remettant en cause à chaque échéance électorale permet, on l'a vu, de renforcer la légitimité des organisations syndicales, « la légitimité démocratique de la représentativité syndicale [étant] pleinement acquise »⁵⁰⁵. Une telle évolution n'est toutefois pas sans conséquences sur la liberté syndicale et la place du vote des salariés.

B. UNE LEGITIMITE DES AUTEURS REDEFINIE

219. Le principal apport de la réforme de 2008 est donc l'instauration de seuils minimaux d'audience électorale. Dorénavant, chaque organisation syndicale représentative peut perdre ce caractère représentatif et l'ensemble des prérogatives attachées tout comme cela peut empêcher certains syndicats, historiquement représentatifs, de l'être à certains niveaux, en particulier celui de l'entreprise. La crainte, discutable, d'une atteinte à la liberté syndicale a été – elle l'est toujours – émise (1). En revanche, en délestant l'État de son influence sur la représentativité syndicale qu'il détenait avec la représentativité présumée, il est certain que le législateur a consacré, voire sacralisé le vote des salariés (2).

1. Une discutable atteinte à la liberté syndicale

220. Élément central du régime de la représentativité syndicale depuis 2008, l'audience électorale minimale a suscité de vives critiques de la part de la doctrine⁵⁰⁶ comme de

⁵⁰⁴ Art. L. 2143-3, al. 1 C. trav. À défaut, n'importe quel autre candidat peut être désigné, et, à défaut, n'importe quel adhérent « au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou (...) anciens élus » ayant atteint la limite de mandats successifs énoncée à l'art. L. 2314-33. Ces possibilités de désignation d'un délégué syndical si aucun candidat ne remplit la condition des 10 % est permise depuis la loi du 5 mars 2014 (Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, *JORF* n° 0055 du 6 mars 2014, texte n° 1, art. 30) ; auparavant, de 2008 à 2014, si une organisation syndicale était représentative, mais qu'elle ne disposait d'aucun candidat remplissant la condition des 10 %, elle était dans l'incapacité de désigner un délégué syndical, l'empêchant ainsi d'exercer les prérogatives accordées à celui-ci telle que la négociation et la signature d'accords collectifs.

⁵⁰⁵ P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019, p. 201.

⁵⁰⁶ V. par ex. M.-F. Bied-Charreton, « Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales », *Dr. ouvr.* 2010, p. 418.

certaines organisations syndicales. C'est surtout de la part de la CGT-FO, Force Ouvrière, que la contestation fut la plus vive allant même jusqu'à déposer une plainte auprès du Comité de la liberté syndicale de l'Organisation Internationale du Travail⁵⁰⁷. Avec la CFTC, FO a été la principale organisation syndicale impactée par la réforme de 2008⁵⁰⁸, perdant sa représentativité dans de nombreuses entreprises⁵⁰⁹.

Les reproches faits à la fixation des seuils sont très bien résumés par Monsieur le Professeur Jean-Marc Béraud, alors conseiller à la Cour de cassation : « L'idée est qu'en faisant de l'audience électorale minimale de 10 % un critère de la représentativité des syndicats, le législateur aurait porté atteinte à la liberté syndicale en privant les organisations qui ne remplissent pas cette condition du droit de négocier des conventions collectives et en incitant les salariés à se détourner de ces organisations au profit de celles qui sont représentatives »⁵¹⁰.

221. Ces arguments n'ont pas convaincu le Conseil constitutionnel qui a validé le seuil de 10 % exigé au niveau de l'entreprise⁵¹¹ et dans l'entreprise au niveau des collèges électoraux⁵¹². Le Conseil a d'ailleurs également validé le fait de choisir en priorité le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu 10 % des suffrages⁵¹³. Il a en effet rejeté l'atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail au motif que « la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est

⁵⁰⁷ V. S. Mitterrand, I. Odoul-Asorey, « Décision de l'OIT sur la loi du 20 août 2008, quelles suites ? », *RDT* 2012, p. 107.

⁵⁰⁸ La rancœur est aujourd'hui encore présente à la SNCF où les représentants du syndicat FO n'hésitent pas à qualifier la loi de 2008 de « loi scélérate » dans leurs propos liminaires à l'ouverture de la table ronde de négociation du protocole d'accord préélectoral pour les élections CSE de 2018. 8,6 % en 2011, 7,6 % en 2018.

⁵⁰⁹ La QPC soulevée par le syndicat FO des métaux de Toulouse et de la région en est un symbole fort : Cass. ass. plén., 18 juin 2010, n° 10-40.007.

⁵¹⁰ J.-M. Béraud, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *RDT* 2010, p. 564.

⁵¹¹ Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC, spéc. cons. n° 6 ; Cons. const., 12 novembre 2010, n° 2010-63/64/65 QPC.

⁵¹² Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC.

⁵¹³ *Ibid.*, cons. n° 9 : « qu'en imposant aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, l'article L. 2143-3 associe les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte ; qu'en adoptant cet article, le législateur n'a pas méconnu le principe de la liberté syndicale énoncé par le sixième alinéa du Préambule de 1946 ».

notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles »⁵¹⁴. Le Conseil précise enfin que cette mesure a été voulue par le législateur pour « éviter la dispersion de la représentation syndicale »⁵¹⁵.

La Cour de cassation, quant à elle, a validé la conventionalité de la priorité de désignation, celle-ci « tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte »⁵¹⁶. Elle a également estimé, à l'occasion d'un filtre d'une question prioritaire de constitutionnalité, que « la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité ». La Cour de cassation admet ici très clairement que la légitimité de l'accord collectif est fondée sur l'élection et donc sur la mesure de l'audience électorale. C'est elle qui permet par le vote de légitimer qu'un salarié négocie pour une collectivité de salariés les règles qui leur sont applicables. L'élection renforce ainsi la sécurité juridique de l'accord collectif.

Enfin, dans une décision publiée le 1^{er} février 2021, le Comité européen des droits sociaux a reconnu l'absence de violation de la Charte sociale européenne de l'article L. 2143-3 du Code du travail⁵¹⁷. Bien que le Comité ait essentiellement orienté sa décision sur les exceptions prévues à l'obligation de désignation des délégués syndicaux parmi les élus ayant obtenu au moins 10 % des suffrages⁵¹⁸ – en particulier au regard de la rédaction de l'article L. 2143-3 issue de la loi du 29 mars 2018⁵¹⁹ – l'atteinte à la liberté syndicale n'est pas caractérisée, créant une harmonie entre les juridictions nationales constitutionnelles et judiciaires, et l'organe du Conseil de l'Europe dédié au respect de la Charte sociale européenne.

⁵¹⁴ *Ibid.*, cons. n° 6.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Cass. soc., 14 avril 2010, n°s 09-60.426 et 09-60.429 : *Bull. civ.*, V, n° 100 ; *Dr. soc.* 2010, p. 647, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *RDT* 2010, p. 276, étude J.-M. Béraud ; *ibid.*, p. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2010, 1259, note B. Gauriau.

⁵¹⁷ CEDS, 9 septembre 2020, récl. n° 142/2017, *FIECI et SNEPI CFE-CGC c. France*.

⁵¹⁸ Les organisations ayant saisi le CEDS n'ont pas contesté le principe du seuil d'audience électorale personnel de l'élu, mais reprochaient l'insuffisance des exceptions : CEDS, 9 septembre 2020, récl. n° 142/2017, §57.

⁵¹⁹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076 du 31 mars 2018, texte n° 1, spéc. art. 6. Même si le Comité a reconnu l'absence de violation de la rédaction en vigueur depuis 2018 (CEDS, 9 septembre 2020, récl. n° 142/2017, §67), il a constaté la violation de l'article 5 de la Charte sociale européenne par l'ancienne rédaction (*ibid.*, §63).

222. En revanche, il est indéniable que le critère de l'audience électorale crée un effet de seuil : une organisation syndicale obtenant un résultat de 9,9 % au premier tour des élections professionnelles ne sera pas représentative au niveau de l'entreprise, même si elle est grandement investie dans la vie de l'entreprise. Il est alors légitime de se demander en quoi une organisation syndicale recueillant 10,01 % des voix est plus représentative que celle ayant recueilli 9,9 %.

Cependant, créer des seuils permet de simplifier l'établissement de la représentativité tout en évitant un potentiel engorgement des tribunaux en raison d'un nombre important de demandes de reconnaissance de la représentativité. En outre, ne pas fixer un seuil clair et objectif reviendrait à laisser une part d'appréciation aux employeurs, contrevenant avec le principe d'indépendance et conduisant fort probablement à un engorgement des tribunaux.

L'autre conséquence de l'instauration d'un seuil lié à l'audience électorale qui ne peut être écartée est la place désormais centrale du vote des salariés.

2. Une indiscutable sacralisation du vote des salariés

223. La généralisation de la responsabilité prouvée, variable en fonction des échéances électorales, renforce le rôle des salariés dans la détermination de leurs conditions de travail en ce sens qu'elle conduit à une inversion de la reconnaissance de la représentativité. En effet, avant 2008, on partait du national pour aller vers l'entreprise. Les organisations syndicales en entreprise obtenaient leur présomption de représentativité par affiliation à un syndicat reconnu représentatif au niveau national. Le national prenait le pas sur le local et s'imposait en quelque sorte aux salariés.

Or, depuis 2008, on part de l'entreprise pour déterminer la représentation aux niveaux supérieurs : ce sont les élections des titulaires au comité social et économique des entreprises qui conditionnent la représentativité au niveau de la branche, interprofessionnel, etc. Le local prend alors le pas sur le national qui s'impose en quelque sorte aux confédérations. Une telle inversion de pôle renforce le niveau de l'entreprise en tant que niveau de négociation ainsi qu'en tant que communauté de salariés.

224. C'est en outre ce vote des salariés qui justifie, en plus de la représentativité des organisations syndicales et de la validité des accords minoritaires⁵²⁰, la présomption de

⁵²⁰ V. supra.

justification des différences de traitement instituées par accord collectif. Depuis 2015⁵²¹, la Cour de cassation reconnaît 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 vote⁵²² ».

Au regard de la formulation employée par la Cour de cassation, la présomption pourrait s'appliquer aux accords minoritaires validés, mais pas aux projets d'accord⁵²³. En effet, la Cour reconnaît cette présomption pour les accords « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives ». Aucune distinction n'est faite quant à la proportion des signatures requises pour bénéficier de la présomption, ni sur les modes de validité. En revanche, les protocoles d'accord n'étant pas « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés », mais seulement élaborés par l'employeur et proposés à la validation des salariés, ils risquent d'être écartés de la présomption. Et ce, même si ces accords produisent les mêmes effets qu'un accord collectif de droit commun. Tant qu'une décision de la Cour de cassation n'interviendra pas, le flou juridique continuera d'exister.

225. C'est pourquoi certains auteurs assimilent alors le vote à un « vecteur de l'attribution d'un pouvoir (...) celui de négocier pour [le compte des salariés] »⁵²⁴. Mais que recouvre

⁵²¹ Cass. soc., 27 janvier 2015, n^{os} 13-23.818, 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773 : *D.* 2015, p. 2340, note P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2015, p. 339, obs. E. Peskine ; *JCP G* 2015, 261, note J.-F. Cesaro et A. Teissier ; *Sem. soc. Lamy* 2015, n^o 1663, p. 7, obs. L. Pécaut-Rivolier. La Cour de cassation avait déjà adopté une formulation proche pour symboliser ce lien dans l'arrêt du 14 avril 2010 (n^{os} 09-60.426, 09-60.429) : « que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres ».

⁵²² Nous soulignons.

⁵²³ V. infra.

⁵²⁴ G. Auzero, « Les syndicats, mandataires des salariés », *Sem. soc. Lamy* 2015, n^o 1666, p. 10. L'auteur distingue même « une forme de confirmation de la thèse selon laquelle le droit à la négociation collective est un droit individuel s'exerçant collectivement et certainement pas un droit appartenant aux syndicats eux-mêmes ».

En revanche, le vote des salariés n'est pas détaché de l'affiliation à une confédération. Il est au contraire intimement lié à celle-ci car la jurisprudence considère que l'affiliation d'un syndicat à une confédération est un élément essentiel du vote : Cass. soc., 18 mai 2011, n^o 10-21.705 : *D.* 2011, p. 1492 ; *ibid.* 2012, p. 2622, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2011, p. 489, étude M. Grévy ; *JCP G* 2011, 651 ; *JCP S* 2011, 1365, com. B. Gauriau ; *Sem. soc. Lamy* 2011, n^o 1493, p. 15 ; *Rev. Lamy affaires* 2011, n^o 62, p. 64, obs. F. Canut ; *Cah. Lamy CE* 2011, n^o 106, p. 2 : « que l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; qu'il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections, le syndicat ne peut plus continuer à se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour se prétendre représentatif ». V. en particulier F. Petit, « L'affiliation

exactement ce pouvoir ? Il ne s'agit ni d'une représentation au sens strict en tant que remplacement d'une personne dans l'exercice de son droit⁵²⁵, ni d'un mandat⁵²⁶. Si l'on admet une conception large de la notion de représentation, il est alors possible de rapprocher le mécanisme de légitimation de l'accord collectif à celui d'une représentation imparfaite telle qu'il en ressort aujourd'hui de l'alinéa second de l'article 1154 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2016⁵²⁷. C'est d'ailleurs au concept de représentation que se rattache la Cour de cassation dans son arrêt du 14 avril 2010. Cependant, « rapprocher de » ne signifie pas « être cela ». Tout comme l'acte juridique que représente l'accord collectif s'est développé de façon autonome entre la loi et le contrat⁵²⁸, nous sommes confrontés à une légitimité fondée sur autre chose que les notions existantes, entre la représentation et le mandat. Il s'agit d'une légitimité autonome, laquelle est à durée déterminée : celle du cycle électoral. Pour autant, si la légitimité servant à l'élaboration est celle du cycle électoral en cours, elle rayonne au-delà si l'accord dure plus longtemps que celui-ci : la légitimité dans l'élaboration fonde la légitimité dans l'application.

226. Pour autant la légitimité étudiée jusqu'ici concernait le cas où des organisations syndicales existaient au niveau de l'entreprise et désignaient des délégués syndicaux. Cette légitimité des créateurs de la norme collective n'est pas la seule. Une autre légitimité existe en l'absence d'organisations syndicales ou du moins, sans leurs délégués syndicaux pour négocier les accords collectifs.

confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *Dr. soc.* 2011, p. 1063. Madame Manuela Grévy remarque « ainsi une articulation entre la démocratie sociale – dont le vote des salariés constitue l'emblème – et le projet, les valeurs, la conception que porte l'organisation syndicale et qu'exprime l'affiliation » : M. Grévy, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. soc.* 2013, p. 311.

⁵²⁵ Le salarié, par son vote, a déjà exercé son droit à déterminer de façon collective ses conditions de travail et le « représentant » agit à la fois pour la collectivité des salariés ainsi que pour lui-même en tant que membre de cette collectivité. Sur cette notion v. N. Mathey, « Représentation », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, mai 2018.

⁵²⁶ La profession de foi n'engageant pas l'élu et le votant ne précisant pas les limites du mandat. Sur cette notion, v. P. Le Tourneau, « Mandat », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, juillet 2022. Plus spécialement, v. M.-L. Izorche, « À propos du "mandat sans représentation" », *D.* 1999, p. 369 où l'auteur dresse les différentes formes de mandat et de représentation admises alors qu'aucune théorie de la représentation n'était posée par le Code civil dans sa rédaction antérieure à 2016. Sur ce point, v. G. Wicker, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.* 2016, p. 1942.

⁵²⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 février 2016, texte n° 26.

⁵²⁸ V. supra.

§2. UNE LEGITIMITE FONDEE SUR L'ADHESION IMPLICITE DES SALARIES

227. La conclusion d'accords collectifs n'est pas l'apanage des délégués syndicaux, bien qu'elle soit l'une de leurs principales prérogatives. D'autres moyens existent pour élaborer des normes conventionnelles. Il est d'abord possible de mener une réelle négociation avec des salariés de l'entreprise, auquel cas la légitimité traditionnelle vue précédemment est simplement modulée pour sécuriser juridiquement le texte négocié (**A**). Il est aussi possible de mettre en place un texte qui emportera les effets d'un accord collectif sans avoir été réellement négocié. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une modulation de la légitimité existante, mais bien l'avènement d'une légitimité d'un nouveau genre à la valeur juridique, et donc la sécurité juridique, imprécise (**B**).

A. UNE MODULATION DE LA LEGITIMITE TRADITIONNELLE

228. La légitimité traditionnelle peut être modelée de plusieurs façons pour assurer une sécurité juridique à des normes conventionnelles elles-mêmes différentes des normes conventionnelles traditionnelles. Il est en effet possible de mener une réelle négociation entre l'employeur ou son représentant et des salariés de l'entreprise n'agissant pas en tant que délégués syndicaux. Cette possibilité peut être réalisée soit avec un conseil d'entreprise nécessitant l'accord – et donc le choix – des délégués syndicaux existants (**1**) ou, quand ceux-ci sont absents, avec des membres de la délégation du personnel ou un salarié mandaté. Auquel cas, la négociation sans délégués syndicaux ne relève plus du choix, mais de l'obligation (**2**).

1. Un remodelage de la légitimité négocié

229. Véritable innovation dans le fonctionnement et dans la vie de l'entreprise apportée par l'une des ordonnances de 2017⁵²⁹, le conseil d'entreprise réunit en une seule entité les compétences du CSE et les prérogatives en matière de négociation collective des délégués syndicaux. Sur les missions du conseil d'entreprise, la formulation de l'article L. 2321-1 du Code du travail est sans équivoque : « Le conseil d'entreprise exerce l'ensemble des

⁵²⁹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 31, art. 1.

attributions définies au chapitre [relatif au CSE] et est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement »⁵³⁰.

Initialement, l'alinéa premier de l'article L. 2321-1 tel qu'issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 comportait une précision supplémentaire : « à l'exception des accords qui sont soumis à des règles spécifiques de validité prévus notamment aux articles L. 1233-24-1, L. 2314-6, L. 2314-12 et L. 2314-27 ». Cette phrase a été retirée par l'ordonnance du 20 décembre 2017 dite « ordonnance balai »⁵³¹ permettant au conseil d'entreprise de bénéficier de l'ensemble des prérogatives de la négociation collective, même dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, du protocole d'accord préélectoral, de la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux ainsi que pour prévoir la possibilité de réaliser les élections professionnelles en dehors du temps de travail.

Cela signifie qu'en cas de mise en place d'un conseil d'entreprise, l'ensemble des modalités communes de négociation et de validité des accords collectifs sont obligatoirement écartées : les délégués syndicaux ne pourront plus exercer leurs prérogatives de négociation, révision, dénonciation des accords collectifs. La légitimité traditionnelle, fondée sur l'élection et la désignation de délégués syndicaux par une organisation syndicale représentative est remodelée pour la laisser entre les mains des acteurs de l'entreprises, employeurs et élus.

230. Ce remodelage est particulièrement singulier puisque la mise en place du conseil d'entreprise ne peut être réalisée que par un accord collectif d'entreprise exclusivement majoritaire⁵³², obligatoirement à durée déterminée⁵³³, ou par un accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical⁵³⁴. Contrairement à la délégation unique

⁵³⁰ L. 2321-1, al. 1 C. trav.

⁵³¹ Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0297 du 21 décembre 2017, texte n° 46, art. 1, I, n° 111.

⁵³² Cela signifie que les délégués syndicaux participent à la redéfinition de leur légitimité et acceptent de renoncer à leur monopole.

⁵³³ L. 2321-2 : « Cet accord est à durée indéterminée ». Précision étrange au regard de la réforme de 2016 et la prévalence de l'accord à durée déterminée quand celui-ci ne fixe pas de durée. Une liberté ou une limite à la durée du mandat des membres du CSE le cas échéant aurait été plus logique.

⁵³⁴ L. 2321-2, al. 1 C. trav. À l'heure actuelle (recherche « conseil d'entreprise » dans les « Accords de branches et conventions collectives » sur Légifrance faite le 04/02/21), aucun accord de branche ne prévoit de

du personnel qui pouvait être imposée par l'employeur, le conseil d'entreprise ne peut donc être instauré sans l'accord des organisations syndicales représentatives de l'entreprise. Le professeur Alexandre Fabre voit dans cette modalité « moins un putsch des élus qu'une abdication des syndicats »⁵³⁵ car même s'il s'agit de « l'éviction d'une prérogative essentielle des organisations syndicales qui consiste en la négociation et la conclusion d'accords collectifs »⁵³⁶, cette éviction reste un choix des partenaires sociaux. Par conséquent, il s'agit bien d'un remodelage de la légitimité traditionnelle par les acteurs de celle-ci, renforçant la valeur juridique de la norme conventionnelle en entreprise⁵³⁷, notamment en présence de délégués syndicaux qui partagent alors leurs prérogatives.

La validité des accords collectifs négociés avec les membres du conseil d'entreprise est également remodelée par rapport aux conditions de validité traditionnelle puisqu'elle ne prévoit que la possibilité de conclure un accord majoritaire⁵³⁸.

231. La création du conseil d'entreprise constitue ainsi une expérience de remodelage de la légitimité de l'accord collectif d'entreprise afin de renforcer son application, mais aussi sa pertinence en tant qu'outil de gestion de l'entreprise⁵³⁹. Mais avec une perte du pouvoir

dispositions spécifiques à la mise en place d'un conseil d'entreprise dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

⁵³⁵ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539. À noter que l'utilisation du terme « abdication » est pertinente en raison du fort attachement des organisations syndicales à leur rôle historique de négociation des accords collectifs de travail, rôle exercé par les délégués syndicaux nommés par elles.

⁵³⁶ A. Cormier Le Goff et J. Krivine, « De la négociation sur le CSE à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019, p. 204.

⁵³⁷ V. infra.

⁵³⁸ Art. L. 2321-9 C. trav. Deux modalités de majorité sont prévues : soit en prenant comme base de calcul le nombre de membres titulaires du conseil d'entreprise, soit en prenant comme base les résultats des élections professionnelles. L'exigence de majorité peut dès lors être plus facilement respectée, facilitant la conclusion d'accords collectifs avec le conseil d'entreprise. L'article L. 2321-9 ne précise pas si l'une prévaut sur l'autre ou s'il est possible d'en choisir une plutôt qu'une autre. Par rapprochement avec le classement des conditions de validité des accords collectifs dans l'ordre public absolu (v. Cass. soc., 4 février 2014, n° 12-35.333 : *Bull. civ.* V, n° 47 ; *D.* 2014, p. 428 ; *ibid.*, p. 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2014, p. 483, obs. F. Petit ; *JCP G* 2014, doct. 699, chron. Y.-M. Serinet ; *ibid.*, 237, veille N. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP S* 2024, act. 81, veille N. Dauxerre ; *ibid.*, 1218, com. E. Jeansen ; *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1619, p. 15 ; *JSL* 2014, n° 363-16, p. 25 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 51 ; *Cah. soc.* 2014, n° 261, obs. F. Canut), les modalités paraissent être alternatives, l'une ne pouvant évincer l'autre même en cas de stipulations en ce sens dans un accord (comme le démontrent Mesdames Aurélie Cormier Le Goff et Judith Krivine : A. Cormier Le Goff et J. Krivine, « De la négociation sur le CSE à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *op. cit.*).

⁵³⁹ Avec la création du conseil d'entreprise, le Gouvernement souhaitait « mettre en place une codécision à la française » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 30 : « Des thèmes déterminants pour les salariés comme la formation ou l'égalité professionnelle entre les femmes et les

de négociation exclusif pour les délégués syndicaux, aucun moyen de sauver les accords minoritaires et la perte du pouvoir de décision unilatérale pour l'employeur sur certains thèmes⁵⁴⁰, cette nouvelle instance n'a pour le moment rencontré que peu de succès⁵⁴¹. Remodelée, cette légitimité n'en est pas moins similaire sur ses fondements puisqu'en cas de mise en place du conseil d'entreprise, celle-ci ne se faisant que par un accord collectif avec les organisations syndicales de l'entreprise, les accords négociés et signés par cette nouvelle instance sont, comme les accords collectifs « communs », investis d'une légitimité issue du vote des salariés. Tandis que cette modulation était négociée, une autre modulation de la légitimité de l'accord collectif existe, cette fois-ci imposée.

2. Un remodelage de la légitimité imposé

232. Les premiers pas de la négociation avec un salarié mandaté apparaissent avec la loi du 12 novembre 1996⁵⁴². Envisagée « à titre expérimental, pour atteindre l'objectif de développement de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux en préservant le rôle des organisations syndicales »⁵⁴³, la possibilité de conclure des accords collectifs avec un salarié mandaté dépendait alors des dispositions prévues par la branche⁵⁴⁴. Les situations permettant cette négociation étaient, jusqu'en 2017 limitées.

hommes, ou l'insertion des salariés handicapés, pourront ainsi être cogérés par les élus et l'employeur ». Cette disposition est désormais codifiée à l'article L. 2321-3 C. trav).

⁵⁴⁰ Le conseil d'entreprise détient un réel pouvoir de codirection sur ces thèmes. S. Niel, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1785, p. 6 : « Accepter de partager une décision avec les élus, c'est aussi faciliter sa mise en œuvre au niveau des salariés de l'entreprise, en renforçant la légitimité des représentants du personnel ».

⁵⁴¹ L. 2232-12 C. trav. Une recherche des termes « conseil d'entreprise » dans les titres des accords collectifs publiés sur Légifrance n'obtient qu'un nombre extrêmement limité de résultats au regard du nombre d'accords publiés chaque année. Le principal intérêt du dispositif semble être pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux où l'employeur bénéficie alors d'un interlocuteur unique pour négocier et signer des accords collectifs. Il est cependant nécessaire que les branches s'emparent du sujet. Or comme pour les entreprises, les branches professionnelles n'ont pas saisi les opportunités créées par les ordonnances de 2017 en ce qui concerne le conseil d'entreprise.

⁵⁴² Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, *JORF* n° 264 du 13 novembre 1996, p. 16527.

⁵⁴³ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, art. 6, I.

⁵⁴⁴ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, art. 6, III : « Les accords de branche mentionnés au I pourront également prévoir que, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et dans les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvues de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, des accords collectifs peuvent être conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés, pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ».

L'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective du 22 septembre 2017⁵⁴⁵ a considérablement élargi les possibilités de négociation puisqu'elle a posé les bases de la négociation « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise ».

233. Dans ces modes de négociations, il s'agit de pallier l'absence de délégués syndicaux, seuls acteurs légitimes du dialogue social dans les entreprises de minimum 11 salariés. C'est cette absence qui conditionne les modes « alternatifs » de négociation et fonde leur légitimité personnalisée.

Concrètement, deux acteurs de l'entreprise peuvent négocier des accords collectifs en cas de carence de délégués syndicaux : le salarié mandaté et le membre titulaire de la délégation du personnel au CSE. L'accord qui serait négocié ne peut être valide immédiatement, mais doit être soumis à certaines formalités en fonction de la personne ayant négocié l'accord. Celles-ci, au nombre de deux, dépendent de l'interlocuteur de la partie salariale à l'accord collectif et des effectifs de l'entreprise.

234. La première est la signature de l'accord par « des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles »⁵⁴⁶. Cette condition est requise pour les accords négociés avec un ou plusieurs membres titulaires de la délégation du personnel du CSE dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés, dépourvues de délégués syndicaux⁵⁴⁷. C'est également la condition de validité des accords relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, négociés avec un membre du CSE non mandaté dans les entreprises de plus de 50 salariés, dépourvues de délégués syndicaux⁵⁴⁸.

Ici, la légitimité traditionnelle est peu remodelée car il n'y a pas besoin de solliciter l'approbation de l'ensemble des salariés. C'est l'institution représentative du personnel, organe *collectif* et *représentatif*, qui valide l'accord. La validation se rapproche des procédés communs de validité des accords collectifs puisqu'il faut la signature de la majorité des

⁵⁴⁵ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29, art. 8.

⁵⁴⁶ Art. L. 2232-23-1, II C. trav.

⁵⁴⁷ Art. L. 2232-23-1, I C. trav.

⁵⁴⁸ Art. L. 2232-25, al. 2 C. trav.

membres du CSE. En revanche, il n'y a aucune solution alternative en cas d'accord minoritaire : l'accord qui ne reçoit pas la majorité de signature requise sera invalide. La légitimité est ainsi remodelée par un renforcement des conditions de validité.

Selon l'ancienne ministre du travail Madame Murielle Pénicaud, « le dispositif du mandatement ne fonctionne pas dans les PME »⁵⁴⁹, paralysant la « dynamique conventionnelle »⁵⁵⁰. C'est pourquoi la délégation du personnel a été choisie pour la négociation dans les entreprises de 11 à moins de 50 salariés. Cette modalité est cependant limitée soit par la taille – entreprise de 11 à 49 salariés – soit par le thème des négociations – uniquement les mesures pour lesquelles la loi subordonne leur mise en place par accord collectif⁵⁵¹.

235. La seconde est l'approbation de l'accord par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Cette exigence est demandée aux accords négociés par « un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel »⁵⁵² dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés, dépourvues de délégués syndicaux. Elle est aussi requise dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à 50 salariés pour les accords négociés avec des membres du CSE expressément mandatés comme précédemment ou, si aucun membre du CSE ne veut négocier ou si un procès-verbal de carence atteste l'absence de CSE, avec un salarié mandaté.

Dans ces deux situations, les organisations syndicales sont certes absentes de la table des négociations, mais leur aura rejaillit grâce au mandatement. Pour autant, ce dernier est insuffisant pour fonder une pleine légitimité puisqu'il ne s'agit plus d'un salarié élu, dont la

⁵⁴⁹ « Murielle Pénicaud justifie les axes de sa réforme », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1783, p. 3.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ Associé au mouvement supplétif où de plus en plus de thèmes sont concernés par la négociation d'un accord collectif à défaut duquel des dispositions supplétives s'appliquent, cette limite quant aux mesures paraît elle-même limitée. Au demeurant, elle interroge en raison de son caractère imprécis, facteur d'insécurité juridique : s'agit-il d'une limite aux seules mesures n'ayant aucune disposition supplétive prévue ou à toutes les dispositions expressément prévues par la loi ? À défaut de clarification, la première hypothèse semble devoir être privilégiée, le législateur ayant cherché à éviter que les entreprises n'ayant pas de quoi remplir les critères de la légitimité traditionnelle se privent de recourir à certains dispositifs nécessitant obligatoirement un accord collectif. V. G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », *Dr. soc.* 2019, p. 1066.

⁵⁵² Art. L. 2232-23-1, I, 1° C. trav.

légitimité est fondée sur le vote des salariés. À défaut d'avoir pu valider leur représentant, il est nécessaire que les salariés valident l'accord négocié par le négociateur mandaté.

236. La légitimité remodelée des accords collectifs dépend ainsi des acteurs de la négociation : négociés par des représentants des salariés non mandatés est assurée par les membres des organes représentatifs tandis que celle des accords négociés avec un salarié mandaté – représentant du personnel ou non – est assurée par les salariés eux-mêmes.

Nous l'avons vu précédemment, « le vote des salariés (...) constitue la clef de voûte de la règle majoritaire »⁵⁵³. Leur voix constitue également celle de la règle du mandatement et du principe de négociation avec un ou plusieurs membres du CSE puisque les salariés participent soit en ayant élu des représentants au CSE, soit en validant un accord négocié pour eux par un salarié mandaté. Et ce, d'autant plus que le mandatement ne peut se faire que par une organisation syndicale représentative ayant obtenu sa représentativité grâce aux votes des salariés. Afin de maintenir la légitimité de certains accords collectifs, et donc leur valeur juridique, fondement de leur sécurité juridique, il a été nécessaire de modeler la légitimité traditionnelle tout en gardant son essence : un ou plusieurs salariés représentant les autres pour négocier un accord collectif. Cependant, dans certains cas, une nouvelle légitimité a été instaurée pour faciliter le recours à l'accord collectif.

B. L'AVENEMENT D'UNE NOUVELLE LEGITIMITE

237. La sécurité juridique de la norme conventionnelle est fondée en partie sur sa légitimité, laquelle dépend traditionnellement du vote des salariés lors des élections professionnelles. Or, en faisant progresser la place de ce type de norme au sein de la réglementation des relations de travail, le législateur a dû modeler une nouvelle légitimité pour renforcer juridiquement de nouveaux types de normes et garantir leur sécurité juridique ; le recours au référendum des salariés a été privilégié. Cette modalité particulière a été prévue pour permettre aux entreprises de moins de 20 salariés, mais surtout à celles de moins de 11 salariés de bénéficier de normes conventionnelles. Particulièrement souple dans sa réglementation (1), ce référendum « approbation »⁵⁵⁴ soulève de profondes interrogations fragilisant la sécurité juridique des normes créées par son recours (2).

⁵⁵³ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

⁵⁵⁴ Comme pour le référendum prévu dans le cas d'un accord minoritaire, plusieurs appellations existent pour nommer cette consultation. Plutôt que « référendum de substitution » (P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019, p. 201), nous privilégierons le terme « référendum approbation »

1. Les souplesses de la ratification par référendum d'un projet d'accord

238. Dans les entreprises de moins de 11 salariés dépourvues de délégué syndical, et dans celles de 11 à 20 salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE⁵⁵⁵, « l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code »⁵⁵⁶. Si ce projet d'accord « est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide »⁵⁵⁷.

239. Ce « référendum approbation » est le seul moyen de mettre en place un « accord collectif » dans une entreprise de moins de 11 salariés ou, désormais, en l'absence de CSE dans les entreprises de 11 à 19 salariés. Avant les ordonnances de 2017 et la loi de ratification de 2018, la loi Rebsamen du 17 août 2015⁵⁵⁸ permettait la négociation avec un salarié mandaté dans les entreprises de 11 à 49 salariés⁵⁵⁹, à la différence que les accords collectifs pouvant être formés ainsi ne pouvaient porter que « sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif ».

En outre, avec les dispositions prévues pour la révision et la dénonciation des accords conclus selon cette modalité⁵⁶⁰, les précisions légales se limitent à ce que nous venons de voir : la possibilité de conclure un accord collectif d'entreprise sur tous les thèmes ouverts à la négociation collective sous réserve de l'approbation à la majorité des deux tiers du personnel⁵⁶¹.

(G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154. Le professeur Gilles Auzero l'appelle ainsi car « il ne s'agit plus de demander aux salariés de se prononcer sur un acte juridique conclu par autrui, mais d'approuver un "projet d'accord" à eux proposé par l'employeur »).

⁵⁵⁵ L.2232-23 C. trav.

⁵⁵⁶ L. 2232-21 C. trav.

⁵⁵⁷ L. 2232-22 C. trav.

⁵⁵⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 189 du 18 août 2015, texte n° 3.

⁵⁵⁹ L. 2232-24 anc. C. trav. : « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical lorsque, à l'issue de la procédure définie à l'article L. 2232-23-1, aucun élu n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés et conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. Ces accords collectifs portent sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs visés à l'article L. 1233-21 ».

⁵⁶⁰ V. infra.

⁵⁶¹ Aucune précision de la part du législateur sur la détermination exacte du « personnel », mais un rapprochement avec les dispositions applicables aux accords d'intéressement, participation, épargne salariale

240. Face à tant de liberté, certains voient dans ce référendum « l'expression d'une méfiance vis-à-vis de toute forme de représentation dans ces entreprises »⁵⁶². Pourtant, le Conseil constitutionnel s'est prononcé favorablement à cette modalité dans une décision du 21 mars 2018⁵⁶³ à la suite d'une saisine par 60 députés. Ceux-ci reprochaient « une méconnaissance du principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, ainsi qu'une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale »⁵⁶⁴.

Cependant, après avoir rappelé⁵⁶⁵ que les organisations syndicales ne disposaient pas d'« un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »⁵⁶⁶, le Conseil a validé les modalités de ratification des accords dans les entreprises de moins de 11 salariés et celles de 11 à 19 salariés dépourvues de délégués du personnel du CSE.

241. Toutefois, cette décision du Conseil constitutionnel fait débat en doctrine⁵⁶⁷ en particulier en ce qui concerne l'argumentation l'ayant conduit à la validation ci-dessus malgré le principe de participation institué au huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946. En effet, en plus de préciser que le recours à ce référendum se fait uniquement en cas de carence de représentants élus et par la validation à la majorité des deux tiers du personnel, le Conseil constitutionnel valide le recours au référendum simplement au regard de l'objectif du législateur de « développer les accords collectifs dans les petites entreprises »⁵⁶⁸.

permet de penser qu'il s'agit de « l'ensemble des effectifs de l'entreprise au jour de la consultation et non des seuls salariés couverts ou des électeurs inscrits » (V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422).

⁵⁶² M.-L. Morin, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », *Dr. ouvr.* 2017, p. 590.

⁵⁶³ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *D.* 2018, p. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2018, p. 677, tribune C. Radé ; *ibid.*, p. 682, étude B. Bauduin ; *ibid.*, p. 688, étude A. Fabre ; *ibid.*, p. 694, étude Y. Pagnerre ; *ibid.*, p. 702, étude J. Mouly ; *ibid.*, p. 708, étude P.-Y. Verkindt ; *ibid.*, p. 713, étude G. Loiseau ; *ibid.*, p. 718, étude D. Baugard et J. Morin ; *ibid.*, p. 726, étude C. Radé ; *ibid.*, p. 732, étude P.-Y. Gahdoun ; *ibid.*, p. 739, étude L. He ; *RDT* 2018, p. 666, étude V. Champeil-Desplats ; *JCP S* 2018, act. 85 ; *ibid.*, 1181, étude C.-A. Célénice ; *Sem. soc. Lamy* 2018, n° 1809, p. 2 ; *JSL* 2018, n° 454-12, p. 23 ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184.

⁵⁶⁴ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 4.

⁵⁶⁵ Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, cons. 8.

⁵⁶⁶ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 5.

⁵⁶⁷ V. B. Baudin, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.* 2018, p. 682.

⁵⁶⁸ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 7.

Il est vrai que le référendum paraît, a priori, incompatible avec le principe posé à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Or, les salariés des entreprises concernées par le référendum des articles L. 2132-21 et suivants ne disposant pas de délégués par l'intermédiaire desquels participer, le Conseil constitutionnel semble admettre cette modalité particulière d'utilisation du référendum pour permettre à ces salariés de disposer des possibilités réservées aux accords collectifs. On a donc une validation constitutionnelle du mouvement de promotion de l'accord d'entreprise pour permettre à davantage de salariés d'en bénéficier, puisque jusque-là, ceux-ci ne pouvaient bénéficier que des dispositions des accords de branche. Pourtant, d'autres interrogations se posent quant au texte créé grâce au référendum approbation.

2. Les interrogations liées à la ratification par référendum d'un projet d'accord

242. La première interrogation – qui est aussi la principale – est celle de savoir à quelle catégorie juridique rattacher le texte né du référendum approbation. Même si le législateur prévoit explicitement que le projet d'accord « est considéré comme un accord d'entreprise valide »⁵⁶⁹, aucune mention explicite « d'accord collectif » n'est mentionnée aux articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail.

Plusieurs auteurs identifient derrière cet habillage conventionnel une décision unilatérale de l'employeur acceptée par les salariés⁵⁷⁰ ou un contrat d'adhésion, car « l'assentiment des salariés ne fait que donner une portée collective à un acte par essence unilatéral, consacrant ainsi une nouvelle espèce au genre des "actes unilatéraux à destination collective" »⁵⁷¹. La crainte de dérives est prégnante.

243. Il est clair que l'assimilation du texte né de cette procédure à un accord collectif dans sa conception classique travailliste surprend. La loi ne prévoit en effet rien quant à un

⁵⁶⁹ Art. L. 2232-22, al. 1 C. trav.

⁵⁷⁰ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

⁵⁷¹ A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018, n° 840, p. 441.

quelconque semblant de négociation. L'acte qui en découle, sorte de « simili-accord »⁵⁷² paraît davantage relever d'une catégorie ad hoc des « actes unilatéraux à destination collective »⁵⁷³. Pour autant, la négation de tout échange – osons dire « négociation » – entre l'employeur et ses salariés revient selon nous à assimiler l'employeur à l'image populaire péjorative du « méchant patron ».

Sans nier l'existence d'employeurs aux pratiques douteuses sinon tyranniques, il sera dans l'intérêt de l'employeur de discuter avec l'ensemble de ses salariés du projet d'accord qu'il souhaite leur soumettre. Une telle discussion est normalement très simple à organiser au vu du nombre de salariés – moins de 20 – et des outils numériques permettant d'organiser des visioconférences⁵⁷⁴ ou de partager les informations facilement de manière dématérialisée. Le format de la « négociation » du projet d'accord est, certes, fondamentalement différent de la négociation que l'on pourrait qualifier de « classique », mais elle n'est pas obligatoirement absente dans le cas de la ratification par référendum d'un projet d'accord. Enfin, il serait idéaliste de considérer que la seule existence de délégués syndicaux suffit à écarter tout manque d'indépendance de la part des négociateurs en entreprise.

Cependant, plutôt que de permettre une telle possibilité de « négociation », une autre solution aurait été de renforcer le rôle supplétif des branches professionnelles. Comme le propose Monsieur le Professeur Paul-Henri Antonmattei : « On ne saurait construire un statut conventionnel dense dans l'entreprise à coups de référendum. (...) L'accès des petites entreprises aux dispositifs conventionnels doit être aussi renforcé par les accords-types que peuvent mettre en place les branches pour les entreprises de moins de 50 salariés »⁵⁷⁵. L'idée est séduisante et s'inscrirait dans la logique de supplétivité de la branche de plus en plus développée au fil des réformes⁵⁷⁶.

244. Ce référendum approbation pose aussi la question de la personnalité juridique de la communauté des salariés. Sans représentants des salariés en tant que « dépositaires de

⁵⁷² P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019, p. 201.

⁵⁷³ S. Jean, *L'acte unilatéral de l'employeur*, thèse Paris-1 Panthéon-Sorbonne, 1999, cité par A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018, n° 840, p. 441, note 10.

⁵⁷⁴ La crise sanitaire provoquée à la suite de la pandémie de COVID-19 a démontré la capacité du dialogue social à poursuivre malgré les mesures extrêmes prises par le gouvernement.

⁵⁷⁵ P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *Dr. soc.* 2019, p. 198.

⁵⁷⁶ V. supra.

l'intérêt collectif »⁵⁷⁷, chaque « salarié-individu »⁵⁷⁸, seul devant l'urne pour voter, aura à l'esprit son intérêt individuel et ses préoccupations qui lui sont propres⁵⁷⁹. Mais si l'on fait un rapprochement avec les élections professionnelles, législatives, présidentielles, etc., la situation est exactement la même. Le résultat n'est pas pour autant rejeté⁵⁸⁰ et la démocratie n'est pas reniée. De plus, les textes élaborés grâce à la ratification par référendum d'un projet d'accord ne sont pas dotés d'effets exorbitants par rapport aux accords collectifs communs.

Là où le bât blesse, c'est dans l'assimilation de l'accord référendaire à un accord collectif tel que nous le concevons dans la tradition travailliste historique : un texte discuté, négocié entre une partie patronale (un ou plusieurs employeurs ou leurs représentants) et une partie salariale laquelle est constituée d'un ou plusieurs représentants des salariés. Or, cette dernière représente les salariés grâce au vote de ceux-ci⁵⁸¹. Que symbolise ce vote sinon le résultat d'une addition de volontés individuelles (surtout depuis la réforme de 2008⁵⁸²) ? Le législateur a ainsi voulu reproduire le schéma classique en innovant en cas de carence de délégués syndicaux, et permettre à chaque salarié et chaque employeur d'entrer dans l'univers conventionnel ; cette entrée ne se faisant pas sans légitimité grâce à l'exigence de majorité des deux tiers, requise pour l'approbation du projet d'accord.

245. La légitimité des auteurs de la norme conventionnelle conditionne la légitimité de celle-ci. Déterminée par les délégués syndicaux ou par les salariés directement, elle varie en fonction de la situation de l'entreprise et du niveau de négociation ou « négociation ». En lieu et place d'une légitimité unique, la légitimité des auteurs des accords collectifs est

⁵⁷⁷ A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018, n° 840, p. 441. Pour d'autres auteurs, comme Monsieur le Professeur Gilles Auzero, l'« absence de négociation est d'autant plus problématique qu'elle seule est de nature à faire véritablement émerger un intérêt collectif, se substituant aux intérêts individuels » (G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154).

⁵⁷⁸ P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019, p. 201.

⁵⁷⁹ Comme le relève très justement Ylias Ferkane dans sa thèse : « bien que titulaires du droit de négocier collectivement, les salariés ont besoin de représentants pour l'exercer. Élever l'accord référendaire au rang d'accord collectif revient donc à doter indirectement la collectivité des salariés de la personnalité morale. (...) Il est difficile de voir dans l'expression référendaire autre chose que la manifestation d'une addition de volontés individuelles » (Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, thèse Nanterre, 2015, pp. 565-566).

⁵⁸⁰ Nous n'entrerons pas dans les débats de plus en plus nombreux, notamment dans le cadre des élections présidentielles, quant à la place de l'abstention dans le vote ces dernières années et ses conséquences sur la reconnaissance et la légitimité des résultats.

⁵⁸¹ Et à l'absence d'autres votes, mais nous n'entrerons pas non plus ici dans les débats liés à l'abstention aux élections professionnelles.

⁵⁸² V. supra.

plurielle permettant une adaptation de la norme conventionnelle au milieu dans lequel elle sera amenée à évoluer.

246. Conclusion de chapitre. Nous avons vu que la sécurisation des accords collectifs est assurée grâce à légitimité de l'accord dans ses conditions de validité, mais également grâce à la légitimité de ses auteurs, en particulier avec une participation plus importante des salariés. Tandis que les conditions de sa validité fondent la valeur juridique de l'accord collectif, celui-ci devant respecter les conditions posées par le législateur afin que l'ordre juridique étatique lui reconnaisse une existence juridique, la légitimité de ses auteurs quant à elle fonde son acceptation par les destinataires. Cette légitimité exprime toute l'originalité normative de l'accord collectif. La participation accrue des salariés permet de « mieux contrôler le degré d'adhésion des salariés à l'accord collectif »⁵⁸³. Malgré une récente décision de la Cour de cassation⁵⁸⁴, qu'importe le mode d'élaboration de l'accord collectif, si les conditions légales requises sont réunies, alors le texte emporte l'ensemble des effets reconnus aux accords collectifs de travail.

La place du vote des salariés est donc centrale. Outre la validation et l'approbation d'accords collectifs, une conséquence de l'établissement d'un seuil électoral minimal est que les salariés peuvent se servir du vote « pour sanctionner les syndicats »⁵⁸⁵ s'ils le souhaitent et retirer le « pouvoir » qu'ils leur avaient donné. Au-delà du seuil de représentativité que certains voudraient voir rehaussé en entreprise à 15 % ou 20 %⁵⁸⁶ ou de l'identité de l'auteur de la norme conventionnelle, une fois l'accord collectif « créé », celui-ci bénéficie d'une existence juridique ; existence qui peut être compromise. Les situations juridiques créées sur le fondement d'un accord collectif peuvent perdre leur assise juridique en cas d'altération

⁵⁸³ G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *RDT* 2008, p. 360.

⁵⁸⁴ Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-23.533 : « Dès lors que le législateur a expressément prévu qu'à défaut d'accord collectif, le recours au vote électronique pouvait résulter d'une décision unilatérale de l'employeur, cette décision unilatérale peut, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou dans le groupe, être prise par l'employeur sans qu'il soit tenu de tenter préalablement une négociation selon les modalités dérogatoires prévues aux articles L. 2232-23 à L. 2232-26 du Code du travail ».

Pour Valentino Armillei, il existait d'autres arguments permettant d'arriver à cette solution. Cette motivation peut semer le trouble : « Considérer que l'obligation de négocier n'existe pas car le législateur a prévu le recours à la décision unilatérale de l'employeur en l'absence d'accord collectif revient implicitement à admettre que l'accord conclu selon les modalités dérogatoires en l'absence de délégué syndical n'est pas un véritable accord collectif ou, à tout le moins, qu'il serait un accord collectif « hiérarchiquement » inférieur à celui conclu avec les délégués syndicaux ». – V. Armillei, « Vote électronique : cantonnement de l'obligation de négocier », *JCP S* 2021, 1037.

⁵⁸⁵ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

⁵⁸⁶ J.-C. Sciberras, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2019, p. 224.

ou de disparition de la norme. C'est pourquoi une stabilité minimale de celle-ci est nécessaire pour la sécuriser juridiquement.

CHAPITRE SECOND : LA SECURISATION PAR LA STABILITE

247. Parmi les reproches qui peuvent être faits à la loi, sa rigidité et son manque d'adaptation aux évolutions sociales et économiques sont fréquemment invoqués. L'exemple récent des travailleurs dits « de plateforme » est particulièrement évocateur⁵⁸⁷. Vu comme une solution à la lenteur de la loi par sa faculté d'évolution rapide pour répondre aux besoins parfois urgents, l'accord collectif a tout de même besoin d'un minimum de stabilité pour s'assurer d'une sécurité juridique suffisante. La maîtrise de la stabilité de l'accord collectif est un moyen important permettant une meilleure portée et une meilleure applicabilité de l'accord. Pourtant, l'accord collectif est par nature un instrument flexible et évolutif qui, a priori, va à l'encontre de la stabilité souhaitée. C'est pourquoi l'évolutivité – tant de l'accord que du milieu juridique, économique et social dans lequel il s'inscrit – si elle est maîtrisée, apporte davantage de sécurité juridique, à l'inverse d'une trop grande stabilité, voire rigidité. En effet, la société change et évolue, tout comme le droit qu'elle élabore : une norme est créée à un moment précis, dans un environnement normatif et structurel défini, lequel peut être amené à changer ; la norme se retrouve alors potentiellement inadaptée.

Dès lors, étudier la stabilité de la norme conventionnelle permet de comprendre comment celle-ci « vit » sa « vie juridique » et les aléas auxquels elle peut être confrontée, ainsi que leurs conséquences. À cet effet, la durée des accords est importante car théoriquement, un accord collectif conclu pour une durée limitée à quelques années a moins de risque de devoir s'adapter à des évolutions tellement importantes qu'elles nécessitent une adaptation de l'accord. Or, même si un accord à durée déterminée voit sa fin strictement encadrée⁵⁸⁸, il n'est pas à l'abri d'être confronté à des événements bouleversant sa vie juridique.

248. Ainsi, l'accord collectif, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, peut voir sa stabilité fragilisée. Des moyens existent alors pour assurer un minimum de stabilité en

⁵⁸⁷ Sur le sujet, v. J. Brockmann, B. Gomes, F. Jault-Seseke, J. Kenner, A. Lyon-Caen, T. Pasquier, A. Perulli, D. Perez del Prado, T. Sachs et S. Vernac, « Quel(s) droit(s) du travail pour les travailleurs des plateformes numériques ? », *RDT* 2021, p. 339. V. aussi G. Loiseau, « Travailleurs des plateformes de mobilité : où va-t-on ? », *JCP S* 2021, 1129 ; ou encore F. Favennec-Héry, « Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Godot », *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1896, p. 8.

⁵⁸⁸ Art. L. 2222-4 C. trav.

permettant l'adaptabilité de l'accord collectif (**Section 1**) ou en limitant les causes d'instabilité et leurs conséquences par une continuité de la norme (**Section 2**).

SECTION 1 : LA STABILITE ASSUREE PAR L'ADAPTABILITE

249. L'adaptabilité est la « capacité de s'adapter à de nouveaux milieux ou à de nouvelles situations »⁵⁸⁹. Autrement dit, c'est le fait pour un objet, une personne ou, plus spécifiquement, un acte juridique placé à un instant T dans un contexte précis, de se modifier, s'ajuster, pour continuer d'exister ou de s'appliquer dans un nouveau milieu.

L'accord collectif, par sa nature contractuelle, est créé au sein d'une sphère conventionnelle en constante évolution. Il peut voir sa stabilité altérée en cas d'évolution imprévue et/ou incompatible avec les stipulations qu'il contient ; sa sécurité juridique s'en trouve ainsi fragilisée, risquant jusqu'à sa disparition.

Pour faire face à ces évolutions, des mécanismes existent pour modifier l'acte juridique afin qu'il corresponde à son nouveau contexte – économique, politique, social, etc. – ou à la simple volonté des parties grâce à une adaptabilité de l'acte juridique lui-même (§1). D'autres mécanismes existent pour assurer la pérennité des stipulations antérieures aux évolutions grâce à une adaptabilité extérieure de l'accord collectif (§2).

§1. L'ADAPTABILITE INTERIEURE DE L'ACCORD COLLECTIF

250. L'accord collectif peut tout d'abord s'adapter grâce aux partenaires sociaux directement : les élaborateurs de la norme conventionnelle vont agir sur leur acte parce qu'ils veulent l'adapter. Cette adaptation peut se faire soit par de nouvelles dispositions qui vont modifier l'acte originel grâce à l'avenant de révision (**A**), soit par la simple interprétation des stipulations de l'accord pouvant prendre la forme d'un avant interprétatif (**B**).

A. L'EVOLUTION PAR LE RENOUVEAU : L'AVENANT DE REVISION

251. Les partenaires sociaux peuvent adapter un texte conventionnel en procédant à la révision de celui-ci. Prenant la forme d'un avenant, cette pratique paraît correctement

⁵⁸⁹ Dictionnaire de français en ligne Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/adaptabilite/998>.

encadrée (1) sans être parfaitement définie. Pourtant, cet encadrement permet d'assurer une sécurité juridique suffisante à la procédure de l'avenant de révision (2).

1. Une procédure en apparence suffisamment encadrée

252. Bien que la pratique de la révision des accords collectifs ait été reconnue par l'État très tôt⁵⁹⁰, l'influence du législateur n'a été réellement notable qu'à partir de la loi du 31 décembre 1992⁵⁹¹. Auparavant, les modalités étaient entièrement laissées aux parties qui devaient les stipuler, ou recourir à l'arbitrage en cas de désaccord⁵⁹².

Depuis 1992, notamment avec l'actuel article L. 2222-5 du Code du travail, les parties doivent toujours prévoir les modalités d'ouverture des renégociations, mais le recours à l'arbitrage a été abandonné. L'article L. 2222-5 est cependant très succinct puisqu'il prévoit seulement : « La convention ou l'accord prévoit les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé ». Aucune autre indication quant à la forme de l'accord ou sur les conséquences de l'absence de telles stipulations⁵⁹³.

Pour obtenir d'autres précisions, il convient de se reporter aux actuels article L. 2261-7 pour les accords de branche et interprofessionnels, et L. 2261-7-1 pour les accords d'entreprise.

253. Cette distinction entre les niveaux de négociation est issue de la réforme de 2016. Auparavant, l'article L. 2261-7 prévoyait, sans distinction, que « les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré (...), sont seules habilitées à signer (...) les avenants portant révision de cette

⁵⁹⁰ Loi du 31 décembre 1936 et loi du 4 mars 1938.

⁵⁹¹ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 1993, art. 33.

⁵⁹² La question de la révision a donné lieu à des décisions juridiquement strictes de la part de la Cour de cassation pour qui seule une dénonciation pouvait permettre à un nouvel accord de réviser l'ancien si le premier n'avait pas été signé par l'ensemble des signataires du second. V. Cass. soc. 9 mars 1989, n° 86-44.025, *Basirico* : *Bull. civ.*, V, n° 200 ; *Dr. soc.* 1989, p. 631, note M. Despax ; *D.* 1990, p. 165, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 4/89, n° 371, note J. Savatier ; *Dr. ouvr.* 1989, p. 359, note M. Bouaziz. Confirmé par Cass., ass. plén., 20 mars 1992, n° 90-42.196 : *Bull. Ass. Plén.*, n° 3 ; *Dr. soc.* 1992, p. 370, rapp. D. Tricot ; *RJS* 1992, n° 45 ; *JCP* 1992, II, 21945, note G. Vachet.

⁵⁹³ V. infra. Une telle formulation apparaît cependant restrictive puisque l'utilisation de l'impératif semble imposer la stipulation d'une clause de révision ou de renouvellement, sans quoi ces actions seraient impossibles. Sur la volonté de révision, la Cour de cassation est venue préciser qu'en cas d'absence de stipulation sur ce point « le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision » : Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42.481 : *Bull. civ.* V, n° 224 ; *D.* 2008. 3090 ; *RJS* 2/09, n° 199 ; *JCP S* 2009, 1116, note Kerbourc'h. Le défaut légal n'empêche pas la rencontre des volontés.

convention ou de cet accord ». Cette rédaction issue de la réforme de 2008 a pourtant été source d'insécurité juridique car rien n'était prévu pour la situation où l'une des organisations syndicales signataires – ou la totalité – perdait sa – ou leur – représentativité postérieurement. Or, c'est justement la conséquence essentielle de la réforme de 2008 : la fin de la représentativité de droit⁵⁹⁴.

La loi du 8 août 2016 a corrigé cette difficulté en prévoyant dorénavant une distinction entre la période du cycle électoral au cours duquel l'accord a été conclu⁵⁹⁵ et la période à l'issue du cycle électoral⁵⁹⁶ : quand la période du cycle électoral contemporaine à l'accord est toujours en cours, seuls les signataires ou adhérents à l'accord peuvent initier la procédure de révision ; une fois cette période passée, toute organisation syndicale représentative – et organisation patronale pour la branche⁵⁹⁷ – même non signataire ou non adhérente peut le faire. Cette dernière possibilité, à contre-courant de la logique contractuelle⁵⁹⁸, permet de faire jouer la capacité adaptative de l'accord collectif : la structure même de l'accord collectif s'adapte à son environnement permettant alors une adaptation du fond de l'accord théoriquement au plus proche des besoins des destinataires. De la même manière qu'un brevet d'invention peut accorder un monopole à son propriétaire pendant une période limitée avant de voir l'invention basculer dans le domaine public, le législateur a créé un monopole pour les signataires pendant une période pouvant

⁵⁹⁴ V. supra.

⁵⁹⁵ Art. L. 2261-7, I, 1° C. trav. et L. 2261-7-1, I, 1° C. trav.

⁵⁹⁶ Art. L. 2261-7, I, 2° C. trav. et L. 2261-7-1, I, 2° C. trav. Le texte ne prévoit que l'initiative de la procédure de révision ; la question des conditions de négociation ou de signature de l'avenant de révision n'est pas traitée. Il s'agit donc des conditions communes de validité, donc également en cas de carence de délégués syndicaux. V. P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 933. V. égal. Y. Ferkane, « L'accord collectif : une brève histoire de temps à l'aune de la loi du 8 août 2016 », *RDT* 2016, p. 832.

⁵⁹⁷ En ce qui concerne les organisations patronales, une distinction est faite selon l'extension ou non de l'accord à réviser : si l'accord a été étendu, les organisations patronales doivent être représentatives dans le champ d'application de l'accord, sinon toute organisation patronale peut initier le processus de révision.

⁵⁹⁸ Plus particulièrement si l'on comprend qu'un signataire de l'accord initial ne peut plus réviser celui-ci s'il a perdu sa représentativité. Surtout, depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, le dernier alinéa de l'article L. 2232-16 du Code du travail prévoit pour les accords d'entreprises : « Le présent article est applicable à la révision et à la dénonciation de la convention ou de l'accord qu'elles qu'aient été ses modalités de négociation et de ratification ». C'est donc l'alinéa premier de l'article L. 2232-16 qui s'applique à la révision : « La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise ». Cette prégnance du caractère représentatif avait déjà été reconnue par la Cour de cassation : Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-17.231. V. également : Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 15-25.531 : « lorsqu'un syndicat, signataire d'un accord collectif, a perdu sa représentativité pour le cycle électoral au cours duquel les négociations de l'accord de révision ont lieu, il n'y a pas lieu d'ordonner la suspension de l'accord de révision conclu en l'absence du syndicat concerné ».

théoriquement aller jusqu'à quatre ans. Au-delà, l'accord peut être adapté par tous sous réserve de remplir le critère représentatif.

254. Est donc aussi prévue une distinction entre le niveau branche ou interprofessionnel⁵⁹⁹ et le niveau de l'entreprise⁶⁰⁰, permettant notamment, dans le premier cas, aux organisations d'employeurs d'initier la procédure de révision. En ce qui concerne les accords d'entreprise, aucune mention à l'employeur ou la direction par exemple n'est faite. Est-ce à dire qu'il est impossible pour l'employeur d'initier une procédure de révision d'un accord qu'il a signé dans sa propre entreprise ? Fort heureusement, la réponse est non. En ne prévoyant d'encadrer uniquement la révision par les parties salariales, le législateur a voulu résoudre les difficultés nées de la réforme de la représentativité. Ou plutôt le législateur a voulu laisser la liberté aux partenaires sociaux qui, ainsi, déterminent les modalités de révision conformément à l'article L. 2222-5 du Code du travail. Dans la pratique, les accords collectifs d'entreprise prévoient généralement que la révision pourra être initiée par l'ensemble des parties signataires.

255. Est enfin explicitement⁶⁰¹ prévu le cas des projets d'avenants dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise, notamment dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés⁶⁰². Pour celles-ci, comme pour l'élaboration du projet d'accord initial, seul l'employeur peut initier une procédure de révision en proposant un projet d'avenant à valider par les salariés. Les modalités de révision applicables à ce type d'entreprises ne changent pas si l'effectif vient à dépasser les 11 salariés⁶⁰³ : l'environnement légal initial conditionne la révision. Une telle limitation apparaît comme un frein à l'adaptabilité de l'accord collectif car en ne s'adaptant pas à son environnement, il se prive des possibilités accordées aux autres structures.

En ce qui concerne les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 50 salariés⁶⁰⁴, la révision obéit aux mêmes modalités que

⁵⁹⁹ Art. L. 2261-7 C. trav.

⁶⁰⁰ Art. L. 2261-7-1 C. trav.

⁶⁰¹ Par application combinée des articles L. 2232-12 et L. 2232-16 C. trav., l'exigence de majorité de signature s'applique pour la validité d'un avenant de révision.

⁶⁰² Art. L. 2232-22 C. trav.

⁶⁰³ Art. L. 2232-22-1 C. trav.

⁶⁰⁴ Art. L. 2232-23-1 C. trav.

pour la conclusion d'accords collectifs. Par conséquent, peuvent initier la procédure de révision : l'employeur, un salarié mandaté ou un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique. Il est intéressant de relever qu'aucune distinction n'est faite par rapport aux signataires de l'accord initial. Il paraît donc possible pour n'importe quel salarié mandaté ou membre du comité social et économique non-signataire d'initier la procédure de révision, et ce, qu'importe le cycle électoral. Une insécurité juridique apparaît alors. En effet, comment traiter l'accord qui prévoit expressément ses conditions de révision, en limitant celle-ci par exemple aux seuls signataires initiaux ? Et comment traiter l'accord signé par le CSE révisé par un salarié mandaté et inversement ? Le texte légal étant muet sur ce point, la jurisprudence devra combler ce manque. Cependant, la stipulation d'une procédure précise de révision n'étant pas interdite, il est probable que l'aspect contractuel de l'accord collectif soit mis en avant en cas de limitation de la révision. Par conséquent, dans cette situation, la révision par une partie non-signataire à l'accord initial serait impossible et seul un nouvel accord serait possible. L'adaptabilité de l'accord collectif se trouve réduite par lui-même. En revanche, si rien n'est prévu dans l'accord, la liberté semble devoir être retenue : un salarié mandaté peut réviser un accord conclu par le CSE et inversement, l'avenant de révision étant valide par le vote des salariés⁶⁰⁵.

256. Quant aux effets, ceux-ci font l'objet d'un article commun à l'ensemble des niveaux de négociations : une fois l'avenant de révision régulièrement signé, celui-ci entre en vigueur et produit des effets qui s'imposent aux salariés couverts par l'accord d'origine⁶⁰⁶.

Ainsi, avec ces quelques articles répartis dans le Code du travail, l'encadrement de l'avenant de révision connaît, selon le niveau de négociation et la taille de l'entreprise, un encadrement plus ou moins suffisant. La dernière réforme n'a pas permis de sécuriser pleinement la procédure propre à l'avenant de révision, outil d'adaptabilité de l'accord collectif, rendant son recours hasardeux pour les partenaires sociaux. De plus, un élément central semble manquer pour permettre une sécurisation juridique plus importante : celui de la définition de l'avenant de révision.

⁶⁰⁵ Vote lors des dernières élections pour l'avenant conclu avec le CSE, ou lors de l'approbation pour l'avenant conclu avec un salarié mandaté.

⁶⁰⁶ Art. L. 2261-8 C. trav.

2. Une procédure comblant l'absence de définition de l'avenant de révision

257. Ce point a été notamment mis en lumière par le rapport de Monsieur le Professeur Jean-François Césaro qui pointe « une incertitude qui n'est pas totalement avouée »⁶⁰⁷. La définition de la notion même d'avenant interprétatif, élément essentiel pour la sécurité juridique d'un acte, est en effet absente, notamment en ce qui concerne la mention explicite ou non de la qualification d'avenant de révision : faut-il que les partenaires sociaux prévoient de façon claire et explicite dans le titre de l'acte ou dans le préambule que la norme négociée sera un avenant interprétatif d'un accord collectif antérieur, ou le caractère d'avenant de révision peut-il se déduire de la volonté présumée des auteurs ?

La réponse à cette question est lourde de conséquences, surtout si elle conduit à une reconnaissance de ce que certains appellent la thèse subjectiviste⁶⁰⁸. Selon cette conception, seul l'acte mentionnant explicitement la procédure de révision et l'accord initial révisé peut être reconnu comme avenant de révision, et emporter les effets attachés à un tel accord. Sans cette mention, l'acte serait alors un accord collectif classique qui existerait à côté de l'accord initial. Dans une telle hypothèse, les dispositions nouvelles remplaceront les anciennes – correspondant aux effets de l'avenant de révision – mais deux textes cohabiteraient en même temps, risquant de faire naître des difficultés liées à leur bonne articulation.

258. L'autre thèse possible est la thèse dite objectiviste. Selon elle, tout accord signé selon la procédure déterminée, démontrant suffisamment d'indices quant à un objectif de révision d'un accord existant, peut être qualifié d'avenant de révision. Le formalisme n'est plus une condition essentielle.

Si l'on prend en compte le fait que la quasi-totalité des accords collectifs contiennent un préambule, la probabilité que des partenaires sociaux décident de négocier et signer un acte à but de révision sans jamais mentionner une seule fois l'accord initial ou la moindre disposition de celui-ci paraît faible. L'identification d'un avenant de révision qui ne dirait pas son nom semble alors aisée. Par conséquent, le risque de qualification d'accord autonome étant faible, l'insécurité juridique de l'avenant de révision est limitée sur ce point.

⁶⁰⁷ *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, Rapport sur la dynamisation de la négociation collective, remis le 22 janvier 2016 par Jean-François Césaro, professeur en droit social et droit du travail, p. 3.

⁶⁰⁸ V. É. Jeansen, « Contribution à la définition de l'avenant de révision », *JCP S* 2016, 1063.

259. En outre, qu'importe la théorie retenue, l'insécurité juridique de l'avenant de révision est également limitée, notamment parce que l'accord né à la suite de la procédure de révision – qualifié d'avenant de révision ou non – n'a des effets que pour l'avenir. Autrement dit, il n'y a pas de risque supplémentaire de remise en cause des situations antérieures. Demeurent cependant les risques d'insécurité juridique liés au principe de faveur⁶⁰⁹, les deux textes, accord collectif et avenant de révision, étant applicables.

L'insécurité de l'avenant de révision est ensuite limitée par la proportion que ce type d'accord représente par rapport à l'ensemble des accords collectifs signés. En effet, sur les presque 150 000 accords d'entreprise publiés sur Légifrance, quelque 1 700 contiennent dans leur titre les mots « avenant » et « révision », 19 000 juste le mot « avenant » et 2 000 juste le mot « révision ». Mais surtout, l'avenant de révision n'a finalement aucun risque en plus ou en moins que ceux inhérents à l'accord collectif classique puisque, nous l'avons vu, qu'importe la thèse retenue – subjectiviste ou objectiviste – l'acte final restera un accord collectif classique : seule l'initiative de sa négociation diverge.

260. Finalement, l'élément central d'identification de l'avenant de révision n'est pas sa définition expresse et propre à lui, mais bien sa procédure, notamment l'initiative de celle-ci : c'est le lancement de la procédure telle qu'encadrée par le Code du travail et les stipulations de l'accord initial qui déterminent le statut d'avenant interprétatif à l'acte qui en découlerait.

L'avenant de révision est donc un moyen de faire évoluer un accord collectif de manière relativement sûre. Mais cela revient à modifier complètement certaines dispositions de l'accord d'origine. Il est aussi possible d'adapter un accord collectif sans le modifier grâce à l'interprétation.

B. L'EVOLUTION PAR L'EXISTANT : L'AVENANT INTERPRETATIF

261. Le principe des commissions d'interprétation est expressément prévu pour les branches professionnelles qui ont l'obligation de mettre en place une commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation qui « peut rendre un avis à la demande d'une juridiction sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif »⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ V. supra.

⁶¹⁰ Art. L. 2232-9 C. trav.

Une telle obligation n'existe pas pour les accords d'entreprise, mais il est fréquent⁶¹¹ que les partenaires sociaux de ce niveau de négociation prévoient par une clause des dispositions relatives à l'interprétation de l'accord. Pour autant, quand l'accord stipule simplement qu'en cas de litige sur l'application ou l'interprétation dudit accord, les parties se réunissent pour tenter de régler le différend, la portée de la décision ou de l'acte établi est très limitée. En découle alors une pratique peu encadrée (1), mais à l'insécurité juridique limitée (2).

1. Une pratique peu encadrée

262. En ce qui concerne les commissions d'interprétation instituées au niveau des branches, le législateur n'encadre pas la portée des avis rendus. Il est juste laissé la possibilité au juge, avant de statuer, de solliciter la commission paritaire⁶¹² « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges »⁶¹³. Aucune disposition légale n'est prévue quant à la portée de la sollicitation. Autrement dit : elle ne lie pas le juge.

Cette position est celle adoptée par la Cour de cassation depuis 1976⁶¹⁴ où l'assemblée plénière a considéré « que l'avis donné par la commission paritaire, dans un but de conciliation, ne li[e] pas le juge ». La chambre sociale est venue préciser en 1994 « qu'en l'absence de dispositions de la convention collective prévoyant que l'avis de la commission nationale paritaire aura la valeur d'un avenant à la convention, le conseil de prud'hommes n'était pas tenu de suivre cet avis »⁶¹⁵. Les juges admettent donc que des parties à un accord collectif décident d'encadrer les conditions d'interprétation de leur accord en déléguant une

⁶¹¹ Plus de 5 000 résultats avec la recherche exacte sur Légifrance « interprétation de l'accord ». De nombreux accords prévoient un article intitulé ainsi. D'autres prévoient des titres plus spécifiques : par exemple l'accord relatif à la mise ne place du forfait-jours à la SNCF de 2017 dispose d'un article 16 intitulé « Commission de suivi et d'action » qui institue une telle commission pour assurer le suivi de l'accord, résoudre les difficultés nées de son application ou interpréter au besoin. Dans le cadre de sa mission d'interprétation, elle peut être amenée à élaborer des relevés de décisions ou propositions d'avenant. Par conséquent, les décisions de la commission ne peuvent élaborer des avis ayant valeur d'avenant : elle peut simplement proposer un avenant interprétatif qui sera négocié, et éventuellement signé, dans le cadre d'une autre réunion des signataires de l'accord originel (ou des signataires ayant adhéré depuis).

⁶¹² Art. L. 2232-9 C. trav, II, 3°, al. 2.

⁶¹³ Art. L. 444-1 COJ.

⁶¹⁴ Cass. ass. plén. 6 février 1976, n° 74-40.223 : *Dr. soc.* 1976, p. 472, note J. Savatier.

⁶¹⁵ Cass. soc., 11 octobre 1994 n° 90-41.818 : *Bull. civ.* V n° 272 ; *RJS* 11/14, n° 1285. Cass. soc., 28 septembre 2005 n° 03-41.357 : *Bull. civ.* V n° 275. Cass. soc., 2 mai 2006 n° 04-40.345 : inédit. Cass. soc., 2 décembre 2008 n° 07-44.132 : *Bull. civ.* V n° 243. Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-17.669 : *Bull. civ.* V n° 191.

partie de leur pouvoir interprétatif à un organe ad hoc. L'acte qui en ressort n'est pas un avenant, mais il en a la valeur, du moins aux yeux du juge.

Plus récemment, la Cour de cassation a affiné la portée de l'avis de la commission paritaire en affirmant que « si l'interprétation donnée par une commission paritaire conventionnelle du texte d'une convention collective n'a pas de portée obligatoire pour le juge, ce dernier peut, après analyse du texte, faire sienne l'interprétation de la commission »⁶¹⁶.

Ainsi, seul l'avenant interprétatif, négocié, signé et intitulé comme tel, ou la stipulation dans l'accord que l'avis d'une commission d'interprétation vaut avenant, permet d'établir une véritable portée au produit de l'interprétation.

263. Au-delà de la portée interprétative pour l'avenir, c'est aussi une portée pour le passé puisque l'avenant interprétatif, à l'instar des lois interprétatives, est doté d'une rétroactivité. La Cour de cassation a eu l'occasion de reconnaître que « l'avenant interprétatif d'un accord collectif signé par l'ensemble des parties à l'accord initial s'impose avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de ce dernier accord aussi bien à l'employeur et aux salariés qu'au juge qui ne peut en écarter l'application »⁶¹⁷. L'avenant interprétatif a donc une portée juridique importante sur les situations régies par l'accord collectif initial, y compris sur le contrat de travail dans les limites vues précédemment⁶¹⁸.

Dès lors, aucune disposition légale ne prévoyant la possibilité d'une interprétation à l'initiative des parties signataires d'un accord d'entreprise, ce sont les apports jurisprudentiels qu'il convient d'appliquer.

2. Une pratique à l'insécurité juridique limitée

264. Entre dispositions légales et jurisprudences, cette construction du régime de l'avis de la commission d'interprétation peut paraître juridiquement sûr : s'il est prévu que l'avis a valeur d'avenant, alors il acquiert un effet rétroactif et s'impose au juge, sinon il reste un simple avis. Ce raisonnement est simple, bien qu'il doive être nécessairement connu des

⁶¹⁶ Cass. soc. 27 mai 2020 n° 19-10.886 : *JSL* 2020 n° 505-17, p. 32 ; *RJS* 7/20, n° 363. V. égal. Cass. soc., 1^{er} février 2023, n° 21-13.206, publié au bulletin : *RJS* 4/23, n° 210.

⁶¹⁷ Cass. soc., 1^{er} décembre 1998, n° 98-40.104 : *Bull. civ.* V, n° 527 ; *D.* 1999, p. 46 ; *Dr. soc.* 1999, p. 303, obs. J. Savatier.

⁶¹⁸ V. *supra*.

partenaires sociaux pour que ceux-ci pensent à attribuer à l'avis de la commission la valeur d'un avenant.

265. Cependant, le propre de l'avenant interprétatif est d'interpréter l'accord initial ; il ne doit pas le modifier sous peine de ne plus être considéré comme interprétatif et lier le juge. Or, où se situe la frontière entre la simple interprétation et la modification ? Pour certains, interpréter revient à modifier⁶¹⁹. Il existe alors un risque que l'avis caractérisé comme interprétatif perde cette caractéristique. Dans ce cas, soit l'avis respecte les conditions légales et conventionnelles prévues pour permettre la révision de l'accord, auquel cas il pourra être considéré comme un avenant de révision⁶²⁰, soit cet avis perdra toute valeur, même celle d'un simple avis de la commission puisqu'il aura fait davantage qu'interpréter.

La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion⁶²¹ de confirmer la valeur d'avenant à l'avis d'une commission si l'accord lui donnait une telle valeur et de reconnaître le caractère rétroactif d'un avenant interprétatif, étant entendu qu'« un avenant ne peut être considéré comme interprétatif qu'autant qu'il se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse »⁶²². En l'espèce, l'employeur qui ne contestait pas le caractère d'avenant liant le juge à l'avis de la commission a échoué à démontrer que l'avis allait au-delà d'une simple interprétation. L'insécurité juridique se situe donc bien dans la portée de l'interprétation.

266. Pourtant, tout comme l'avenant de révision, l'insécurité juridique de l'avenant interprétatif est limitée, alors que la pratique de la seconde est moins encadrée que la première. En effet, tandis que l'avenant interprétatif valide et renforce la vision des partenaires sociaux par rapport aux tiers tels que le juge, le sort de l'avenant interprétatif imparfait n'a que peu d'impacts directs sur l'accord collectif initial qui continue de s'appliquer dans le « flou artistique »⁶²³ qu'était le sien.

L'accord collectif peut donc être adapté en agissant sur son contenu pour que celui-ci évolue par rapport à son environnement extérieur légal ou structurel. À l'inverse, quand

⁶¹⁹ V. infra.

⁶²⁰ Il n'aura donc que des effets pour l'avenir.

⁶²¹ Cass. soc. 11 mai 2022, n° 20-15.797 : *D. actualité* 14 juin 2022, obs. J. Cortot ; *RJS* 7/22, n° 386 ; *JCP S* 2022, 1221, note B. Bauduin.

⁶²² *Ibid.*, §6.

⁶²³ G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

cet environnement extérieur évolue, des moyens ont été mis en place pour permettre l'adaptabilité de l'accord collectif.

§2. L'ADAPTABILITE EXTERIEURE DE L'ACCORD COLLECTIF

267. Que les partenaires sociaux négocient et signent des accords collectifs en raison d'obligations légales⁶²⁴ ou par simple liberté contractuelle, l'acte qui en ressort est créé à un instant précis, dans un contexte économique, politique et social donné. Quand ce contexte évolue, ou que les besoins changent, l'accord collectif peut être fragilisé ; il peut ne plus répondre aux attentes des destinataires, être dénoncé, ne plus être appliqué ou être source de contentieux. La fragilité de l'accord se répercute alors sur les relations de travail régies par l'accord en question, lesquelles peuvent être également fragilisées de la même manière.

Face à cette influence venue « de l'extérieur » de l'acte juridique, une stabilité de l'accord collectif est alors nécessaire pour faire face aux évolutions législatives (**A**), mais aussi structurelles des entreprises (**B**).

A. LA STABILITE FACE AUX EVOLUTIONS LEGISLATIVES

268. Du fait de sa nature hybride à la fois réglementaire et contractuelle, l'accord collectif est extrêmement dépendant des évolutions législatives qui peuvent priver d'effet, voire rendre interdites certaines stipulations. Pour limiter les effets des nouvelles lois réformant notamment le droit du travail, le législateur peut prévoir des dispositions transitoires ou dérogatoires.

La pratique de la régulation des effets de la loi nouvelle sur les accords collectifs conclus antérieurement est fréquente. Présente dans la plupart des grandes lois ayant réformé le droit du travail (**1**), elle est d'une efficacité avérée pour assurer une sécurité juridique satisfaisante aux accords collectifs (**2**).

1. Un recours fréquent à la régulation des effets de la loi

269. Essentiellement depuis le début de années 2000, le législateur a fréquemment recours à la technique du maintien des stipulations des accords collectifs antérieurs aux lois

⁶²⁴ Comme les négociations annuelles obligatoires, mais aussi les accords ad hoc expressément prévus par le législateur pour l'utilisation de certains dispositifs tels que la rupture conventionnelle collective ou l'accord de performance collective.

nouvelles. C'est ainsi le cas du V de l'article 8 de la loi du 19 janvier 2000 dite Aubry II qui prévoit le maintien des « stipulations des conventions ou accords collectifs intervenues sur le fondement des articles L. 212-2-1 et L. 212-8 du code du travail applicables à la date de publication de la présente loi »⁶²⁵. Dans le cas de l'article 8 de la loi du 19 janvier 2000, cette sécurisation par le maintien des stipulations est cependant provisoire⁶²⁶. Un autre exemple se retrouve dans la loi du 4 mai 2004, à son article 45 qui maintient la valeur hiérarchique des conventions et accords collectifs de branche conclus avant la réforme du 4 mai 2004⁶²⁷. Tout comme le dernier alinéa de l'article 14 de la loi de 2008⁶²⁸.

Mais l'exemple le plus marquant de régulation des effets d'une loi vient d'un autre article de la loi Aubry II : l'article 28. Tout d'abord, le premier alinéa modifie l'assise juridique des accords conclus antérieurement à la loi du 19 janvier 2000 puisque « sont réputées signées sur le fondement de la présente loi les stipulations des conventions ou accords collectifs étendus ou des accords d'entreprise ou d'établissement conclus en application de la loi n° 98-461 (...) et qui sont conformes aux dispositions de la présente loi ». Plus encore, sont maintenues certaines stipulations des accords collectifs antérieurs contraires à la loi nouvelle : « À l'exception des stipulations contraires aux articles [du Code du travail relatifs aux heures supplémentaires], les clauses des accords conclus en application des dispositions de la loi n° 98-461 (...) et contraires aux dispositions de la présente loi continuent à produire leurs effets jusqu'à la conclusion d'un accord collectif s'y

⁶²⁵ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF* n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 2, art. 8.

⁶²⁶ « Les stipulations des conventions ou accords collectifs intervenues sur le fondement des articles L. 212-2-1 et L. 212-8 du code du travail applicables à la date de publication de la présente loi demeurent en vigueur. Toutefois, à compter de la date à laquelle la durée légale du travail est fixée à trente-cinq heures, les heures excédant une durée moyenne sur l'année de trente-cinq heures par semaine travaillée (...) sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 du même code ».

⁶²⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* n° 105 du 5 mai 2004, texte n° 1, art. 45 : « La valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs ». V. B. Teyssié, « Le maintien de la "valeur hiérarchique" des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1175, p. 6. V. aussi pour une réflexion menée à la suite de l'arrêt Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-69.647 rendu au visa de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 : S. Nadal, « Maintien de la valeur hiérarchique des conventions de branche conclues antérieurement à la réforme du 4 mai 2004 : sens et portée », *RDT* 2011, p. 324.

⁶²⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194 du 21 août 2008, texte n° 1, art. 14 : « Les conventions de branche ou accords professionnels conclus en application des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi continuent de produire leurs effets pour toutes les entreprises comprises dans leur champ, quel que soit leur effectif ».

substituant ». Le maintien se fait en outre pour une durée indéterminée car aucun délai pour la conclusion d'un nouvel accord n'a été défini dans la loi.

270. Le législateur a également recours à cette pratique pour sécuriser les actes conclus sur la base des accords collectifs impactés par l'évolution législative. C'est notamment le cas de l'article 12 de la loi du 8 août 2016⁶²⁹. Cet article prévoit des dispositions importantes pour sécuriser les accords collectifs pour les forfaits-jours. Plus spécifiquement, ce sont les conventions individuelles de forfait-jours signées sur la base d'accords antérieurs à la loi qui sont sécurisées : grâce à l'article 12 de la loi du 8 août 2016, lorsqu'un accord collectif est modifié pour mettre en conformité ses dispositions avec les nouveautés législatives, les conventions individuelles continuent d'être exécutées sans qu'il y ait besoin de formaliser une nouvelle convention ou de prévoir un avenant.

Au-delà de la fréquence d'utilisation par le législateur de cette pratique, une analyse de cette dernière fait apparaître une efficacité incontestable en termes de sécurité juridique.

2. Un recours efficace à la régulation des effets de la loi

271. Prévoir dans les dispositions légales que les apports nouveaux d'une loi ne remettent pas en cause les stipulations antérieures constitue une pratique très efficace. C'est notamment le cas de l'article 16 de la loi du 17 janvier 2003⁶³⁰ qui prévoit que « sont réputées signées sur le fondement de la présente loi les stipulations des conventions ou accords collectifs de branche étendus ou des accords d'entreprise ou d'établissement conclus en application des lois n° 98-461 (...) et n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (...) ». Cette loi, en particulier cet article, a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel⁶³¹ au motif que les dispositions ci-dessus représentaient une atteinte disproportionnée aux contrats légalement conclus, non justifiée par un motif d'intérêt général. Le Conseil, s'inspirant des débats parlementaires, a rejeté le grief en affirmant que les dispositions de l'article 16 ont

⁶²⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3, art. 12 : « I. - Lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours est révisé pour être mis en conformité avec l'article L. 3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié ».

⁶³⁰ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JORF* du 18 janvier 2003, texte n° 1, p. 1080.

⁶³¹ Cons. const. 13 janvier 2003, Décision n° 2002-465 DC.

« pour seule portée de rendre insusceptibles d'être contestés à l'avenir devant la juridiction compétente les accords antérieurs qui n'étaient pas conformes à la législation applicable lors de leur signature, mais seraient conformes aux dispositions de la loi déferée »⁶³². La formulation du Conseil constitutionnel est d'une force significative puisqu'elle affirme de façon péremptoire que l'article 16 de la loi du 17 janvier 2003 rend juridiquement incontestables des dispositions irrégulières lors de leur signature. La sécurisation juridique des stipulations conventionnelles est ici particulièrement efficace.

Toutefois, cette pratique ne permet pas d'envisager la possibilité pour les partenaires sociaux d'anticiper les évolutions législatives. Une telle situation a été mise en lumière par un arrêt du 23 septembre 2020⁶³³ qui a affirmé que les parties à un accord collectif doivent respecter le droit au moment de leur engagement ; elles ne peuvent prévoir des clauses contraires qui ne s'appliqueront qu'une fois le droit le permettant.

272. Quand cette pratique n'est pas réalisée, une incertitude peut naître ; laquelle sera généralement clarifiée en jurisprudence. C'est notamment le cas récent de la création des CSE, venus remplacer les anciennes institutions représentatives du personnel qu'étaient, entre autres, la délégation unique du personnel et le comité d'entreprise.

Dans un arrêt du 27 janvier 2021⁶³⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que lorsque la clause d'un accord collectif « se réfère aux termes "comité d'entreprise", "délégation unique du personnel", "délégué du personnel" ou "comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail", il y a lieu d'y substituer les termes de "comité social et économique" dès lors que cette substitution suffit à permettre la mise en œuvre de cette clause ».

273. Cependant, quand le législateur a recours à cette technique, une difficulté peut apparaître. En effet, les dispositions assurant la stabilité des accords collectifs antérieurs sont simplement énoncées dans un texte de loi, mais elles ne sont pas retranscrites ailleurs, par exemple au sein d'un article d'un code. C'est le cas des articles 45 de la loi de 2004 et 12 de la loi de 2016 n'ont qui pas été codifiés alors que leur apport – le maintien d'une valeur

⁶³² *Ibid.*, cons. n° 6.

⁶³³ Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-23.474 : *RDT* 2020, p. 684 ; *BJT* 2020, n° 11, p. 25 ; *JSL* 2020, n° 507-6.

⁶³⁴ Cass. soc., 27 janvier 2021, n° 19-24.400 : *Dr. soc.* 2021, p. 379 ; *BJT* 2021, n° 3, p. 26 ; *Sem. Soc. Lamy* 2021, n° 1945, p. 14.

hiérarchie pour le premier et la continuité des conventions individuelles de forfait-jours lors de l'actualisation d'un accord collectif pour le second – est d'une importance significative.

Il est possible d'expliquer cette situation par une volonté « d'épurer » le code, de ne pas le polluer par des dispositions prévues davantage pour permettre une transition entre deux états du droit que pour réguler sur le long terme les nouveaux accords collectifs. Car il s'agit bien d'une pratique transitoire ; par définition elle n'est pas destinée à durer : elle n'a donc pas intérêt à figurer dans un article d'un code officiel⁶³⁵.

274. Fréquent et efficace, le recours à la régulation des effets de la loi nouvelle sur les accords collectifs conclus antérieurement permet de contenir les conséquences des évolutions législatives. Cependant, les évolutions ne sont pas issues uniquement de la sphère légale. Plus proches de l'environnement dans lequel a été élaboré l'accord collectif, les évolutions peuvent aussi être issues de la structure même dans laquelle il existe. Le législateur est alors intervenu pour limiter ou maîtriser les conséquences de cet autre type d'évolution.

B. LA STABILITE FACE AUX EVOLUTIONS STRUCTURELLES

275. Parler de structure revient à identifier le niveau de négociation et de conclusion de l'accord collectif : où est-il né ? La production conventionnelle, si l'on peut parler ainsi, peut être faite au niveau interprofessionnel, au niveau des branches professionnelles, au niveau des entreprises, voire au niveau de l'établissement. Le premier niveau, du fait de sa spécificité, et le dernier, du fait de son rattachement possible au niveau de l'entreprise, seront écartés de nos développements. Car le cœur de la négociation collective réside à l'intérieur des branches et des entreprises.

C'est d'ailleurs sur ces deux niveaux de négociation que le législateur agit pour sécuriser les accords collectifs conclus en leur sein en sécurisant les évolutions structurelles des branches avec la restructuration des branches professionnelles (1) ainsi que celles des entreprises, notamment en encadrant les conséquences du transfert d'entreprise (2).

⁶³⁵ Il est toutefois permis de penser que l'article 12 de la loi de 2016 aurait mérité être codifié car bien qu'il concerne les accords collectifs conclus antérieurement à la réforme, il concerne également ceux, sous forme d'avenant, qui vont adapter les stipulations à l'avenir.

1. La sécurisation des évolutions structurelles des branches

276. Le mouvement de réduction du nombre de branches est l'aboutissement de nombreuses réflexions menées depuis de nombreuses années, notamment au sein de plusieurs rapports⁶³⁶. La première pierre posée à l'édifice de restructuration des branches a été la loi du 5 mars 2014⁶³⁷. Celle-ci a créé dans le Code du travail une section intitulée « Restructuration des branches professionnelles »⁶³⁸. À la lecture de l'article L. 2261-32, la volonté était de permettre au ministre du travail de réagir face à l'inactivité de certaines branches en élargissant à celles-ci « la convention collective déjà étendue d'une autre branche présentant des conditions sociales et économiques analogues »⁶³⁹.

Cette section a servi de base à la réforme poursuivie avec la loi Travail et les ordonnances de 2017. Outre une simple réorganisation du contenu pour certaines dispositions, la loi du 8 août 2016 a explicitement fait figurer au premier alinéa de l'article L. 2261-32 du Code du travail la notion d'intérêt général attachée à la restructuration des branches. Il s'agit là d'un symbole fort de l'enjeu de la réalisation. En outre, alors qu'avant un avis contraire de la Commission nationale de la négociation collective pouvait empêcher tout rapprochement, la loi Travail a fait disparaître ce veto pour ne prévoir qu'un « avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective »⁶⁴⁰. Elle a aussi permis au Ministre en charge du travail de fusionner le champ d'application des conventions

⁶³⁶ M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La Documentation Française, 2004 : préconise avec sa proposition n° 50 le « regroupement de branches trop éclatées » (p. 75), le but étant d'avoir moins de 100 branches pour bénéficier d'une meilleure effectivité des conventions collectives. J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, rapport au Premier Ministre remis au Ministre du Travail, La Documentation Française, 2009 : recommande, lui aussi, le regroupement de branches (p. 204) par incitation des partenaires sociaux, mais également par décision du ministre en charge du travail. J.-D. Combrexelle, *Rapport sur la réforme de la représentativité patronale*, Rapport au Ministre du travail, 2013. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015 : préconise le regroupement des branches, en particulier pour celles qui couvrent moins de 5 000 salariés (pp. 90-91, Proposition n° 33).

⁶³⁷ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, *JORF* n°0055 du 6 mars 2014, texte n° 1.

⁶³⁸ *Ibid.*, spéc. art. 29-IV.

⁶³⁹ Article L. 2261-32 C. trav. dans sa version en vigueur du 7 mars 2014 au 10 août 2016.

⁶⁴⁰ Comme le souligne – et l'évacue – Monsieur le Professeur Jean-François Césaro (J.-F. Cesaro, « Restructuration des branches, révision et fédération », *JCP S* 2019, 1254) le législateur n'a pas prévu la situation de blocage pouvant théoriquement intervenir : si la Commission ne donne pas d'avis motivé, la procédure de fusion est figée. Néanmoins, pour le professeur, si la situation venait à se produire, il est possible de penser que le juge considère ce silence comme un avis négatif. Il est vrai que, sauf à exiger une réponse sous astreinte – mais alors sur quel fondement ? – la conséquence de l'absence d'avis est la même que celle de l'avis négatif motivé : l'arrêt de la procédure de fusion.

collectives d'une branche ou de fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives.

277. En ce qui concerne la méthode de fusion des branches, la loi du 8 août 2016 a prévu deux manières d'arriver au nombre souhaité « autour de 200 branches »⁶⁴¹ : la conclusion par les partenaires sociaux d'accords de regroupement entre branches professionnellement proches, et la fusion forcée.

Tout d'abord, consacrer la discussion entre partenaires sociaux comme moyen privilégié est porteur d'un symbole fort : la priorité est donnée aux premiers concernés par la réorganisation des branches pour réaliser celle-ci. Il s'agissait d'ailleurs de la seule méthode évoquée par le rapport de Virville, « dans le respect de la liberté d'association »⁶⁴². Il s'agit là d'une volonté du législateur de cohérence et d'harmonisation des branches : qui de mieux placé que les personnes directement concernées par la fusion, conscientes de la réalité socio-économique de leur branche respective, pour réaliser le rapprochement ? La sécurité juridique est alors assurée grâce à la pertinence de la norme produite.

L'autre méthode consiste en une fusion forcée « du champ d'application des conventions collectives d'une branche avec celui d'une branche de rattachement présentant des conditions sociales et économiques analogues »⁶⁴³, ou la fusion de « plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives »⁶⁴⁴ sous différentes conditions, lorsque la branche compte moins de 5 000 salariés ou que celle-ci « a une activité conventionnelle caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés »⁶⁴⁵ au cours des deux dernières années⁶⁴⁶. Premièrement, quand le ministre en charge du travail envisage une fusion de branches, il doit, si les conditions sont réunies, publier un

⁶⁴¹ V. Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, spéc. à propos de l'article 14. V. aussi l'article 25, II de la loi du 8 août 2016.

⁶⁴² Rapport de Virville, p. 75.

⁶⁴³ Art. L. 2261-32, I C. trav.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*, I, 2°. La procédure de fusion n'a d'ailleurs pas comme seul objectif la rationalisation des branches. L'évolution récente tend à la transformer en une sanction puisque ce critère a été étendu par la loi « Pouvoir d'achat » qui prévoit la menace de fusion pour inciter les branches à négocier des accords garantissant des minima conventionnels au moins au niveau du SMIC (article 7 de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, *JORF* n° 0189 du 17 août 2022, texte n° 2).

⁶⁴⁶ Art. R. 2261-15 C. trav., dans sa rédaction issue du décret du 14 février 2023 (Décret n° 2023-98 du 14 février 2023 portant application des dispositions de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat en matière de négociation collective et d'épargne salariale, *JORF* n° 0040 du 16 février 2023, texte n° 19).

avis au Journal officiel pour « invit[er] les organisations et personnes intéressées à faire connaître, dans un délai [de quinze jours⁶⁴⁷], leurs observations sur ce projet de fusion ». L'alinéa suivant oblige l'avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective. À ce stade, l'alinéa qui suit permet à deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés représentées au sein de la Commission de proposer une autre branche de rattachement. Cela nécessite à nouveau la consultation de la Commission qui a alors un mois pour rendre un avis motivé⁶⁴⁸. Il convient de noter que la formulation aurait mérité une rédaction légèrement différente : pourquoi seulement deux organisations patronales OU deux organisations syndicales ? En effet, tout laisse à penser que la proposition ne peut être faite par une de chaque, conjointement. Une telle rédaction est dommageable car la prise en compte d'une demande conjointe aurait été davantage un signe de richesse – et de réussite – du dialogue social.

Quoi qu'il en soit, si le dialogue n'a pas abouti, que les partenaires sociaux ne se sont pas saisis du sujet, et que la Commission nationale de la négociation collective n'a pas émis d'avis contraire motivé, le ministre en charge du travail peut prononcer la fusion. La philosophie passe alors à l'opposé de celle du dialogue social et le législateur prend la main pour s'assurer de la réalisation de l'intérêt général en « forçant » les partenaires sociaux. La sécurité juridique se trouve alors fragilisée car un risque de mauvaise fusion ou de fusion trop rapide existe, même en cas d'avis favorable de la Commission nationale de la négociation collective.

278. Le résultat de cette procédure est une évolution structurelle des branches, encadrée, permettant globalement⁶⁴⁹ la sécurisation des conventions et accords collectifs avant et après

⁶⁴⁷ Art. D. 2261-14 C. trav. À noter que cet article, créé par le décret n° 2016-1399 du 19 octobre 2016 dispose : « Le délai mentionné au huitième alinéa du I et au deuxième alinéa du II de l'article L. 2261-32 est de quinze jours ». Or, l'article L. 2261-32 a subi l'ajout d'un alinéa par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 (« 6° En l'absence de capacité à assurer effectivement la plénitude de ses compétences en matière de formation professionnelle et d'apprentissage »). L'article D. 2261-14 n'ayant pas été modifié, l'alinéa 8 est en réalité aujourd'hui l'alinéa 9. Un exemple discret, mais flagrant des erreurs qui peuvent se glisser en cas de réformes successives (l'article L. 2261-32 a été modifié presque chaque année depuis sa création).

⁶⁴⁸ Art. D. 2261-15, al. 3 C. trav.

⁶⁴⁹ Comme le rappelle Monsieur le Professeur Bernard Teyssié : la fusion des branches « a souvent permis de procéder à des regroupements de moyens se traduisant par la mise en place d'équipes fortes de compétences mises au service des négociateurs des conventions et accords forgés dans ce périmètre permettant, ce qui est plus que jamais indispensable, une mise à jour régulière des stipulations arrêtées » – B. Teyssié, « La négociation collective d'entreprise ou l'enclos des illusions », *Dr. soc.* 2022, p. 377. Cependant nous avons vu que des difficultés peuvent apparaître en cas de fusion forcée, laquelle pose notamment la question de la liberté conventionnelle (V. supra. V égal. B. Gomes, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », *Dr. soc.* 2020, p. 366). Pour une présentation générale, V. J. Barthélémy, G. Cette,

la fusion grâce au renforcement de la cohérence des branches sans la fragilisation des normes conventionnelles existantes. À côté de cette sécurisation des évolutions structurelles des branches professionnelles, une autre sécurisation est réalisée, cette fois au niveau des entreprises.

2. La sécurisation des évolutions structurelles des entreprises

279. Les évolutions structurelles peuvent concerner les entreprises, notamment en cas de fusion, cession ou scission. Avant de risquer la mise en cause irrémédiable des accords collectifs et réguler ses effets⁶⁵⁰, le législateur prévoit la possibilité d'anticiper les évolutions structurelles des entreprises grâce aux accords de substitution dont deux formes existent⁶⁵¹.

La première possibilité est abordée par les articles L. 2261-14 et L. 2261-14-2 du Code du travail. Il s'agit de la négociation et conclusion d'un accord de substitution soit un accord mis en cause, soit « dès lors qu'est envisagée une fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord »⁶⁵². Dans cette dernière situation, une négociation entre les employeurs des structures concernées par le projet risquant la mise en cause d'un accord collectif et les représentants des salariés de la structure transférée peut être engagée. Il ne s'agit pas d'une obligation faite aux partenaires sociaux, mais plutôt d'une sécurisation de la pratique en cas de volonté de négocier un accord dans un contexte d'évolution structurelle de l'entreprise. Considéré comme un accord de transition par certains⁶⁵³, il permet, pendant une durée maximale de trois ans à compter de « la date de réalisation de l'événement ayant entraîné la mise en cause », d'assurer un passage conventionnel en douceur et d'anticiper les conséquences de l'évolution structurelle.

La seconde possibilité est traitée par l'article L. 2261-14-3 du Code du travail qui prévoit là aussi la conclusion d'un accord de substitution « dès lors qu'est envisagée une

G. Koudadje, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.* 2020, p. 455.

⁶⁵⁰ V. infra., section suivante, §1.

⁶⁵¹ À noter qu'en cas d'absence d'accord de substitution, un employeur peut maintenir, par décision unilatérale, les dispositions conventionnelles de la structure absorbée seulement si ces dispositions sont plus favorables que celles applicables dans la structure absorbante : Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-15.920, publié au bulletin : *Dr. soc.* 2021, p. 665.

⁶⁵² Art. L. 2261-14-2, al. 1 C. trav.

⁶⁵³ J.-F. Cesaro, « Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016 », *JCP S* 2016, 1301.

fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord »⁶⁵⁴, à la différence que cet accord est négocié avec l'ensemble des employeurs et représentants des salariés des structures concernées par l'évolution structurelle (entreprise absorbée comme absorbante). Avec un encadrement beaucoup plus souple que dans le cadre de l'accord de transition⁶⁵⁵, cet accord de substitution a pour objectif de succéder aux accords risquant la mise en cause à la suite de l'évolution structurelle : l'accord né de cette procédure sera le nouveau cadre juridique conventionnel pour l'ensemble des salariés des différentes entités concernées par l'évolution.

280. L'évolution structurelle peut aussi toucher à la structure du dialogue social dans l'entreprise. Se pose alors également la question en cas de disparition des parties signataires, notamment en cas de perte de représentativité des organisations syndicales. Là aussi le législateur est intervenu avec l'article L. 2261-14-1⁶⁵⁶. Il s'agit là de sécuriser juridiquement et éviter un vide conventionnel non prévu⁶⁵⁷.

Cependant, en sécurisant un tel accord, le législateur choisit de ne pas tirer l'ensemble des conséquences liées au désengagement des salariés par leur vote. Car c'est bien la perte de « la qualité d'organisation représentative » qui est explicitement prévue ; qualité obtenue grâce aux votes des salariés, destinataires de la norme. L'on pourrait penser que le législateur privilégie l'acte juridique à la volonté des individus. Pour autant, il n'en est rien.

Une prise de recul sur la question permet de mieux comprendre la façon dont le législateur tient compte de la volonté des salariés. Tout d'abord, cela évite un brutal vide juridique pour toutes les situations qui étaient jusqu'alors régies par l'accord collectif dont les parties syndicales signataires ont perdu leur caractère représentatif. Autrement dit, l'accord collectif, une fois créé comme tel, vit une existence juridique indépendante de celle de ses créateurs. Mais surtout, cela ne nie pas toute prise en compte de la – nouvelle – volonté des salariés : par leur vote, soit de nouvelles organisations syndicales sont devenues

⁶⁵⁴ Art. L. 2261-14-3 C. trav.

⁶⁵⁵ Notamment par rapport à l'absence de durée maximale de l'accord de substitution négociée dans ces conditions.

⁶⁵⁶ « La perte de la qualité d'organisation représentative de toutes les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de cette convention ou de cet accord ».

⁶⁵⁷ Dans une telle situation, l'employeur devra soit négocier un avenant, soit un nouvel accord avec les organisations syndicales représentatives restantes s'il y en a. Dans la négative, il devra dénoncer l'accord s'il souhaite modifier ses effets.

représentatives et pourront négocier, le cas échéant, de nouveaux accords collectifs qui satisferont la majorité des salariés votants, soit il n'y a plus aucune organisation syndicale représentative et les salariés pourront négocier directement avec l'employeur⁶⁵⁸.

281. Le législateur a donc prévu de nombreuses dispositions pour assurer la stabilité des normes conventionnelles grâce à une adaptabilité de celles-ci à leur environnement juridique. Toutefois, il peut arriver qu'un accord collectif ne puisse éviter la disparition. Selon le motif de cette dernière, il existe aussi des dispositifs qui permettent d'en limiter les conséquences.

SECTION 2 : LA STABILITE ASSUREE PAR LA CONTINUITE

282. Nous évoquons plus haut les reproches faits à la loi quant à sa rigidité et son manque d'adaptation. À l'inverse, l'adaptabilité de l'accord permise par le caractère contractuel de la norme se fait au prix d'une disparition plus aisée de celle-ci.

Malgré l'ensemble des moyens vus précédemment pour permettre une adaptabilité de l'accord collectif aux diverses évolutions auxquelles il peut être confronté, il peut arriver que ces moyens soient insuffisants, voire que des événements ou des actions conduisent à la disparition de l'accord collectif. Tel est le cas lors de la mise en cause de l'accord collectif, sa dénonciation ou sa nullité⁶⁵⁹. Lors de la survenance de telles « crises juridiques », les fondations profondes de l'accord collectif sont mises à mal et l'acte risque de disparaître. Il est alors possible de prévoir des limites à la fois dans les causes et dans les conséquences de ces crises et éviter une fin brutale de l'accord collectif qui pourrait avoir des répercussions importantes sur les situations régies. Autrement dit, il est nécessaire d'atténuer les conséquences de la disparition de l'accord collectif, notamment pour les salariés, en permettant une continuité de l'accord.

⁶⁵⁸ Sur cette question, v. supra la section sur la légitimité en fonction des auteurs de la norme.

⁶⁵⁹ Pour une présentation plus large et synthétique des sanctions applicables à l'accord collectif et, plus généralement, à la négociation collective, v. G. François, « Négociation collective et accord collectif : quelle classification des sanctions ? », *Dr. soc.* 2023, p. 196.

Le législateur a ainsi encadré ces bouleversements juridiques en prévoyant des limites en cas de mise en cause d'un accord collectif ou de dénonciation (§1), mais également en cas de nullité de l'accord⁶⁶⁰ (§2).

§1. LA STABILITE PEU FRAGILISEE PAR LA MISE EN CAUSE ET LA DENONCIATION

283. La mise en cause de l'accord collectif est la disparition de l'acte conventionnel en raison « de la fusion, cession, scission, changement d'activité, (...) sans qu'il soit besoin d'une dénonciation »⁶⁶¹. L'élément central de la mise en cause est la survenue d'un élément extérieur touchant essentiellement à la structure dans laquelle évolue l'accord collectif causant une disparition indirecte de l'acte. La dénonciation va en revanche concerner la norme conventionnelle elle-même, causant sa disparition directe en raison d'une action destinée à ce seul effet par les parties à l'accord.

Ces deux possibilités de disparition de l'accord collectif, aux conséquences extrêmement lourdes sur les situations régies par la norme amenée à s'éteindre, sont toutefois limitées grâce au législateur qui va permettre un maintien des dispositions de l'accord voué à disparaître (**A**). En ce qui concerne la dénonciation spécifiquement, cette action est drastiquement encadrée (**B**) permettant une utilisation réduite et ainsi un renforcement de la stabilité des accords collectifs.

A. LE MAINTIEN DES DISPOSITIONS DE L'ACCORD DENONCE OU MIS EN CAUSE : UNE SURVIE AU-DELA DE LA DISPARITION DE L'ACCORD

284. Malgré une disparition inéluctable de l'accord collectif, le législateur a développé des moyens de survie destinés à assurer une période de transition et éviter une disparition trop brutale de l'acte conventionnel grâce au maintien provisoire de la totalité des dispositions de l'accord collectif (**1**). Une fois le délai de survie dépassé, un autre mécanisme de maintien – cette fois-ci définitif – est prévu pour certaines dispositions précises de l'accord collectif dénoncé ou mis en cause (**2**).

⁶⁶⁰ Nous ne traiterons pas ici de l'hypothèse de caducité de l'accord, hypothèse encore peu fréquente. Pour une présentation de la sanction appliquée à l'accord collectif, v. C. Mariano, « La caducité de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2023, p. 225.

⁶⁶¹ Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-15.920 : *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1948, p. 15 ; *BJT* 2021, n° 5, p. 30.

1. Un maintien total provisoire

285. Du fait de son objectif historique de création de nouveaux droits pour les salariés, certains auteurs ont pu proposer ce que l'on peut appeler la théorie de l'incorporation de l'acte collectif dans les contrats de travail. Il s'agit d'intégrer les dispositions de l'accord collectif au sein du contrat de travail des salariés pour pleinement les contractualiser. Ces dispositions négociées collectivement s'appliqueraient individuellement une fois l'accord entré en vigueur et ainsi de façon indépendante : en cas de disparition de l'accord collectif, les dispositions seraient maintenues dans le contrat de travail. Cette théorie a été rejetée par la jurisprudence dès les années 1950⁶⁶².

286. Le législateur est intervenu avec la loi du 13 juillet 1971 en instituant le mécanisme que nous connaissons aujourd'hui : une survie des dispositions de l'accord collectif dénoncé ou mis en cause. Pendant une durée de douze mois⁶⁶³ suivant un préavis d'une durée de trois mois minimum⁶⁶⁴, un accord collectif conserve une valeur juridique. Tel un écho continuant d'exister après le son qui l'a produit, les effets juridiques persistent une fois l'acte pourtant disparu. Autrement dit, les parties ne peuvent être libérées de leurs obligations à la fin du préavis, l'accord collectif demeurant l'acte qu'il était initialement, mais sa fin est dorénavant programmée.

Cette particularité propre aux accords collectifs se fonde à l'origine sur l'objectif de préservation des avantages acquis par les salariés. Une résurgence d'une époque où l'accord collectif avait pour seule vocation d'être meilleur que la loi à l'égard des salariés. Pour autant, les évolutions menées en particulier depuis les années 1980 n'ont pas remis en cause le principe issu de la loi de 1971.

287. Au-delà d'un simple maintien des effets d'un acte juridiquement condamné, le système mis en place par le législateur permet de figer l'acte conventionnel et ses effets afin de laisser le temps aux partenaires sociaux d'adapter l'ancien accord ou de s'adapter en négociant un nouvel accord. En maintenant un acte juridique qui aurait dû disparaître à l'issue du préavis, l'État force les signataires de l'acte initial à respecter leur engagement

⁶⁶² Cass. soc., 3 mars 1955, *Bull.* IV, n° 180 ; CA Rouen, 9 janvier 1964, *JCP* 1964. II. 13772, note A. Rouast.

⁶⁶³ Art. L. 2261-10 et suivants C. trav.

⁶⁶⁴ *Ibid.* pour la dénonciation. Pour la mise en cause, v. Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-41.983, *Bull. civ.* V, n° 176 ; *Dr. soc.* 1993, p. 659, rapp. P. Waquet.

pendant une durée déterminée. L'acte existe toujours, mais sous une autre forme, ou plutôt sous son ultime forme, figée. Un tel dispositif peut être perçu comme une reconnaissance d'un bien commun qui ne peut pas disparaître brutalement aux yeux de tous par la volonté de quelques-uns.

L'accord collectif, une fois valablement conclu, dépasse les partenaires sociaux qui l'ont créé. Il rayonne au-dessus de l'ensemble des individus de sorte que si l'accord cesse d'exister, il continue d'appartenir en quelque sorte à ses destinataires qui peuvent toujours en bénéficier : dans le cas d'une dénonciation, la volonté d'une partie à l'accord est de mettre fin à celui-ci tandis que la volonté de l'État sera de sécuriser les rapports juridiques en permettant aux individus (employeur, organisations syndicales et salariés) de prévoir suffisamment à l'avance « l'après ».

Les négociateurs ont toutefois la possibilité de s'approprier cette survie exceptionnelle en stipulant une durée supérieure aux douze mois légaux⁶⁶⁵. Ils ont également la possibilité de renégocier un nouvel accord collectif qui s'appliquera avant la fin de la survie de l'ancien accord⁶⁶⁶.

288. Une fois la période de survie dépassée, si aucun accord de substitution n'a été négocié, l'accord collectif dénoncé ou mis en cause s'éteint. Néanmoins, le législateur a également prévu un autre moyen de maintenir définitivement certaines dispositions de l'accord collectif.

2. Un maintien partiel définitif

289. Seules certaines dispositions peuvent subsister de manière plus durable. Il s'agit de ce que l'on connaissait jusqu'en 2016 sous le nom d'avantages individuels acquis. Issu des lois Auroux de 1982, le principe n'était pas totalement inconnu de la pratique puisque certaines conventions collectives prévoyaient depuis longtemps un maintien similaire⁶⁶⁷. Selon ce principe, « les salariés (...) conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration [du délai de survie] »⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Cass. soc. 12 février 1991, n° 89-45.314.

⁶⁶⁶ Art. L. 2261-10, al. 2 C. trav.

⁶⁶⁷ G.-H. Camerlynck, « La clause de maintien des avantages acquis dans les conventions collectives », *Dr. soc.* 1959, p. 406.

⁶⁶⁸ Art. L. 2261-13 C. trav. dans sa rédaction antérieure au 10 août 2016.

Cependant, aucune définition légale n'a été prévue malgré celle envisagée par Jean Auroux : « on appelle avantages individuels des éléments comme le salaire, le congé d'ancienneté, les primes d'ancienneté qui sont intégrés au contrat de travail et qui, à ce titre, ont été acquis, utilisés ou perçus par le salarié »⁶⁶⁹. La notion d'avantage individuel acquis a donc fait l'objet d'une jurisprudence abondante pour tenter de clarifier ce qu'était un avantage de ce qui ne l'était pas, comment distinguer l'individuel du collectif et à partir de quand est-ce qu'il était acquis. L'on peut retenir la définition admise par la Cour de cassation à savoir « qu'un avantage individuel acquis (...) est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel »⁶⁷⁰.

290. Malgré les apports jurisprudentiels, la notion d'avantage individuel acquis était perçue comme une « notion floue »⁶⁷¹, « mystérieuse »⁶⁷² en raison de l'absence de définition légale. En est résulté un besoin de « clarifier les effets de la dénonciation et de préciser ce qui doit être maintenu dans le contrat de travail du salarié »⁶⁷³.

C'est dans cet objectif que la loi du 8 août 2016 va donc réformer la notion d'avantages individuels acquis en les muant en une garantie de rémunération, se rapprochant de la définition envisagée par Jean Auroux chez qui, à part les congés, la notion était essentiellement liée à la question de la rémunération. Ainsi, « les salariés des entreprises concernées bénéficient d'une garantie de rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l'accord dénoncé et du contrat de travail, lors des douze derniers mois ».

Pour faciliter la compréhension et surtout sécuriser les pratiques, la loi du 29 mars 2018 a quant à elle inséré un nouvel alinéa aux articles L. 2161-13 et L. 2161-14 en

⁶⁶⁹ Cité par C. Sirugue, Rapport AN n° 3675 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, p. 351.

⁶⁷⁰ Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651 : *Dr. soc.* 2001, p. 571 ; *RDSS* 2001, p. 574 ; *Dr. ouvr.* 2002, n° 642, p. 75. Définition acquise depuis Cass. soc., 27 octobre 1998, nos 96-40.881 et 96-40.880 : *RJS* 12/98, p. 923 ; *JSL* 1999, n° 28.

⁶⁷¹ Rapport AN n° 3675, *op. cit.*, p. 350.

⁶⁷² J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015, p. 60.

⁶⁷³ Rapport AN n° 3675, *op. cit.*, p. 352.

prévoyant explicitement que « [la] garantie de rémunération peut être assurée par le versement d'une indemnité différentielle entre le montant de la rémunération qui était dû au salarié en vertu de la convention ou de l'accord dénoncé et de son contrat de travail et le montant de la rémunération du salarié résultant de la nouvelle convention ou du nouvel accord, s'il existe, et de son contrat de travail ».

291. L'objectif de sécurité juridique est pleinement atteint⁶⁷⁴ : grâce à la capacité de survie de l'accord collectif, les relations et situations de fait restent régulées, gardent leur assise juridique et les individus disposent d'un délai suffisant pour s'adapter ou se préparer à la disparition de la règle. Cependant, cette sécurité se fait au travers de ce que l'on pourrait appeler une « dépossession » des partenaires sociaux au profit des salariés – l'employeur ne pouvant même plus modifier les garanties maintenues sans l'accord du salarié : le bien commun devient bien individuel.

On observe alors, grâce aux avantages individuels acquis devenus garantie de rémunération, une consécration partielle de la théorie de l'intégration. Les avantages acquis étaient d'ailleurs, selon la jurisprudence, explicitement « intégrés au contrat de travail »⁶⁷⁵. En outre, en transformant ces avantages individuels acquis en garantie de rémunération, le législateur a renforcé leur caractère contractuel, la rémunération en étant un élément essentiel. Une petite nuance mérite d'être apportée avec les accords à durée déterminée qui voient la garantie de rémunération appliquée jusqu'à la date initiale du terme de l'accord dénoncé ou mis en cause si ce terme est postérieur à la date de fin de la période de survie⁶⁷⁶.

292. Les conséquences d'une mise en cause ou d'une dénonciation d'un accord collectif sont ainsi grandement limitées. Une autre limite à la disparition de la norme conventionnelle concerne le processus de dénonciation en particulier qui connaît un encadrement important de la part du législateur.

⁶⁷⁴ Pour une critique, v. A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis. Étude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 51.

⁶⁷⁵ Cass. soc., 6 novembre 1991, n° 87-44.507 : *Bull. civ.* V, n° 479 ; *Cah. soc.* 1991, A. 60 ; *D.* 1992. Somm. 295, obs. M.-A. Rotschild-Souriac.

⁶⁷⁶ Art. L. 2161-14, al. 4 C. trav.

B. L'ENCADREMENT DES AUTEURS DE LA DENONCIATION

293. La dénonciation d'un accord collectif est un acte lourd de conséquences et fort en valeurs véhiculées. On ne cherche pas simplement à modifier, même en profondeur un accord : la dénonciation signifie la fin, programmée, d'un accord conclu initialement pour une durée indéterminée. Il n'existe, à notre connaissance, aucune étude menée sur les raisons poussant les partenaires sociaux à dénoncer un accord⁶⁷⁷. Seules les statistiques permettent de quantifier le nombre de dénonciations chaque année⁶⁷⁸.

Moyen de disparition de l'accord collectif, la dénonciation est très encadrée par le législateur selon qu'elle concerne un accord signé par des représentants des salariés (1) ou par les salariés directement (2), permettant d'assurer une stabilité à l'accord collectif et limiter les hypothèses d'extinction : il ne s'agit pas de permettre l'adaptation de l'accord, mais de réduire le risque de dénonciation.

1. La dénonciation limitée de l'accord signé par les partenaires sociaux

294. Les bases de la procédure de dénonciation des accords collectifs sont posées par l'article L. 2261-9 du Code du travail. Dès le premier alinéa, la dénonciation est doublement limitée puisque seuls les accords collectifs à durée indéterminée peuvent être dénoncés, et seules les parties signataires de l'accord peuvent le faire.

Cette affirmation de la nature contractuelle de l'accord collectif démontre une volonté du législateur de ne pas fragiliser l'accord régulièrement créé, notamment au regard de l'évolution des modalités de négociation et de signature des accords collectifs. En effet, dans le cas d'un accord collectif ayant été signé par 30 % des organisations syndicales représentatives, il aurait été possible de permettre une dénonciation à l'initiative de 50 % des organisations syndicales représentatives n'ayant pas signé l'accord. Voire instituer un délai à partir duquel cette dénonciation par les non-signataires pouvait être faite – par exemple au bout d'un an d'application, ou un tiers de la durée en cas d'accord à durée déterminée.

En outre, le fait de limiter au cas des accords à durée indéterminée la procédure de dénonciation renforce la stabilité des accords à durée déterminée puisqu'une fois qu'ils sont

⁶⁷⁷ Plusieurs raisons peuvent être néanmoins avancées : accord devenu inadapté au fonctionnement de l'entreprise, accord trop coûteux aux yeux de la Direction, volonté d'un profond changement, pression des organisations syndicales pour ouvrir de nouvelles négociations, etc.

⁶⁷⁸ Par exemple, en 2019, le nombre de dénonciations d'accords enregistrés par la DARES s'élevait à 1 480, soit 1,4 % des enregistrements (*La négociation collective en 2019*, DARES Analyses, 2020, p. 217).

signés et que le délai de prescription de l'action en nullité est dépassé⁶⁷⁹, le seul événement pouvant les déstabiliser est la mise en cause. La stabilité des accords collectifs à durée indéterminée est quant à elle assurée par l'instauration d'un préavis de trois mois, qu'importe que la dénonciation soit le fait de tout ou partie des signataires.

295. Un autre élément de stabilité face à la dénonciation est apporté par l'article L. 2261-11 du Code du travail. Au travers de cet article, il s'agit d'encadrer la dénonciation faite par une partie des signataires. Le premier alinéa assure une survie totale de l'accord, sans la moindre exigence de représentativité des signataires restants. Cette absence conforte grandement la stabilité de l'accord collectif, notamment avec le développement du principe majoritaire lors de la signature. Une exigence d'un maintien de représentativité à 30 % n'aurait pas été surprenante.

De plus, le second alinéa de l'article L. 2261-11 prévoit que, sauf clause prévoyant une durée plus longue, « les dispositions de la convention ou de l'accord continuent de produire effet à l'égard des auteurs de la dénonciation jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis ». Grâce à ces dispositions, les signataires ne peuvent donc pas se retirer brutalement d'un accord qu'ils ont signé. On assiste alors, au-delà de la stabilité de l'accord collectif, à une stabilité des engagements⁶⁸⁰.

296. La dénonciation d'un accord collectif signé par des partenaires sociaux reste relativement simple et connue car historiquement inscrite dans l'essence contractuelle de la norme conventionnelle. Avec l'apparition de la possibilité de conclure des accords collectifs directement avec les salariés dans le cadre d'une approbation d'un projet d'accord, il a fallu encadrer le processus de dénonciation de cette nouveauté.

⁶⁷⁹ V. infra.

⁶⁸⁰ Cette stabilité des engagements se ressent également dans l'impossibilité de dénonciation des accords collectifs à durée déterminée.

2. La dénonciation personnalisable du projet d'accord approuvé par les salariés

297. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 n'a pas prévu le régime de la dénonciation du projet d'accord ratifié. C'est la loi du 29 mars 2018⁶⁸¹ qui a encadré la dénonciation à l'initiative de l'employeur ou des salariés.

Les règles propres à la dénonciation de ce type d'accord ne font pas l'objet d'un article du Code du travail distinct, mais sont discrètement insérées dans l'article L. 2232-22, aux deux derniers alinéas. Le premier d'entre eux traite de la dénonciation à l'initiative de l'employeur⁶⁸². Peu novatrices, elles ne font que reprendre les modalités de la dénonciation des accords collectifs « classiques » en prévoyant l'application des articles L. 2261-9 à L. 2261-13 du Code du travail⁶⁸³. Cependant, là où ces derniers voient leur dénonciation relativement encadrée, les projets d'accord approuvés ont la possibilité de prévoir leurs modalités de dénonciation. Cette nouvelle possibilité renforce les possibilités de personnalisation des stipulations de l'accord permettant de correspondre aux réalités de l'entreprise. Aucune réserve n'est apportée par le législateur : l'employeur peut, par exemple, prévoir une dénonciation écrite par courrier individuel ou via un simple affichage, ou orale.

298. Le dernier alinéa de l'article L. 2232-22 du Code du travail prévoit la dénonciation à l'initiative des salariés. Là encore, une liberté est accordée au projet d'accord quant aux conditions de mise en œuvre de la dénonciation avec l'application supplétive des articles

⁶⁸¹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076 du 31 mars 2018, texte n° 1.

⁶⁸² Art. L. 2232-33, al. 2 : « L'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu peut être dénoncé à l'initiative de l'employeur dans les conditions prévues par l'accord ou à défaut de stipulation expresse par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13 ».

⁶⁸³ Il est intéressant de relever que la supplétivité touche l'ensemble de la section 5 dédiée à la dénonciation, laissant penser que le projet d'accord peut prévoir des stipulations sur tous les domaines abordés, notamment en ce qui concerne la garantie du maintien de rémunération de l'article L. 2261-13. Sans une intervention jurisprudentielle créant une interprétation favorable aux salariés, il est alors possible que le projet d'accord ratifié soit plus stable ou, plus probablement, moins stable en n'étant pas concerné par les garanties et divers maintiens prévus par le législateur dans le cadre de la dénonciation des accords collectifs conclus avec les partenaires sociaux.

L. 2261-9 à L. 2261-13 du Code du travail⁶⁸⁴. La différence tient aux réserves apportées par le législateur.

En effet, pour que les salariés puissent régulièrement dénoncer, que le projet d'accord prévoie des modalités ou non, il faut qu'ils soient les deux tiers du personnel à notifier « collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur » et qu'ils le fassent « pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord ». Le parallélisme apporté par l'exigence des deux-tiers ne requiert pas de remarque. En revanche, il est évident que la dernière modalité limite de façon draconienne la possibilité de dénonciation, renforçant de façon exponentielle la stabilité de l'accord collectif.

Certains auteurs estiment qu'il y a « matière à une possible question prioritaire de constitutionnalité »⁶⁸⁵ en raison d'une violation du principe d'égalité prévu par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Autant la probabilité d'une QPC est faible⁶⁸⁶, autant il est vrai que la condition posée par la dernière phrase de l'article L. 2232-22 est intrigante et limite grandement la possibilité de dénonciation. On est sans conteste sur une sécurisation juridique de la part du législateur⁶⁸⁷, particulièrement importante en raison du délai considérablement restreint. Néanmoins, une telle restriction, bénéfique pour la stabilité de l'accord, peut s'avérer délétère pour sa pertinence aux réalités de l'entreprise et surtout aux besoins et attentes des salariés. Limiter aux deux tiers des salariés à partir d'un an après la conclusion de l'accord par exemple aurait été certes une fragilité pour la stabilité, mais un renforcement de la pertinence des stipulations de l'accord.

299. Les hypothèses de mise en cause et de dénonciation sont nombreuses. Pour chacune d'elles, le législateur a prévu des dispositions qui permettent d'assurer une stabilité de l'accord collectif et éviter une brusque disparition. Une autre hypothèse d'aléa dans la vie

⁶⁸⁴ Il est important de noter qu'en cas de stipulations expresses sur la dénonciation, seules celles-ci s'appliquent. Bien qu'il s'agisse d'un « accord », l'employeur peut décider finalement comment lui et ses salariés peuvent dénoncer l'accord, les salariés ne pouvant qu'approuver ou réprouver ces stipulations.

⁶⁸⁵ A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018, n° 840, p. 441 : « Autant l'on comprend que la révision et la dénonciation ne soient possibles qu'à la même condition de majorité renforcée que la conclusion (parallélisme oblige), autant l'on peine à comprendre pourquoi les salariés seraient contraints de réviser ou de dénoncer les accords dans le mois qui précède la date anniversaire ».

⁶⁸⁶ La communauté des salariés n'est pas, structurellement, comparable aux organisations syndicales, tout comme elle n'est pas comparable à l'employeur.

⁶⁸⁷ Il est toutefois possible de déceler une volonté d'éviter les dénonciations « coup de tête » hypothétiquement plus probables de la part d'une petite communauté de salariés – ou du moins des deux tiers d'entre eux – que de la part d'organisations syndicales.

juridique de l'accord collectif existe, hypothèse à laquelle le législateur a également apporté des limites : l'action en nullité.

§2. LA STABILITE PEU PERTURBEE PAR LA NULLITE

300. La nullité de l'accord collectif, action initiée pour faire reconnaître le défaut de validité⁶⁸⁸ ou de légalité de l'acte⁶⁸⁹, représente le plus grand risque⁶⁹⁰ auquel un acte juridique peut être confronté en raison des effets implacables : l'annulation rétroactive. Les conséquences sur les situations nées de l'acte nul sont alors immenses. En ce qui concerne l'accord collectif, l'employeur, les organisations syndicales et, plus directement, les salariés sont heurtés de plein fouet. Ces derniers sont davantage touchés car dans la grande majorité des cas, les accords collectifs créent à leur égard des droits et parfois des obligations. La disparition brutale et rétroactive peut être source de grande difficulté.

Dans la continuité de la confiance toujours plus grande que le législateur accorde aux partenaires sociaux⁶⁹¹, celui-ci va intervenir pour assurer une stabilité à l'accord collectif et limiter les effets d'une nullité une fois prononcée (**B**), mais aussi, et de façon plus prononcée, en amont en agissant directement sur le risque de nullité (**A**).

A. LA STABILITE FACE AU RISQUE DE NULLITE

301. Afin de réduire le risque de nullité d'un accord collectif, l'un des meilleurs moyens consiste à enfermer l'action en nullité dans un délai restreint : en instaurant une durée précise pour agir, au-delà de laquelle aucune action n'est possible pour réclamer la nullité d'un acte, celui-ci bénéficie d'une plus grande stabilité. En prolongement, plus le délai est réduit et moins les chances qu'une action en nullité soit intentée sont grandes. Une telle méthode a été employée en 2017 où le législateur a drastiquement réduit le délai d'action en nullité (**1**).

Cependant, même une fois le délai passé, il n'est pas impossible de faire disparaître un accord collectif, notamment grâce à l'exception d'illégalité. Pour autant, la

⁶⁸⁸ Par exemple le défaut de qualité des signataires. V. Cass. soc., 9 décembre 2014, n° 13-21.766 : *Bull. civ. V*, n° 283 ; *D.* 2015, p. 18 ; *RDT* 2015, p. 269, obs. H. Tissandier ; *JCP S* 2015, 1050, note L. Draï.

⁶⁸⁹ Par exemple en cas d'empiètement des partenaires sociaux sur le terrain du législateur. V. Cass. soc., 12 juillet 2018, n° 16-26.844 : *Bull. civ. V*, n° 145 ; *D.* 2018, p. 2203 ; *RDT* 2018, p. 689, obs. Y. Ferkane ; *JCP S* 2018, 1306, com. F. Bousez.

⁶⁹⁰ Sur l'intérêt à agir d'un individu, v. infra.

⁶⁹¹ V. supra, Titre précédent.

reconnaissance de l'application de l'exception d'illégalité, bien que réelle, n'a qu'un faible impact sur la stabilité juridique permise par la réduction du délai d'action en nullité (2).

1. La réduction drastique du délai d'action en nullité

302. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017⁶⁹² a créé l'article L. 2262-14 du Code du travail. Celui-ci prévoit que « toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois (...) ». Deux points de départ sont ensuite énumérés en fonction de l'initiateur de l'action en nullité – organisations syndicales ou autres⁶⁹³. La différence de point de départ n'appelle pas de remarque. Le délai institué appelle quant à lui davantage d'observations.

303. Pour mémoire, le délai d'action en nullité était jusqu'alors régi par les règles du droit commun issues du Code civil, à savoir cinq ans⁶⁹⁴. Dorénavant d'une durée de deux mois, la réduction du délai est significative.

Il est légitime de se demander la raison d'un tel choix. L'étude d'impact de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017⁶⁹⁵ nous apporte quelques éléments de réponse en indiquant une volonté de sécuriser les accords collectifs⁶⁹⁶, mais l'argument nous paraît maigre, constituant presque une lapalissade, puisqu'il est utilisé à chaque justification de réforme des conventions et accords collectifs de travail. Cela justifie la réduction du délai, mais ne justifie pas le choix de deux mois. Toutefois, ce délai n'était pas inconnu du Code du travail car il s'agissait déjà de celui appliqué pour les accords déterminant le contenu des

⁶⁹² Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

⁶⁹³ CSE, salarié, etc. Sur la question du point de départ pour l'action en nullité d'un accord de branche, v. Cass. soc., 21 septembre 2022, n° 20-23.500, publié au bulletin : *Dr. soc.* 2023, p. 60, obs. G. François.

⁶⁹⁴ Art. 2224 C. civ. En créant un délai de prescription pour l'action en nullité de l'accord collectif, l'État renforce l'émancipation de la norme conventionnelle de sa nature contractuelle au bénéfice d'une nouvelle nature propre à elle.

⁶⁹⁵ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0217 du 16 septembre 2017, texte n° 3.

⁶⁹⁶ C'est d'ailleurs l'objectif affiché pour l'article 4 de l'ordonnance. Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28 : « L'article 4 vise à sécuriser les accords ou conventions collectives ».

plans de sauvegarde de l'emploi⁶⁹⁷ ainsi que ceux déterminant le contenu des ruptures conventionnelles collectives⁶⁹⁸.

304. Quoi qu'il en soit, il est certain que le passage du délai de contestation de l'accord collectif de cinq ans à deux mois conduit à renforcer la stabilité et ainsi la légitimité de l'accord collectif puisque l'accession à cette stabilité se fait de facto plus rapidement. Certains auteurs y voient à juste titre une « sanctuarisation progressive du contentieux de l'accord collectif »⁶⁹⁹. Néanmoins, une telle intervention interroge quant à sa pertinence sur la sécurité juridique non pas des accords collectifs, mais des situations régies par eux.

A contrario, enfermer l'action en nullité dans un délai aussi restreint pourrait s'avérer délétère sur le long terme pour la sécurité juridique tant de l'accord collectif que des situations régies par lui car cela favorise les actions individuelles qui ne traitent pas des effets de l'acte normatif dans son ensemble : l'accord demeure applicable aux autres destinataires jusqu'à ce que ceux-ci agissent pour obtenir la nullité de l'acte à leur égard. Cette hypothèse est renforcée par l'intervention constitutionnelle qui est venue limiter celle de l'État en réaffirmant la possibilité de recourir à l'exception d'illégalité.

2. L'apport limité de l'exception d'illégalité

305. La décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018⁷⁰⁰ est venue fragiliser cette sanctuarisation en affirmant que « l'article L. 2262-14 du code du travail ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige

⁶⁹⁷ Art. L. 1235-7-1 C. trav.

⁶⁹⁸ Art. L. 1237-19-8 C. trav.

⁶⁹⁹ C. Pernot, L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les "ordonnances Macron" ? », *Dr. soc.* 2020, p. 43.

⁷⁰⁰ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *D.* 2018, p. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2018, p. 677, tribune C. Radé ; *ibid.*, p. 682, étude B. Bauduin ; *ibid.*, p. 688, étude A. Fabre ; *ibid.*, p. 694, étude Y. Pagnerre ; *ibid.*, p. 702, étude J. Mouly ; *ibid.*, p. 708, étude P.-Y. Verkindt ; *ibid.*, p. 713, étude G. Loiseau ; *ibid.*, p. 718, étude D. Baugard et J. Morin ; *ibid.*, p. 726, étude C. Radé ; *ibid.*, p. 732, étude P.-Y. Gahdoun ; *ibid.*, p. 739, étude L. He ; *RDT* 2018, p. 666, étude V. Champeil-Desplats ; *JCP S* 2018, act. 85 ; *ibid.*, 1181, étude C.-A. Célénicé ; *Sem. soc. Lamy* 2018, n° 1809, p. 2 ; *JSL* 2018, n° 454-12, p. 23 ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184. Sur le débat relatif à la recevabilité de la contestation, v. notamment les articles de D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », *JCP S* 2019, 1297, Y. Pagnerre, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - *De lege lata*, une action en inopposabilité », *JCP S* 2019, 1298, ainsi que 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, p. 43.

individuel la mettant en œuvre »⁷⁰¹. Ainsi, l'action en nullité des partenaires sociaux est drastiquement limitée à deux mois tandis que celle des salariés destinataires⁷⁰² de la norme conventionnelle est, par la voie de l'exception, théoriquement éternelle.

En effet, l'exception d'illégalité⁷⁰³, procédure pourtant propre aux actes réglementaires, est perpétuelle et n'est pas limitée aux actes non exécutés⁷⁰⁴ contrairement à l'action civile d'exception de nullité⁷⁰⁵. Un salarié pourrait dès lors faire reconnaître la nullité d'un accord collectif bien après les deux premiers mois de l'accord. Le contentieux du forfait-jours⁷⁰⁶ en est d'ailleurs une parfaite illustration⁷⁰⁷ – même s'il ne s'agit pas d'une réelle exception d'illégalité reconnue comme telle tant par le législateur que par la Cour de cassation – puisque des salariés obtiennent la nullité de leur convention individuelle de

⁷⁰¹ *Ibid.*, cons. n° 36.

⁷⁰² Le CSE et des syndicats non-signataires d'un accord peuvent également être recevables pour soulever l'exception d'illégalité. Cette possibilité de fondement jurisprudentiel (Cass. soc., 2 mars 2022, n°s 20-20.077, 20-18.442 et 20-16.002, publiés au Bulletin ; Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-19.286 : *D.* 2022, pp. 463 et 464 ; *RDT* 2022, p. 395, obs. D. Baugard ; *JCP S* 2022, 1093, note J.-F. Cesaro ; *ibid.*, 1102, com. N. Dauxerre ; *BJT* 2022, n° 05, p. 30, note F. Bergeron ; *Sem. soc. Lamy* 2022, n° 1995, obs. P.-H. Antonmattei ; *JSL* 2022, n° 541, note Q. Chatelier) connaît les mêmes limites que pour les organisations syndicales signataires, notamment pour le CSE signataire d'un accord de participation qui ne peut solliciter l'annulation d'une clause conduisant au calcul d'un montant de la réserve spéciale de participation inférieur à celui devant résulter de la formule légale (Cass. soc., 19 octobre 2022, n° 21-15.270, publié au bulletin : *D.* 2022, p. 1862 ; *RDT* 2023, p. 48, note D. Baugard ; *RJS* 1/23, n° 28).

⁷⁰³ À noter que la possibilité pour les salariés de recourir à l'exception de nullité est évoquée par certains auteurs, mais la mise en œuvre de cette exception est très limitée car seul le défendeur à l'instance peut en bénéficier, mais surtout parce que « l'exception de nullité n'est pas recevable à l'endroit d'un acte juridique ayant déjà reçu exécution » (Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1999, n° 97-16.454). Pour plus de détail sur « les écueils de l'exception de nullité, v. C. Pernot, L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les "ordonnances Macron" ? », *Dr. soc.* 2020, p. 43.

⁷⁰⁴ CE, sect., 10 février 1967, n° 59125, *Société des Établissements Petitjean et autres*.

⁷⁰⁵ L'exception d'illégalité soulevée à l'encontre d'un accord collectif relève bien de l'action existante pour les actes réglementaires ; elle ne relève pas de l'exception de nullité du nouvel article 1185 du Code civil qui prévoit que « l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». Autrement dit, si le contrat a déjà reçu exécution, l'exception de nullité ne peut être soulevée. La Cour de cassation a récemment rejeté la thèse civiliste (Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002), renforçant la nature réglementaire de l'accord collectif. V. F. Bergeron, « Accords collectifs : l'exception d'illégalité est ouverte aux syndicats non-signataires et aux CSE », *BJT* 2022, n° 05, p. 30. V. égal. F. Bergeron, « L'illégalité de l'accord collectif invoquée par voie d'exception », *Dr. soc.* 2023, p. 217.

⁷⁰⁶ V. *infra*.

⁷⁰⁷ L'illustration est parfaite puisque l'exception est faite sur la base d'une convention individuelle de forfait-jours qui constitue en quelque sorte un acte d'application de l'accord collectif – l'exception d'illégalité administrative nécessitant un acte individuel pris en application de l'acte potentiellement illégal. Toutefois, la notion d'« acte d'application » est moins précise et paraît surtout moins naturelle qu'en droit administratif. Le Conseil constitutionnel évoque d'ailleurs que la contestation peut être faite « à l'occasion d'un litige individuel (...) mettant en œuvre » une clause d'un accord collectif.

forfait-jours en faisant invalider les dispositions conventionnelles insuffisantes entrées en vigueur parfois plus de quinze ans avant l'action du salarié⁷⁰⁸.

306. En étendant la possibilité de soulever l'exception d'illégalité à d'autres non-signataires que les salariés – le CSE et les organisations syndicales⁷⁰⁹ – la Cour de cassation a fragilisé la stabilité des accords collectifs : plus de titulaires de l'action induit un risque plus important de nullité de l'accord. Néanmoins, cette ouverture est assortie de conditions⁷¹⁰ permettant une réduction du risque et donc une sécurisation des accords collectifs.

La jurisprudence a également apporté une limite aux conséquences de l'exception d'illégalité en cas de réussite de l'action. En effet, elle affirme que « lorsque l'illégalité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif est invoquée par voie d'exception, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande »⁷¹¹. Par conséquent, qu'un salarié, un CSE ou une organisation syndicale réussisse à faire reconnaître l'illégalité d'une clause d'un accord collectif, les conséquences ne sauraient emprunter la temporalité de l'action, mais demeurent cantonnées aux délais de prescription applicables⁷¹². Ainsi, la sécurité juridique de l'accord collectif en tant qu'acte est fragilisée, mais les situations régies par lui sont quant à elles sécurisées un minimum.

307. Malgré cette possibilité de remise en cause par la voie de l'exception d'illégalité, la sécurisation juridique des accords collectifs par l'assouvissement du besoin de stabilité avec la réduction du délai commun est réelle. La fixation d'un délai au juge pour rendre sa

⁷⁰⁸ Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-12.208 : les dispositions de la convention collective du bricolage ont été invalidées en 2021 alors qu'elles dataient de 2000, soit 21 ans après.

⁷⁰⁹ S'agissant de l'action en nullité initiée par les organisations syndicales, v. réc. G. Auzero, « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », *Dr. soc.* 2023, p. 212.

⁷¹⁰ Le point central de ces conditions est le respect des prérogatives reconnues par la loi. Pour le CSE : « un comité social et économique est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif aux motifs que cette clause viole ses droits propres résultant des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi » (Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, *op. cit.*, §8). Pour les organisations syndicales : « une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi » (Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, *op. cit.*, §9).

⁷¹¹ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, *op. cit.*, §10.

⁷¹² Par exemple, si un salarié obtenait la nullité d'une clause d'un accord collectif lui ouvrant droit à un rappel de salaire, il ne pourrait réclamer les sommes au-delà de trois ans.

décision⁷¹³ participe également à l'objectif de sécurité juridique des accords collectifs : plus vite le juge rendra sa décision et plus vite les situations seront réglées ou, en cas d'annulation, plus vite les partenaires sociaux pourront éventuellement renégocier les clauses litigieuses. Au-delà de ces hypothèses d'action en nullité, la nouvelle faculté accordée aux juges de modulation des effets de la nullité prononcée constitue un autre facteur de stabilité au service de la sécurité juridique.

B. LA STABILITE FACE A LA NULLITE PRONONCEE

308. La sécurité juridique de l'accord collectif est en partie liée à sa stabilité. Les actions initiées à son encontre, comme l'action en nullité, peuvent la fragiliser. Si cette action aboutit, les conséquences sur l'acte normatif et les situations qu'il régit sont drastiques : une fois la nullité prononcée, ses effets sont normalement la disparition pure et simple, rétroactive, de l'accord collectif. Pour limiter ces effets, l'État est également intervenu pour renforcer la stabilité de la norme conventionnelle.

Les ordonnances de 2017 ont ainsi créé une nouvelle faculté pour le juge amené à prononcer la nullité d'un acte en lui permettant de moduler les effets de l'annulation (1) dans le cadre d'un contrôle équilibré par la Cour de cassation permettant une souplesse dans le recours à cette modulation (2) assurant une stabilité minimale à l'accord amené à disparaître rétroactivement, et sécuriser juridiquement les effets de l'annulation.

1. La création d'une faculté de modulation des effets de l'annulation

309. La possibilité de modulation des effets de l'annulation, véritable « pouvoir » du juge est un autre apport de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017. L'actuel article L. 2262-15 du Code du travail dispose qu'« en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de

⁷¹³ Art. L. 2262-14-1 : « Lorsque le juge est saisi d'une action en nullité mentionnée à l'article L. 2262-14, il rend sa décision dans un délai de six mois ».

moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement ».

310. Cette faculté tire son origine de l'arrêt du Conseil d'État « AC ! »⁷¹⁴ sur l'annulation des arrêtés d'agrément des conventions d'assurance-chômage. En l'espèce, le Conseil d'État a reconnu cette faculté au juge administratif « eu égard à l'intérêt qui s'attache à la continuité du versement des allocations et du recouvrement des cotisations, à laquelle une annulation rétroactive des dispositions des arrêtés attaqués (...), porterait une atteinte manifestement excessive », permettant ainsi « au ministre chargé du travail ou, à défaut, au Premier ministre de prendre les dispositions nécessaires à cette continuité ».

Plus généralement, le considérant de principe énonce que cette faculté, accordée à titre exceptionnel, permet au juge de décider soit que tout ou partie des effets de l'acte en cause sont considérés comme définitifs, soit « que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ». Cela, sous réserve d'actions déjà engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause. La ressemblance avec la rédaction du nouvel article L. 2262-15 du Code du travail est frappante.

311. Malgré la consécration du principe « selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »⁷¹⁵, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que « la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif »⁷¹⁶. Cette particularité reconnue de façon prétorienne aux accords collectifs relatifs à la mise en place des institutions représentatives du personnel peut s'expliquer, selon Monsieur Ylias Ferkane⁷¹⁷, par leur spécificité – remettre en cause rétroactivement une institution représentative revient à potentiellement annuler également tous les actes formés et décisions prises – et par les évolutions apportées par les ordonnances

⁷¹⁴ CE, 11 mai 2004, n° 255886, AC ! : *AJDA* 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.*, p. 1049, tribune J.-C. Bonichot ; *ibid.*, p. 1219, étude F. Berguin ; *ibid.* 2014, p. 116, chron. J.-E. Schoettl ; *D.* 2004, p. 1499 ; *ibid.*, p. 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.*, p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; *Just. & cass.* 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; *Dr. soc.* 2004, p. 762, étude P. Langlois ; *ibid.*, p. 766, note X. Prétot ; *RFDA* 2004, p. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.*, p. 454, concl. C. Devys.

⁷¹⁵ Cass. soc., 9 décembre 2014, n° 13-21.766 : *RDT* 2015, p. 269 ; *Cah. soc.* 2015, p. 104 ; *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1657, p. 15.

⁷¹⁶ Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068 : *RDT* 2018, p. 689 ; *JSL* 2018, n° 459-4, p. 15 ; *Sem. soc. Lamy* 2018, n° 1823, p. 16.

⁷¹⁷ Y. Ferkane, « L'illégalité d'un accord collectif de travail : causes et conséquences », *RDT* 2018, p. 689.

de 2017 avec le CSE et la faculté de modulation des effets de l'annulation des dispositions d'un accord collectif.

Cependant, l'affirmation de la Cour est générale et péremptoire tandis que les possibilités de modulation semblent avoir été élaborées dans une acception d'espèce, au cas par cas. En outre, pas une seule fois l'article L. 2262-15 n'est visé dans l'arrêt. Or, c'est bien la première hypothèse de la spécificité qui semble prévaloir dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2018⁷¹⁸. En effet, il y est fait référence à plusieurs décisions dans le domaine des institutions représentatives du personnel où la Cour a jugé que l'annulation d'élections⁷¹⁹ ou d'un jugement reconnaissant une Unité Économique et Sociale⁷²⁰ ne remettait pas en cause rétroactivement les mandats des salariés élus.

2. La souplesse reconnue par la Cour de cassation : une contribution au besoin de stabilité des accords collectifs

312. La portée de la nouvelle faculté accordée au juge judiciaire a fait l'objet d'un premier arrêt de la Cour de cassation le 13 janvier 2021⁷²¹. En l'espèce, l'annexe 3 de la Convention collective nationale de l'édition phonographique portant sur des conditions d'emploi, de rémunération et de garanties sociales des artistes-interprètes a fait l'objet d'une demande d'annulation d'une partie de ses dispositions par un organisme de gestion collective des droits de propriété intellectuelle des artistes-interprètes et une organisation syndicale. Leur demande a été accueillie favorablement, mais la cour d'appel de Versailles a reporté les effets de l'annulation à compter du 1^{er} octobre 2019 – au lieu d'une rétroactivité jusqu'à la date de conclusion de l'accord en 2008. Se posait en particulier la question de l'application directe de l'article L. 2262-15 puisque l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles est un arrêt de renvoi, l'action en nullité ayant été introduite en 2009, mais également celle de la caractérisation de l'intérêt général permettant la modulation.

La Cour de cassation a jugé que l'article L. 2262-15 était d'application immédiate car il s'agit d'une disposition procédurale qui n'a pas fait l'objet de dispositions transitoires

⁷¹⁸ Cour de cassation, Rapport annuel 2018, p. 182 et s.

⁷¹⁹ Cass. soc., 15 avril 2015, n° 14-19.139 : *Bull. civ.* 2015, V, n° 80. Cass. soc., 11 mai 2016, n° 15-60.171 : *Bull. civ.* 2016, V, n° 91.

⁷²⁰ Cass. soc., 2 décembre 2008, n° 07-41.832 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 238, Rapport 2008, p. 244.

⁷²¹ Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-13.977, publié au bulletin : *D.* 2021, p. 84 ; *Dr. soc.* 2021, p. 377, obs. F. Bergeron-Canut ; *JCP S* 2021, 1080, note Y. Pagnerre ; *JCP E* 2017, n° 41, obs. A. Bugada ; *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1943, p. 8, obs. E. Peskine.

spécifiques dans la loi. En outre, la modulation est justifiée, notamment parce que l'annulation stricte, rétroactive, aurait conduit « à la remise en cause des sommes perçues par les salariés depuis une dizaine d'années, supposant un travail considérable, compliqué par l'ancienneté des situations établies avec une collecte de données de grande ampleur pour un résultat incertain en vue d'une reconstitution des droits de chacun ». Enfin, conformément aux dispositions de l'article L. 2262-15, les auteurs de l'action ne pouvaient être déboutés de leurs demandes de dommages et intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession au seul motif que la date d'effet de l'annulation a été reportée⁷²².

Ici, comme le rappelle explicitement la note accompagnant l'arrêt, la Cour de cassation exerce un contrôle lourd des motifs ayant conduit à la modulation des effets, mais exerce un contrôle léger des modalités de la modulation. Or, certains auteurs, comme Monsieur le Professeur Yannick Pagnerre, regrettent « la compréhension souple des conditions légales par la Cour de cassation »⁷²³.

313. Ce contrôle lourd paraît justement devoir être relativisé car la Cour de cassation n'a fait que reprendre les motifs de la Cour d'appel pour ensuite affirmer simplement : « Elle a ainsi caractérisé l'existence d'un intérêt général l'autorisant à reporter les effets de l'annulation de la clause »⁷²⁴. Le contrôle aurait été plus important si la Cour de cassation avait reconnu que la Cour d'appel eût « suffisamment caractérisé l'existence d'un intérêt général ». La Haute juridiction n'empiète pas sur le pouvoir d'interprétation des juges du fond.

La sécurisation juridique des situations nées d'accords collectifs annulés est alors facilitée par la Cour de cassation grâce à son interprétation souple des conditions légales et au contrôle léger des modalités permettant aux juges du fond d'user de leur pouvoir de modulation de la façon la plus adaptée au litige présenté.

314. Ainsi, contrairement à la compression du délai de l'action en nullité qui permet de stabiliser plus rapidement les accords collectifs, la modulation des effets de l'annulation des

⁷²² Cette position de la Cour d'appel, cassée par la Cour de cassation, fait une application des dispositions propres au droit administratif où le juge peut décider de valider les situations irrégulières pour le passé.

⁷²³ Y. Pagnerre, « Modulation judiciaire de l'annulation d'une clause d'un accord collectif », *JCP S* 2021, 1081. V. aussi E. Peskine, « Modulation des effets de l'annulation d'un accord collectif, la Cour de cassation ouvre le bal », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1943, p. 8 où l'auteur y voit l'ouverture de la boîte de Pandore.

⁷²⁴ Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-13.977, §10 : *op. cit.*

dispositions d'un accord permet de stabiliser, non pas l'accord en lui-même, mais les situations créées ou régies par lui. C'est un autre pan de la sécurité juridique qui est traité, car la nullité d'un accord – soit « l'effacement » rétroactif de celui-ci – peut avoir des conséquences considérables, notamment d'un point de vue économique.

315. Conclusion de chapitre. Pour assurer une stabilité minimale des accords collectifs – et donc les sécuriser juridiquement – le législateur peut ainsi agir soit sur les méthodes d'adaptation de l'acte juridique en le faisant évoluer ou en le stabilisant face aux évolutions qui s'imposent à lui, soit sur les faits générateurs directs de disparition de l'accord collectif et leurs effets. Cette stabilité nécessaire renforce la légitimité grandissante octroyée à l'accord collectif dans son processus de création, mais surtout dans l'acte lui-même ; tout comme la légitimité renforce la stabilité. L'une va nécessairement avec l'autre, et la réunion des deux crée une synergie consolidant l'accord collectif en tant que norme juridique à part entière ainsi que la place qu'il occupe dans l'espace normatif étatique, et permettant sa sécurisation juridique : puisque la sécurité juridique est assurée par une stabilité minimale de la norme, conforter son acceptation par ses destinataires réduit le risque d'une action de ceux-ci à l'encontre de la norme.

Les évolutions législatives confortent davantage une « stabilité du lien conventionnel »⁷²⁵ qu'une stabilité de la norme conventionnelle, laquelle évolue avec la révision. Pour autant, c'est la prise en compte de la volonté des individus, salariés comme représentants confortant la légitimité de l'acte, qui permet à l'accord collectif l'assurance d'une stabilité juridique minimale : il demeure pertinent et adapté à l'environnement qu'il régit tout comme celui dans lequel il évolue, renforçant également la prévisibilité de la norme, autre facteur de sécurité juridique. Car ce sont bien les partenaires sociaux qui décident – ou non – de réviser un accord collectif. Néanmoins, dans le cas de la révision, bien qu'elle soit le fait des partenaires sociaux, nous voyons que les modalités d'exercice de leur capacité de modification d'un acte qu'ils ont créé ne leur appartiennent pas, mais qu'elles appartiennent au législateur qui en définit les contours ; tout comme il a défini la place de l'accord collectif dans son propre ordre juridique.

316. Conclusion de titre. La sécurisation de l'accord collectif passe ainsi par une légitimité plus importante et une stabilité minimale de la norme. Après avoir développé une

⁷²⁵ Y. Ferkane « L'"évolutivité" de la représentativité », *RDT* 2017, p. 807.

certaine autonomie de l'accord collectif, l'État agit donc en parallèle pour le sécuriser. C'est son action qui permet d'assurer l'adaptation de la norme conventionnelle au sein de son ordre juridique, mais surtout une adaptation à la volonté des destinataires de la norme que sont les salariés.

L'État a donc renforcé leur rôle pour compenser le manque de participation aux élections professionnelles en permettant la négociation et la validation d'accords ou projets d'accords collectifs par les élus du CSE ou les salariés directement. Pour autant, cette nouvelle forme de légitimité s'éloigne de l'esprit originel de l'accord collectif négocié entre syndicats et employeurs ; le produit de cette procédure porte le nom d'accord collectif bien qu'il n'en soit pas un. La place des salariés dans la sécurisation de l'accord collectif est alors centrale : ce sont eux qui font et défont les élaborateurs de la norme conventionnelle – quand ils ne la font et défont pas eux-mêmes – et donnent une valeur juridique à l'accord collectif.

317. Conclusion de partie. Né de la pratique, nous avons vu que l'accord collectif a été approprié puis élevé par le législateur en tant que norme à part grâce à une émancipation en lui conférant progressivement une autonomie, encadrée, toujours plus importante. Cette mise en avant de l'accord collectif explique en partie l'insécurité juridique que connaît la norme conventionnelle en droit du travail : plus le recours à une norme est important, plus celle-ci sera confrontée aux aléas, contestations et évolutions : le législateur a donc essayé de maîtriser la norme qu'il libérait en lui donnant un cadre dans lequel elle pourrait se développer en autonomie.

Le législateur encadre également les aléas intérieurs et extérieurs que peut connaître la norme conventionnelle, lui assurant une meilleure stabilité, gage de sécurité juridique. La limitation du recours au juge est l'une des interventions les plus marquantes : en cherchant à réduire son action ou moduler les effets de ses décisions, le législateur cherche à contrôler son influence sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Cependant, cette tentative étatique est en partie freinée par l'exception d'illégalité où l'atteinte aux droits ou intérêts reconnus par la loi justifie une action perpétuelle. Tout cela démontre la place fondamentale du juge dans la sécurité juridique de l'accord collectif puisque c'est lui qui révèle ou tait, par son action, l'insécurité juridique. Le législateur n'est ainsi pas le seul à jouer un rôle fondamental dans la sécurité juridique de la norme conventionnelle : le juge a lui aussi une place centrale.

SECONDE PARTIE :

L'INSECURITE JURIDIQUE

MODULEE PAR LE JUGE

318. La question de la capacité créatrice de droit a suscité⁷²⁶ – et suscite encore⁷²⁷ – de nombreux débats. La place du juge en tant que source de droit ne fait pas l'unanimité⁷²⁸. Vu pendant longtemps comme une simple « bouche de la loi », ne faisant qu'appliquer la norme légale aux situations qui se présentent à lui, le rôle du juge s'est développé. Plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation montrent la faculté créatrice de la jurisprudence. Il est certain qu'aujourd'hui le juge soit doté d'une réelle capacité normative, à tel point que la Cour de cassation n'hésite plus à citer sa propre jurisprudence en appui de ses décisions⁷²⁹.

⁷²⁶ De nombreux auteurs ont écrit sur la question. Sans prétendre à l'exhaustivité : v. J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908 ; J. Déprez, « Sois-juge et tais-toi (réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1978, p. 503 ; P. Jestaz, « François Génay : une image française de la loi et du juge », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz 2005, p. 155.

⁷²⁷ De nouveau, sans prétendre à l'exhaustivité : L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.* 11 déc. 1999, n° 345, p. 2 ; D. Tricot, « L'interrogation sur "la jurisprudence aujourd'hui" », *RTD civ.* 1993, p. 87 ; P. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD. civ.* 1996, p. 299 ; J.-Y. Frouin, « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, 1501 ; E. Peskine, « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT* 2015, p. 339 ; A. Lacabarats, « La création de la norme sociale par le juge », *JCP S* 2015, 1286 (V. plus généralement l'ensemble des articles du dossier de la JCP S n° 31-35 du 4 août 2015) ; N. Belloubet, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. soc.* 2017, p. 388 ; J.-G. Huglo, « Le rôle de la Cour de cassation dans l'articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2017, p. 404 ; G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.* 2018, p. 126. V. égal. les réflexions sur la question de la rétroactivité de la jurisprudence à la suite du rapport Molfessis en 2001 : V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, I, 130 ; P. Lyon-Caen, « Faut-il vraiment retarder les effets des revirements de jurisprudence ? », *Dr. ouvrier* 2005, p. 139. Tout comme les réflexions menées sur la justice prédictive : É. Buat-Ménard, « La justice dite "prédictive" : prérequis, risques et attentes – l'expérience française », *Cah. de la justice* 2019/2 (N° 2), p. 269.

⁷²⁸ Parmi les défenseurs du juge en tant que source de droit, v. P.-H. Antonmattei, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2022 ; J. Ghestin, G. Goubeaux M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2003 ; C. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 2004. À l'inverse, v. G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2005 ; J. Carbonnier, *Introduction*, 27^{ème} éd., PUF, 2002 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9^{ème} éd., Armand Colin, 2002.

⁷²⁹ V. réc. Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-15.585, publié au bulletin, spéc. §14 : « En effet, selon une jurisprudence établie de la Cour de cassation, dans une situation similaire, il a été jugé que, sauf dispositions légales particulières, la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral

319. Dans le cas de l'accord collectif de travail, l'action du juge est particulièrement prégnante, notamment en raison du mouvement d'émancipation par délégation de la loi⁷³⁰ : en accordant plus de place à la norme conventionnelle dans la régulation des relations de travail, le législateur a provoqué un effet induit de contestation des accords, conduisant à la saisine du juge et renforçant le rôle de celui-ci. C'est par ce contrôle que le juge influe sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Pour appréhender les variations de cette sécurité et ainsi mieux cerner les difficultés que connaît l'accord collectif de travail, il est nécessaire de comprendre comment le juge agit sur elle.

320. Avant d'être contrôlée par le juge, la norme conventionnelle produit des effets sur ses destinataires ; si elle porte en elle une insécurité juridique, celle-ci demeure cachée jusqu'à ce que le juge, saisi d'un litige, ne la révèle. C'est donc d'abord par une action directe sur l'accord collectif que le juge va révéler et mettre en lumière l'insécurité juridique (**Titre premier**), la renforçant ou la fragilisant, notamment dans le cadre du forfait-jours où différentes normes tant nationales qu'extranationales ont été appliquées. Par cette mobilisation de divers ordres juridiques – ou plutôt « espaces normatifs » – apparaît une action indirecte : celle de faire entrer dans des ordres juridiques des règles issues d'autres ordres, entraînant une fluctuation de la sécurité juridique des différentes normes mobilisées, tel l'accord collectif de travail. Le juge fait ainsi communiquer les espaces normatifs en jouant le rôle d'intermédiaire entre eux (**Titre second**).

unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires, doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège (Avis de la Cour de cassation, 2 juillet 2012, n° 12-00.009, *Bull.* 2012, Avis, n° 6 ; Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-26.308, *Bull.* 2013, V, n° 174) ».

⁷³⁰ P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Dr. soc.* 2017, p. 425.

TITRE PREMIER : LE JUGE, REVELATEUR DE L'INSECURITE JURIDIQUE

321. L'insécurité juridique d'une norme est profondément variable. L'étude des interventions du législateur pour la moduler a démontré que l'accord collectif pouvait se retrouver juridiquement renforcé ou affaibli en fonction des réformes auxquelles il pouvait être soumis. En plaçant cette norme singulière au centre des relations de travail, le législateur a donné à l'accord collectif, surtout celui conclu au niveau de l'entreprise, un rayonnement sans pareil ; une mise en lumière qui a fait apparaître des insécurités juridiques comme si elles étaient dissimulées, présentes, mais invisibles. Autrement dit, l'insécurité juridique existait avant et le juge ne fait que la révéler ou la maintenir dissimulée, la plus grande visibilité faisant augmenter la probabilité d'une mise en lumière de l'insécurité juridique.

322. De toutes les situations où l'insécurité juridique de la norme conventionnelle a été révélée par le juge, celle du forfait-jours a le plus marqué les esprits. C'est pour cela que ce dispositif d'organisation du temps de travail a été le point d'entrée de notre réflexion sur l'insécurité juridique des accords collectifs : se pencher sur cette insécurité en particulier permet de comprendre comment le juge exerce son action de contrôle (**Chapitre premier**) qui peut générer en elle-même l'insécurité juridique, mais qui peut également l'accentuer en cas de défauts ou d'erreurs dans l'action créatrice du juge.

En outre, l'étude de la jurisprudence sur le forfait-jours met en exergue une autre action du juge : en contrôlant la norme, il est obligé de se l'approprier et parfois, si nécessaire, de l'interpréter pour l'analyser par rapport à son propre référentiel de normes. Une telle capacité a une portée significative sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle car en déterminant une interprétation, le juge fait apparaître ou disparaître l'insécurité juridique de l'accord collectif (**Chapitre second**).

CHAPITRE PREMIER : LE CONTROLE JUDICIAIRE

DU FORFAIT-JOURS, ILLUSTRATION DE

L'INSECURITE JURIDIQUE REVELEE PAR LE JUGE

323. Dire que la jurisprudence, notamment celle issue de la chambre sociale de la Cour de cassation, a exercé une forte influence sur la sécurité juridique du forfait annuel en jours serait un parfait euphémisme. Il est communément admis que l'arrêt du 29 juin 2011⁷³¹ a créé un véritable séisme juridique. Pourtant, dans son communiqué, la Cour de cassation affirme que « cette décision ne remet pas en cause la validité du système du forfait-jours et donne toute sa place aux accords collectifs »⁷³². La validité du système n'est, certes, pas remise en cause, mais sa sécurité juridique l'a assurément été ; plus particulièrement celle des accords collectifs car il s'agit du support privilégié par le législateur pour déployer le forfait-jours au sein des entreprises : la loi crée la possibilité puis les partenaires sociaux s'en saisissent ou non. C'est grâce à l'accord collectif que le forfait-jours propage ses effets et lui permet de s'appliquer aux salariés qui, s'ils acceptent, signent une convention individuelle. La loi autorise, l'accord collectif matérialise, la convention individuelle concrétise. C'est cependant sur le second acte et ses conditions de validité que la jurisprudence a essentiellement agi⁷³³.

Avec l'arrêt de 2011, la conformité des accords collectifs instituant le forfait-jours est devenue aléatoire avec de nombreuses invalidations d'accords à l'appui de la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Cet aléa s'explique en particulier par le caractère sibyllin des arrêts rendus, les juges se limitant simplement à indiquer, après avoir listé les dispositions de l'accord collectif, que celles-ci sont insuffisantes de sorte qu'il était

⁷³¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *Bull. civ.*, V, n° 181 ; *RJS* 8/11, n° 636 ; *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1499, p. 5, note P. Flores et M.-F. Mazars ; *ibid.* 2011, n° 1500, p. 11, note F. Champeaux ; *JSL* 2011, n° 304, p. 8, note M. Hautefort ; *JCP G* 2011, 1375, note C. Lefranc-Hamoniaux ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *ibid.*, 1333, note M. Morand ; *Cah. soc.* 2011, n° 233, p. 227, note M. Fatrez et S. Nouredine ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 11, note D. Baugard ; *Dr. ouvr.* 2011, n° 761, p. 723, note R. Richard.

⁷³² Communiqué « Forfait-jours » Pourvoi n° 09-71.107 - arrêt n° 1656 du 29 juin 2011 de la chambre sociale.

⁷³³ Une jurisprudence fournie a également été rendue sur la validité ou l'application de la convention individuelle. V. infra. La question de l'autonomie du salarié et de son éligibilité au forfait-jours suscite encore des interrogations clarifiées par la jurisprudence, laquelle durcit parfois son contrôle. V. réc. Cass. soc. 2 février 2022, n° 20-15.744, publié au bulletin (*JCP S* 2022, 1090, note J.-P. Lhernould) et Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-16.825, publié au bulletin (*JSL* 2023, n° 560-3, note J.-P. Lhernould ; *JCP S* 2023, 1052, com. M. Morand où l'auteur fait remarquer qu'il est dorénavant « nécessaire de justifier, compte tenu de la nature de l'emploi, les raisons empêchant le respect de l'horaire collectif » pour le salarié signataire d'une convention individuelle de forfait annuel en jours).

impossible de conclure une convention individuelle de forfait-jours sur leur base. En revanche, il est clair que pour admettre la validité du dispositif sous conditions, la Cour de cassation puise, dans une certaine limite, son inspiration dans la sphère européenne animée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), lequel considère le forfait-jours contraire à la Charte sociale européenne.

324. L'insécurité juridique du forfait-jours peut s'observer en deux étapes. La première se niche dans le développement du dispositif ayant conduit au contrôle du juge (**Section 1**). Il s'agit de comprendre comment l'augmentation du nombre de salariés éligibles a influencé sur la sécurité juridique du forfait-jours en le mettant davantage en avant, amenant le CEDS à se prononcer sur la compatibilité du dispositif avec la Charte sociale européenne et influencer ainsi la sécurité juridique des accords collectifs mettant en place cette organisation du temps de travail.

La seconde peut être remarquée dans l'action du juge national et ses conséquences sur les relations de travail. Il s'agira alors d'analyser les critères dégagés en jurisprudence pour sauver le forfait-jours et ainsi influencer directement sa sécurité juridique (**Section 2**).

SECTION 1 : LE CONTROLE JUDICIAIRE PROVOQUE PAR UN DEVELOPPEMENT DU FORFAIT-JOURS

325. Avant de s'intéresser aux actions concrètes menées par la chambre sociale de la Cour de cassation, il est nécessaire de comprendre les raisons de cette mise en action en parcourant la création et le développement du forfait-jours afin de mieux cerner l'insécurité juridique qu'il connaît ; car c'est bien son expansion progressive via l'étendue des stipulations des accords collectifs (§1) qui va mettre en avant le dispositif et conduire à son futur sauvetage.

Le terme « sauver » – largement utilisé – n'est pas le plus opportun. Il convient plutôt de voir la future action jurisprudentielle non pas comme un sauvetage, mais comme une action préventive axée sur le support propageant le dispositif : l'accord collectif. En effet, le forfait-jours n'a jamais été inquiété devant une juridiction ou autre instance nationale ou européenne pouvant mettre un terme à cette organisation du temps de travail. Seul le CEDS va tenter de freiner le déploiement du dispositif français (§2), motivant la Cour de cassation à réagir pour limiter de potentielles conséquences européennes, notamment grâce aux partenaires sociaux négociant les accords collectifs mettant en place le forfait-jours.

§1. L'EXPANSION PROGRESSIVE DU FORFAIT-JOURS

326. Créé en 2000, le forfait-jours était destiné à une catégorie bien précise de salariés, à cheval entre le cadre soumis à un horaire collectif et celui pouvant être qualifié de cadre dirigeant. Les débuts ont donc été prudents (**A**). Cependant, la pratique – suivie par le législateur – s'est rapidement rendue compte de l'intérêt d'un tel dispositif, à première vue si simple, pour la gestion du temps de travail de salariés habitués à gérer de façon plus ou moins autonome leur emploi du temps. Pour faire face à cette demande tout en pouvant, sous certaines conditions, travailler davantage, le forfait-jours a été déployé grâce à une éligibilité et une durée annuelle étendues (**B**), décuplant le nombre de salariés potentiellement éligibles et donc la portée réelle du dispositif.

A. UNE CREATION INITIALEMENT PRUDENTE

327. La prudence se retrouve dans les critères que doivent remplir les salariés pour être éligibles à la signature d'une convention individuelle de forfait-jours qui sont d'abord limités (**1**). Le législateur va également élargir progressivement le dispositif en concentrant l'éligibilité sur le critère de l'autonomie (**2**).

1. Des débuts limités

328. Dès la création du dispositif du forfait-jours par l'article 11 de la loi du 19 janvier 2000⁷³⁴, sa mise en place était conditionnée par la signature d'« une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles de bénéficier de ces conventions individuelles de forfait ainsi que les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues »⁷³⁵. En cas d'absence de norme conventionnelle, seule était possible la mise en place d'une convention de forfait en heures sur une base hebdomadaire ou mensuelle, mais pas annuelle⁷³⁶. Sans être explicitement énoncé, le forfait annuel en jours – tout comme le forfait annuel en heures – était alors

⁷³⁴ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite « Aubry II »), *JORF* n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 2.

⁷³⁵ Art. L. 212-15-3, I C. trav. (anc.).

⁷³⁶ *Ibid.* : « À défaut de convention ou d'accord collectif étendu ou de convention ou d'accord d'entreprise ou d'établissement, des conventions de forfait en heures ne peuvent être établies que sur une base hebdomadaire ou mensuelle ».

totallement exclu en cas d'absence de convention ou accord collectif. Cela démontre une certaine prudence⁷³⁷ du législateur quant au développement de ce nouveau dispositif⁷³⁸ : les employeurs et représentants des salariés doivent s'approprier et adapter le dispositif à leur environnement. Cela montre également la confiance du législateur dans l'outil qu'est l'accord collectif de travail et la perception de l'intérêt d'un tel « relais » pour déployer au sein des entreprises un dispositif légal. Ainsi, ce n'est pas la loi qui a la responsabilité de permettre le recours au forfait-jours, mais l'accord collectif qui acquiert une place centrale dans le dispositif ; c'est en raison de cette place centrale que la norme conventionnelle va être ciblée par les juges et va connaître l'insécurité juridique que nous lui connaissons aujourd'hui.

Cette prudence se retrouvait également au III de l'article L. 212-15-3 lequel énonçait les éléments qui devaient être prévus par l'accord collectif mettant en place le forfait-jours⁷³⁹. En effet, la loi du 19 janvier 2000 a distingué trois catégories de cadres permettant de déterminer l'organisation de la durée du travail applicable : les cadres dirigeants⁷⁴⁰ qui se voient exclus des dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail, les cadres intégrés⁷⁴¹ occupés selon l'horaire collectif applicable qui sont soumis à l'ensemble des dispositions dont sont exclus les cadres dirigeants, et les autres cadres⁷⁴² qui ne relèvent ni de la première catégorie, ni de la deuxième, et qui peuvent bénéficier d'une organisation du travail différente, sous la forme de forfaits annuels en heures ou en jours⁷⁴³.

329. Trois critères étaient donc requis pour qualifier l'impossible prédétermination de la durée du temps de travail des salariés éligibles au forfait-jours : la nature des fonctions exercées, les responsabilités qui leur sont accordées et leur niveau d'autonomie. Les juges se sont rapidement saisis des accords collectifs signés en application de l'article L. 212-15-3 car la validité du forfait-jours dépendait non pas des dispositions légales, mais des

⁷³⁷ Et confiance dans les partenaires sociaux. V. supra.

⁷³⁸ V. P.-H. Antonmattei, « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! », *Dr. soc.* 2000, p. 159, où l'auteur affirme que ces critères « limitent le jeu ».

⁷³⁹ Cet article disposait que « la convention ou l'accord définit les catégories de salariés concernés pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps ».

⁷⁴⁰ Art. L. 212-15-1 C. trav. (anc.).

⁷⁴¹ Art. L. 212-15-2 C. trav. (anc.).

⁷⁴² Art. L. 212-15-3 C. trav. (anc.).

⁷⁴³ V. Fiche n° 11, *Sem. soc. Lamy* 2000, n° 973. V. également A. Dupays, M. Hautefort, F. Vélot, « Les nouvelles règles du jeu applicables aux cadres », *Cah. DRH* 2000, n° 19.

stipulations conventionnelles en raison du rôle de l'accord collectif : déployer le forfait-jours au sein des entreprises. Ces premiers pas en jurisprudence du forfait-jours ont néanmoins été timides, se limitant d'abord aux juridictions du fond⁷⁴⁴, mais ont été mis en lumière par les éditeurs juridiques⁷⁴⁵, démontrant l'intérêt de ce dispositif dès ses premiers pas en jurisprudence. Certaines de ces décisions ont adopté une interprétation stricte et restrictive des critères requis pour permettre l'éligibilité au forfait-jours⁷⁴⁶.

Le premier arrêt de la Cour de cassation sur le forfait-jours est celui du 9 juillet 2003⁷⁴⁷ confortant une cour d'appel qui avait reconnu l'éligibilité d'une salariée malgré une organisation du travail selon un programme préétabli, affirmant alors une certaine souplesse de la chambre sociale. La Cour de cassation s'est toutefois prononcée pour la première fois sur un accord collectif prévoyant le forfait-jours dans un arrêt du 26 mai 2004⁷⁴⁸, sans pour autant se prononcer non pas sur les critères vus précédemment, mais uniquement sur celui de l'autonomie⁷⁴⁹.

Malgré cette « bataille juridique »⁷⁵⁰, il est possible de voir en ces critères plutôt des clefs ou des indices permettant d'orienter les partenaires sociaux sur les bonnes catégories de cadres éligibles au forfait-jours. Ces trois critères ont cependant rapidement évolué pour se réduire à un seul : celui de l'autonomie.

⁷⁴⁴ TGI Paris, 19 décembre 2000, n° 00-13278, *Fédération Française des Syndicats CFDT des Banques et des Sociétés Financières c/ Sté Diac*, RJS 4/01, n° 461 ; TGI Nanterre, 12 octobre 2001, RJS 4/02, n° 445 ; TGI Paris, 3 juillet 2001, n° 01-5192, *Syndicat national livre-édition CFDT c/ SA Hachette Livre et autres* ; RJS 11/01, n° 1295 ; CA Lyon, 2 mai 2002, 1^{ère} ch., n° 02-277, *Syndicat Chimie Energie de Rhône-Alpes SCERAO CFDT c/ SA Aventis Pasteur*, RJS 7/02, n° 821 ; CA Paris, 18 décembre 2002, n° 2001/16901, *SA Hachette livre* (arrêt d'appel du jugement TGI Paris, 3 juillet 2001, n° 01-5192).

⁷⁴⁵ Par ex. TGI Paris, 19 décembre 2000, n° 00-13278 et CA Lyon, 2 mai 2002, 1^{ère} ch., n° 02-277.

⁷⁴⁶ C'est le cas de la Cour d'appel de Lyon (CA Lyon, 2 mai 2002, 1^{ère} ch., n° 02-277) pour qui « l'indétermination de la durée du temps de travail doit résulter d'une impossibilité objective ».

⁷⁴⁷ Cass. soc., 9 juillet 2003, n° 01-42.451 : *Bull. civ. V*, n° 229 ; RJS 10/03, n° 1175. En l'espèce, la salariée avait le statut cadre et était « habilitée, sous réserve de l'impact financier des mesures proposées nécessitant l'accord de l'employeur, à prendre toute initiative de nature à "optimiser" le séjour des invités ».

⁷⁴⁸ Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, *Michelin* : *Bull. civ. V*, n° 143, RJS 8-9/04, n° 924 ; *D.* 2004, p. 1866, et les obs. ; *Dr. soc.* 2004, p. 839, note P.-H. Antonmattei ; *ibid.*, p. 845, note J.-M. Verdier ; *Cah. soc.* 2004, n° 163, p. 367 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 295, p. 17 ; *JCP E* 2004, 1639, obs. B. Teyssié ; *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1173, notes M. Morand ; *JSL* 2004, n° 148.

⁷⁴⁹ Cette limite peut s'expliquer par le fait que cet arrêt a été rendu après la loi Fillon qui a réduit le nombre de critères (V. infra). La Cour a suivi les préconisations du conseiller rapporteur basées sur les dispositions de sécurisation de la loi Fillon, d'après le rapport de Madame le rapporteur Morin, citée par P.-H. Antonmattei, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », *Dr. soc.* 2004, p. 839, spéc. note n° 13.

⁷⁵⁰ F. Favennec-Héry, « Loi Fillon : quels cadres pour quel régime ? », *Sem. soc. Lamy* 2003, suppl. n° 1122, p. 21.

2. La consécration de l'autonomie des salariés

330. C'est la loi du 17 janvier 2003⁷⁵¹ dite « Loi Fillon » qui a modifié le III de l'article L. 212-15-3 du Code du travail⁷⁵² en centrant les critères de détermination de l'éligibilité des salariés sur leur autonomie. Cette modification n'est certes pas passée inaperçue, mais elle n'a pas été saisie par la doctrine⁷⁵³ ; et ce, même si le forfait-jours continuait de gagner en popularité⁷⁵⁴.

Le législateur ne s'est pas contenté de simplement modifier les critères permettant de définir les cadres éligibles ; il a également sécurisé les accords conclus avant la loi⁷⁵⁵. C'est notamment dans le respect de cette sécurisation rétroactive que la Cour de cassation a validé en 2004 les dispositions de l'accord Michelin sur le fondement non pas de la loi de 2000, mais sur celui de la loi nouvelle. La chambre sociale confirme son interprétation souple et admet donc la validité de la clause relative aux salariés éligibles au forfait-jours sans qu'il n'y ait de liste exhaustive puisque l'accord « définit les cadres autonomes qui ne relèvent d'aucune de ces catégories comme étant ceux dont le rythme de travail ne peut, en raison de leur mission, être soumis à l'horaire collectif de travail du service qu'ils dirigent ou auquel ils sont affectés ».

⁷⁵¹ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (dite « Loi Fillon »), *JORF* du 18 janvier 2003, texte n° 1.

⁷⁵² Remplaçant « la convention ou l'accord définit les catégories de salariés concernés pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps » par « la convention ou l'accord définit, au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps, les catégories de cadres concernés ».

⁷⁵³ Madame le Professeur Françoise Favennec-Héry s'est tout de même intéressée à cette modification pour donner une analyse intéressante : pour elle, cette évolution a été faite pour « contrer » l'interprétation stricte faite par les juridictions – en particulier les juridictions du fond (F. Favennec-Héry, « Loi Fillon : quels cadres pour quel régime ? », *op. cit.*).

⁷⁵⁴ J.-E. Ray, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », *Dr. soc.* 2001, p. 244 ; V. aussi « Activité et conditions d'emploi au troisième trimestre 2003 », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1150, résumant *Premières informations de la Dares* n° 52.3 de décembre 2003 qui montrait que le forfait-jours qui continuait de progresser pour atteindre 7,7 % des salariés ayant participé à l'étude.

⁷⁵⁵ Article 16 de la loi du 17 janvier 2003 : « Sont réputées signées sur le fondement de la présente loi les stipulations des conventions ou accords collectifs de branche étendus ou des accords d'entreprise ou d'établissement conclus en application des lois n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail et n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ». Sur cette pratique du législateur, v. supra.

Un point de l'arrêt a soulevé des interrogations de la part de la doctrine⁷⁵⁶. Étonnamment, la Cour de cassation a estimé avoir besoin de justifier davantage sa position⁷⁵⁷ en précisant deux points ne faisant pas partie de l'article L. 212-15-3 III du Code du travail. Or, la clause qui était contrôlée par la Cour de cassation se contentait de paraphraser les dispositions du Code du travail⁷⁵⁸. Comme le relève Monsieur le Professeur Paul-Henri Antonmattei, « la Cour de cassation déporte sur le juge du litige individuel le contentieux du forfait en jours. La clause est jugée conforme aux exigences légales dans le cadre du contentieux collectif mais pourrait être écartée dans le cadre d'un litige individuel »⁷⁵⁹. Nous le rejoignons sur ce point. Il est cependant également possible de voir ici un *obiter dictum*⁷⁶⁰ de la Cour. En effet, cette précision permet de rappeler aux parties ainsi qu'aux juges du fond que l'important n'est pas la définition conventionnelle, mais bien la réelle situation du salarié.

331. Le législateur va par la suite modifier légèrement le texte de l'article L. 212-15-3 en supprimant tout d'abord, avec la loi du 4 mai 2004⁷⁶¹, la première phrase du III⁷⁶² qui nécessitait l'absence d'opposition des organisations syndicales non-signataires de l'accord d'entreprise. Ce retrait n'a aucun impact sur le forfait-jours puisque l'opposition valablement formée contre un texte avait pour conséquence de le voir réputé non écrit. La même année, le maximum de jours pouvant être contractualisés dans une convention individuelle passe de 217 à 218 avec la loi du 30 juin 2004⁷⁶³ intégrant la journée de solidarité.

⁷⁵⁶ P.-H. Antonmattei, « Accords de réduction du temps de travail, l'arrêt Michelin », *Dr. soc.* 2004, p. 839 ; *RJS* 8-9/04, n° 924.

⁷⁵⁷ La Cour précise que la définition est « conforme aux exigences de l'article L. 212-15-3 III du Code du travail dans la mesure où, d'une part, la convention de forfait doit faire l'objet d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié et où, d'autre part, il appartient au juge de vérifier en cas de litige que les fonctions effectivement exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail ».

⁷⁵⁸ *RJS* 8-9/04, n° 924.

⁷⁵⁹ P.-H. Antonmattei, « Accords de réduction du temps de travail, l'arrêt Michelin », *Dr. soc.* 2004, p. 839.

⁷⁶⁰ Sur cette notion, v. S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011 p.45.

⁷⁶¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* n° 105 du 5 mai 2004, texte n° 1.

⁷⁶² « La convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait en jours ne doit pas avoir fait l'objet d'une opposition en application de l'article L. 132-26 ». Cet article L. 132-26 prévoyait jusqu'à la loi de mai 2004 la possibilité aux organisations syndicales non-signataires d'un accord collectif d'entreprise de faire opposition « à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections ».

⁷⁶³ Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, *JORF* n° 151 du 1^{er} juillet 2004, texte n° 1.

Jusqu'alors, le forfait-jours et les accords collectifs autorisant le dispositif ne connaissent pas de grandes perturbations jurisprudentielles ou législatives. C'est à partir 2005 que le législateur va apporter des modifications substantielles.

B. UNE ELIGIBILITE ET UNE DUREE ANNUELLE ETENDUES

332. Le législateur va étendre les possibilités admises aux accords collectifs puisqu'il va rendre davantage de salariés éligibles au forfait-jours en autorisant la conclusion de conventions individuelles avec des salariés n'ayant pas le statut de cadre (1), l'important étant qu'ils disposent d'un certain degré d'autonomie. Cette autonomie tend à prendre en compte les souhaits des salariés, certains pouvant également chercher à percevoir un salaire plus important ou à étaler sur une plus longue durée leur charge de travail. Or, avec la disparition des heures supplémentaires, il n'était plus possible de recourir à ce type de modulation de la durée du travail. C'est pourquoi le forfait-jours a été agrémenté d'une possibilité de dépassement de forfait (2) augmentant en même temps la portée de cette organisation du temps de travail sur la santé des salariés.

1. L'extension aux salariés non-cadres

333. C'est la loi du 2 août 2005⁷⁶⁴ qui, étonnamment au regard de son objet⁷⁶⁵, va avoir un des impacts les plus importants sur le forfait-jours : cette loi étend l'éligibilité du dispositif aux salariés non-cadres itinérants et ceux ayant une réelle autonomie, ne limitant plus le dispositif aux seuls cadres autonomes. Déjà demandé depuis la création du forfait-jours⁷⁶⁶, ce point a fait débat lors de l'examen du texte par le Parlement en étant retiré⁷⁶⁷ puis réintroduit⁷⁶⁸, preuve de l'intérêt de ce dispositif, mais aussi des craintes qu'il génère. C'est essentiellement sur l'aspect particulièrement dérogatoire teinté d'une recherche de

⁷⁶⁴ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (dite « Loi PME), *JORF* n° 0179 du 3 août 2005, texte n° 2.

⁷⁶⁵ V. note préc. Il aurait été plus logique de voir les évolutions apportées sur le forfait-jours au sein d'une loi portant sur l'organisation du temps de travail. D'autant que les dispositions relatives au forfait-jours étaient destinées à tous les salariés, sans distinction de taille de l'entreprise.

⁷⁶⁶ Séance au Sénat du 23 octobre 2002, intervention de M. Louis Souvet, rapporteur, lors de l'examen des amendements n°s 54 et 96 de la loi Fillon.

⁷⁶⁷ Séance au Sénat du 16 juin 2005, intervention de M. Jacques Pelletier lors de l'examen de l'amendement n° 416.

⁷⁶⁸ Troisième séance à l'Assemblée nationale du 7 juillet 2005, amendement n° 321.

diminution du coût du travail, et celui de la protection de la santé des salariés que certains parlementaires demandaient la non-extension, tandis que les défenseurs de l'élargissement voyaient là une meilleure prise en compte par le droit d'une situation de fait⁷⁶⁹. Ces débats, que l'on peut considérer comme « classiques » dans le cadre du forfait-jours, ont gagné en puissance et en portée avec la loi de 2005 car il s'agissait de rendre éligibles davantage de salariés au dispositif.

L'élargissement entraîne également une autre conséquence quant à la sécurité juridique du forfait-jours : élargir les catégories de salariés éligibles au dispositif revient à augmenter le nombre de salariés potentiels pouvant ester en justice pour faire reconnaître toute erreur, illégalité, inconventionnalité, etc. Il y a mathématiquement une augmentation du risque juridique. Or, le législateur n'a pas assorti cet élargissement de réelles dispositions permettant de sécuriser la situation par rapport aux décisions du Comité européen des droits sociaux⁷⁷⁰ rendues au moment où il légifère, telles que de nouvelles précisions sur le suivi de la charge de travail.

334. Un élément a toutefois été ajouté grâce à un amendement du Sénat⁷⁷¹ qui a apporté un détail au sein du III de l'article L. 212-15-3 destiné à assurer davantage la protection des salariés non-cadres et éviter les abus⁷⁷² : « à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit ». L'objectif était clairement de s'assurer de la volonté des deux parties, employeur et salarié, de bénéficier d'une organisation du travail sous la forme d'un forfait annuel en jours. Outre l'abstraction de certaines réalités de terrain⁷⁷³, cet ajout permettait de matérialiser explicitement le refus du salarié. Mais cet ajout, qui n'est en réalité « qu'un élargissement d'une règle posée par l'article L. 212-15-3 du Code du travail »⁷⁷⁴, était-il vraiment utile ? Socialement, peut-être ; juridiquement, non. En effet, le forfait-jours ne pouvait pas être imposé par l'employeur car sa mise en place relève d'un échange de volonté matérialisé par un avenant ou une clause du contrat de travail : la convention de forfait. Tout au plus ne fait-il que rappeler qu'en cas de refus le salarié ne pourra pas faire l'objet d'une

⁷⁶⁹ V. les différents échanges lors du vote des amendements précités.

⁷⁷⁰ V. infra.

⁷⁷¹ Amendement n° 223, introduit par le Sénat lors de la séance du 16 juin 2005 : vote p. 4317 ; débats p. 4376.

⁷⁷² V. F. Ducloz, P. Florès, « La sauvegarde du forfait en jours, le juge et la combinaison des normes », *RDT* 2016, p. 140.

⁷⁷³ Il est parfois difficile pour un salarié de refuser une demande de l'employeur.

⁷⁷⁴ F. Favennec-Héry, « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », *Dr. soc.* 2005, p. 1126.

sanction disciplinaire. Cependant, cette précision renforce la place de la convention individuelle dans le trio « loi, accord collectif et convention individuelle ». Pour autant, elle ne matérialise que l'entrée de l'individu au sein du dispositif, lequel repose toujours sur l'accord collectif autorisant sa mise en place.

En outre, cet accord du salarié n'était prévu que pour le salarié non-cadre. Comment interpréter une telle disposition ? Le salarié cadre ne peut pas refuser la signature d'une convention de forfait ? Si l'on rapproche la situation avec celle du droit de la consommation, le salarié non-cadre, qui disposerait de responsabilités moins importantes, managerait rarement d'autres salariés, ne serait pas un « professionnel » du contrat de travail et pourrait alors faire l'objet d'une protection renforcée par rapport au salarié cadre. Difficile de ne pas identifier ici une maladresse du législateur.

Car, nous l'avons vu : la loi du 2 août 2005 a procédé à un ajout, après le deuxième alinéa du III de l'article L. 212-15-3 du Code du travail, lui-même inséré dans une section 5 intitulée « Dispositions particulières relatives aux cadres ». En résumé, il s'est agi d'ajouter des dispositions spécifiques aux salariés non-cadres dans un article dédié aux cadres à l'aide d'une loi dédiée aux petites et moyennes entreprises. Cette irrationalité n'est pas passée inaperçue aux yeux de la doctrine⁷⁷⁵. Ici, en plus d'avoir accru théoriquement le risque juridique, le législateur a modelé l'insécurité juridique du forfait-jours en modelant grossièrement et maladroitement le dispositif.

335. L'article 95 de la loi du 2 août 2005 élargissant le forfait-jours a toutefois fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel⁷⁷⁶ sous l'angle de la protection de l'emploi, de la santé au travail et de la liberté contractuelle⁷⁷⁷.

Le premier motif est davantage politique que réellement juridique⁷⁷⁸. Le deuxième motif avait en revanche un rayonnement plus important. Véritable écho des décisions

⁷⁷⁵ F. Favennec-Héry, « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », *op. cit.*

⁷⁷⁶ Cons. const., 29 juillet 2005, n° 2005-523 DC.

⁷⁷⁷ Les députés ayant saisi le Conseil constitutionnel voyaient dans l'extension du forfait-jours aux salariés non-cadres « une augmentation de la durée du travail en méconnaissant les principes constitutionnels issus et des 5^{ème} [sur le droit à un emploi] et 11^{ème} [sur la protection de la santé] alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 [sur l'interdiction de nuire à autrui] de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

⁷⁷⁸ La raison d'être du forfait-jours – en droit tout du moins – est bien une reconnaissance de la situation particulière des salariés dont leur travail ne permet pas un décompte en heures selon un horaire collectif ; il n'est pas la traduction du slogan « travailler plus pour gagner plus » ni de sa parodie « travailler plus pour gagner moins » – comme les députés ont pu l'insinuer – en faisant fi des heures supplémentaires et rendant les salariés « corvéables » à merci. Cet argumentaire n'a pas été suivi par le Conseil.

rendues par le Comité européen des droits sociaux en 2001⁷⁷⁹ et 2004⁷⁸⁰, les députés n'ont en réalité propagé qu'un léger murmure en affirmant concrètement que « force est de constater que le dispositif critiqué aboutit, en droit et en fait, à méconnaître tout à la fois l'objectif constitutionnel du droit à un emploi pour tous et la garantie légale de l'exigence constitutionnelle du droit à la santé auquel contribue le droit au repos ». Les Sages n'ont pas suivi les députés. Pour le Conseil, le dispositif du forfait-jours ne porte pas atteinte à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 grâce à l'encadrement législatif⁷⁸¹.

Enfin, après avoir admis la possibilité pour le législateur « de laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »⁷⁸², le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité de l'article 95 de la loi du 2 août 2005.

Ce passage devant les Sages est intéressant pour l'analyse de la sécurité juridique du forfait-jours car on s'aperçoit qu'une validation constitutionnelle ne suffit pas à assurer une sécurité juridique complète. Cette saisine a été motivée, entre autres, par le développement des salariés éligibles au forfait-jours. La question de la durée annuelle maximale va elle aussi mettre davantage en lumière le dispositif.

2. L'extension de la durée annuelle maximale

336. Avec la loi du 31 mars 2005⁷⁸³, la possibilité de renoncer à des jours de repos contre une majoration de salaire est ajoutée à l'article L. 215-15-3 du Code du travail. Par la suite,

⁷⁷⁹ CEDS, 16 novembre 2001, récl. n° 09-2000, *Confédération française de l'Encadrement – CFE-CGC c. France*.

⁷⁸⁰ CEDS, 30 novembre 2004, récl. n° 16-2003, *Confédération française de l'Encadrement – CFE-CGC c. France* ; CEDS, 8 décembre 2004, récl. n° 22-2003, *Confédération générale du travail (CGT) c. France*.

⁷⁸¹ §7 de la décision du Conseil constitutionnel : les salariés doivent disposer d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur travail, la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée, une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise détermine notamment les catégories de salariés concernés ; les salariés doivent donner leur accord ; ils bénéficient d'un repos quotidien de onze heures et d'un repos hebdomadaire de trente-cinq heures ; le nombre de jours travaillés est limité à 218 jours au maximum par an.

⁷⁸² §8 de la décision du Conseil constitutionnel. Le commentaire attaché à la décision précise en outre que « le renvoi à la négociation collective du soin de fixer les modalités d'application d'un texte législatif doit être distingué du renvoi à la négociation collective du pouvoir de déroger à un texte législatif ». Dans le cas de la fixation des modalités d'application, le contrôle est plus léger. V. J.-E. Schoettl, « Le forfait-jours des salariés non cadres devant le Conseil Constitutionnel », *Petites Affiches* 2005, n° 200, p. 7.

⁷⁸³ Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, *JORF* n°76 du 1^{er} avril 2005, texte n° 1.

la recodification du Code du travail par l'ordonnance du 12 mars 2007⁷⁸⁴ n'aura pas de réel impact sur le forfait-jours si ce n'est un éclatement de l'article L. 212-15-3⁷⁸⁵. Les modifications importantes interviendront avec la loi du 20 août 2008⁷⁸⁶. Le premier point, en réponse avec nos remarques précédentes sur le mélange des dispositions cadres et non-cadres, est la réécriture plus claire des dispositions sur les forfaits⁷⁸⁷, sécurisant juridiquement les forfaits grâce à un renforcement de l'appropriation du dispositif par les partenaires sociaux, les employeurs et les salariés.

La loi va également faciliter la possibilité de dépassement du plafond de légal ou conventionnel du nombre de jours travaillés : jusque-là devant être prévu par accord collectif, le dépassement peut se faire par simple accord entre le salarié et son employeur. En présence d'un accord collectif le prévoyant expressément, la limite de ce dépassement est libre, mais doit respecter les dispositions relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise, et relatives aux congés payés⁷⁸⁸ ; à défaut, cette limite est dorénavant fixée à 235 jours par an⁷⁸⁹.

Également, la loi du 20 août 2008 ajoute une obligation directement à la charge de l'employeur en lui imposant de réaliser un entretien annuel portant « sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié »⁷⁹⁰. L'insertion de cette obligation est intéressante à plus d'un titre. Elle permet de prévoir explicitement dans la loi la responsabilité de l'employeur dans le cadre du forfait-jours. Toutefois, l'ajout de l'entretien a conduit au retrait des mentions obligatoires relatives au

⁷⁸⁴ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), *JORF* n°61 du 13 mars 2007 p. 4740, texte n° 5.

⁷⁸⁵ L'article L. 212-15-3 a été réparti entre les articles L. 3121-38, L. 3121-40, L. 3121-42 à L. 3121-49, L. 3121-51 et L. 3171-3.

⁷⁸⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1.

⁷⁸⁷ Les forfaits ont le droit à une section réorganisée en fonction de la répartition – sur la semaine, le mois ou l'année – et du type de forfait – heures ou jours. La lisibilité et l'intelligibilité ont incontestablement gagné en qualité.

⁷⁸⁸ Cela permet théoriquement de faire travailler un salarié jusqu'à 281 jours : 365 jours par an auxquels on déduit 30 jours de congés payés, 52 jours de repos hebdomadaire, le 1^{er} mai qui est le seul jour obligatoirement chômé dans toutes les entreprises et un jour de repos pour que la renonciation ne soit pas totale. Ce nombre total est porté à 282 jours les années bissextiles.

⁷⁸⁹ Art. L. 3121-45 anc. C. trav.

⁷⁹⁰ Art. L. 3121-46 anc. C. trav.

« suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte »⁷⁹¹.

Le forfait-jours s'est ainsi rapidement étendu après des premiers pas timides et une sécurité juridique plutôt maîtrisée avec une extension tant sur les salariés éligibles au dispositif que sur les durées maximales annuelles. Dès lors, plus de salariés concernés et plus de jours travaillés conduisent à davantage de risques sur la sécurité juridique du forfait-jours en raison de sa portée croissante. C'est ainsi que dès l'apparition de cette organisation du temps de travail, le droit européen va tenter de freiner son développement.

§2. LA TENTATIVE EUROPEENNE DE FREINAGE

337. Par son système de décompte du temps de travail en jours sans contrôle des heures réellement effectuées chaque journée, le forfait-jours dénote par rapport au droit européen, notamment celui issu de la Charte sociale européenne. L'article 2§1 prévoit en effet qu'« en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties s'engagent à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire ». C'est d'ailleurs sur cet article en particulier que l'organe de contrôle de la charte, le Comité européen des droits sociaux⁷⁹² va axer son analyse dans le cadre de la procédure de réclamations collectives.

⁷⁹¹ Art. L. 3121-45, 4° dans sa version en vigueur avant la loi de 2008 prévoyait : « La convention ou l'accord précise en outre les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos. Il détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte ».

Des députés ont demandé de garder l'ancienne formulation plutôt que de faire reposer le suivi de la charge de travail uniquement sur cet entretien⁷⁹¹, mais leur proposition a été rejetée : Assemblée nationale, Deuxième séance du lundi 7 juillet 2008, spéc. amendement n° 1661, p. 4343. Pour Monsieur le député R. Muzeau, il s'agit d'un retrait de compétence aux partenaires sociaux qui pouvaient jusqu'alors négocier le suivi de la charge de travail pour attribuer ce suivi à l'employeur.

D'autres ont demandé à faire figurer cet entretien dans les conditions obligatoires des conventions individuelles pour une meilleure connaissance de cette disposition par les parties à la convention et ainsi « éviter des litiges ou des contentieux consécutifs à une absence d'entretien individuel » : *Ibid.*, amendement n° 227.

La commission et le Gouvernement ont été défavorables à cette précision au motif que l'entretien étant déjà dans la loi, il était inutile de le rappeler. Cet argument peut convaincre, mais avec le recul que nous avons aujourd'hui, une telle précision n'aurait pas été si redondante et aurait eu le mérite de marquer la volonté du législateur de s'assurer du suivi des salariés au forfait-jours.

⁷⁹² Pour une brève présentation du CEDS, v. B. Boissard, « La contribution du comité européen à l'effectivité des droits sociaux », *RD Publ.* 2010, n° 4, p. 1083. Pour une vision critique, v. J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? », *Dr. soc.* 2019, p. 814.

338. La procédure de réclamation collective⁷⁹³ a été instituée avec le Protocole additionnel de 1995⁷⁹⁴ dans l'objectif clairement affiché « d'accroître l'efficacité d'un mécanisme de contrôle qui repose exclusivement sur la soumission de rapports gouvernementaux »⁷⁹⁵, et ce, dans la logique qui ressortait lors des travaux préparatoires de la Charte de 1961⁷⁹⁶.

Cette procédure contradictoire⁷⁹⁷ est accordée à certaines organisations professionnelles et syndicales⁷⁹⁸. Après s'être prononcé sur la recevabilité des réclamations, le Comité d'experts va rédiger un rapport dans lequel il apportera son appréciation du respect ou du non-respect par l'État mis en cause des dispositions de la Charte sociale européenne⁷⁹⁹. Ce rapport contient la décision sur le bien-fondé qui détaille les observations du Comité sur la violation supposée par l'État de dispositions de la Charte. Enfin, à la suite du rapport, « le Comité des Ministres adopte une résolution à la majorité des votants. En cas de constat, par le Comité d'experts indépendants, d'une application non satisfaisante de la Charte, le Comité des Ministres adopte, à la majorité des deux tiers des votants, une recommandation à l'adresse de la Partie contractante mise en cause »⁸⁰⁰. En cas de non-respect de la Charte,

⁷⁹³ Pour une analyse plus détaillée que la présentation de la procédure qui va suivre, v. J. Peuch, « "Participer" à la Charte sociale à travers une épreuve quasi judiciaire : enjeux, intérêts et limites du système de réclamations collectives », *JEDH* 2018-3, p. 202.

⁷⁹⁴ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, STE n° 158 du 9 novembre 1995, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

⁷⁹⁵ Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, STE n° 158 du 9 novembre 1995, §2.

⁷⁹⁶ Conseil de l'Europe, Travaux préparatoires, *Recueil*, vol. I (1953-1954), p. 46, spéc. §8 du projet d'avis sur l'élaboration d'une charte sociale européenne : « Sans entrer dans des détails, l'Assemblée tient à souligner qu'il importe de prévoir dans la Charte une procédure garantissant sa mise en œuvre. Des rapports périodiques des gouvernements, tels que les prévoit le projet de pacte des Nations Unies, seraient utiles, mais insuffisants ».

En effet, jusqu'au Protocole additionnel, le Comité d'experts existait, mais sa mission consistait à se prononcer sur la conformité des droits nationaux à la Charte sociale européenne à partir des rapports rédigés par les États signataires – système de contrôle fréquent dans les conventions internationales. La procédure de réclamation collective vient en complément du « mécanisme de base » que constitue l'analyse des rapports gouvernementaux.

⁷⁹⁷ Si la réclamation est accueillie favorablement, le Comité va inviter l'auteur de la réclamation et le gouvernement de l'État mis en cause à soumettre par écrit « toutes explications ou informations appropriées ».

⁷⁹⁸ Protocole additionnel de 1995, *op. cit.*, art. 1. La procédure est admise aux organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, aux « autres organisations internationales non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cet effet par le Comité gouvernemental » et aux organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs des pays ayant ratifié le protocole additionnel.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, art. 8.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, art. 9.

l'État mis en cause devra expliquer dans le prochain rapport relatif aux dispositions acceptées⁸⁰¹ les mesures qu'il aura mises en place pour mettre en conformité la situation.

339. La procédure de réclamation collective a conduit, pour le moment, à un total de 145 décisions sur le bien-fondé pour 197 réclamations d'après les données communiquées pour l'année 2020⁸⁰². Cela fait une moyenne de 9 réclamations par an, mais on constate une augmentation à partir des années 2010 de sorte que le nombre de réclamations pendantes est passé de 7 en 2010 à 39 en 2020.

La France occupe la tête du classement du nombre de réclamations par État mis en cause avec 53 réclamations entre 1999 et 2020 – loin devant le numéro deux, l'Italie avec 32 réclamations – qui ont donné lieu à 37 décisions sur le bien-fondé dont 26⁸⁰³ violations de la Charte sociale européenne. Parmi ces réclamations collectives, quatre ont amené le Comité à rendre des décisions sur le bien-fondé relatives au forfait-jours français avant l'arrêt de la Cour de cassation, l'invalidant systématiquement (**A**). Toutefois, malgré ces condamnations, les décisions du CEDS connaissent une portée somme toute limitée, préservant le forfait-jours – et la France – de sanctions européennes (**B**).

A. L'INVALIDATION SYSTEMATIQUE PAR LE CEDS DU DISPOSITIF DU FORFAIT-JOURS FRANÇAIS

340. Le Comité européen des droits sociaux a été saisi de nombreuses fois par des organisations syndicales françaises ; quatre saisines l'ont été à l'encontre du forfait-jours. L'objectif des auteurs des saisines était de faire reconnaître la violation de l'article 2§1 de la Charte sociale en axant à chaque fois leur raisonnement sur le respect des durées raisonnables de travail que ne permet plus le forfait-jours (**1**). Autrement dit, le fondement de l'action n'était pas de fragiliser les accords collectifs mettant en place le forfait-jours, mais de contester le dispositif lui-même, créé par la loi. Très peu de différences sont remarquables entre les saisines ; il n'est donc pas étonnant que le CEDS ait prononcé à chaque réclamation des condamnations similaires, notamment grâce à une comparaison méthodique entre le dispositif du forfait-jours et les dispositions de la Charte sociale européenne (**2**).

⁸⁰¹ Article 21 de la Charte sociale européenne de 1961.

⁸⁰² Rapport d'activités 2020 du Comité européen des droits sociaux, Annexe 4.

⁸⁰³ À l'instar du nombre de réclamations, la France est la première en termes de violation. Pour reprendre la comparaison avec l'Italie, cette dernière totalisait en 2018 11 violations.

1. Des saisines similaires axées sur le respect des durées raisonnables de travail

341. La première décision sur le bien-fondé rendue sur le forfait-jours date du 16 novembre 2001⁸⁰⁴, soit dès la création du dispositif. À l’initiative de la CFE-CGC, celle-ci avait pourtant été l’un des partenaires sociaux à proposer la création d’un « forfait-tout-horaire »⁸⁰⁵ correspondant au forfait-jours actuel, mais qui se voulait bien plus restreint quant aux salariés éligibles⁸⁰⁶. Le législateur n’ayant pas suivi les recommandations faites par la CFE-CGC, par cette réclamation le syndicat français a souhaité voir reconnaître la non-conformité des dispositions sur le forfait-jours, tel qu’issu de la loi Aubry II⁸⁰⁷, à la Charte sociale européenne révisée et entraînant une discrimination des cadres. En particulier, la CFE-CGC voit dans le forfait-jours une « négation pure et simple » des dispositions prévues à l’article 2§1 de la Charte.

Pourtant, si l’on suit la présentation faite par Bernard Van Craeynest⁸⁰⁸, président de la CFE-CGC de 2005 à 2013, le forfait-jours tel que prévu par la loi Aubry se différencie surtout par rapport aux salariés éligibles – le forfait créé étant ouvert à davantage de salariés que le forfait souhaité. L’organisation syndicale indique seulement sur ses supports de communication récents⁸⁰⁹ qu’elle voulait « encadrer le forfait-jours (...) par la garantie d’une durée raisonnable de travail » sans donner d’éléments concrets pour expliquer cet encadrement. Autrement dit, en portant sa réclamation sur le non-respect des dispositions relatives à la durée de travail maximale hebdomadaire, la CFE-CGC a cherché à remettre en cause un dispositif qu’elle aurait défendu si le législateur avait suivi ses recommandations⁸¹⁰.

⁸⁰⁴ CEDS, 16 novembre 2001, *Confédération française de l’Encadrement CFE-CGC c. France*, récl. n° 9/2000.

⁸⁰⁵ B. Van Craeynest, P. Masson, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », *RDT* 2011, p. 474. Il s’agissait du terme largement utilisé dans les premiers « accords 35 heures » négociés dans les entreprises. Ces forfaits étaient souvent destinés aux cadres supérieurs ou dirigeants. V. par ex. *Législation Sociale*, n° 7862 du 19 mai 1998, *Bref Social*, n° 12742 du 14 septembre 1998.

⁸⁰⁶ Il s’agissait essentiellement de salariés avec un niveau de responsabilité très élevé, par exemple les membres d’un Comité de direction. V. *Ibid.*

⁸⁰⁷ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF* n° 16 du 20 janvier 2000, texte n° 2.

⁸⁰⁸ B. Van Craeynest, P. Masson, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », *op. cit.*

⁸⁰⁹ V. le *Guide forfait-jours 2018*, CFE-CGC, p. 9 : <https://www.cfecgc.org/uploads/media/5cb5f07bbfe04/guide-forfait-jours-partiel.pdf?v1>. Soit 7 ans après l’article de Bernard Van Craeynest.

⁸¹⁰ Il eut été plus logique qu’elle agisse sur le terrain de la dérogation aux garanties de la Charte réalisée sur un nombre de salariés potentiels trop important pour justifier une telle dérogation. Une réclamation de la CGT aurait été moins surprenante du fait de sa position plus marquée contre le principe du forfait-jours.

342. C'est en 2004 que la CGT va formuler une réclamation devant le CEDS⁸¹¹, en même temps qu'une nouvelle réclamation de la CFE-CGC⁸¹². Les deux organisations syndicales vont construire leurs argumentations sur la première décision du CEDS de 2001 pour affirmer une aggravation de la situation déjà condamnée : en réduisant les critères pour définir l'éligibilité des salariés à la simple autonomie avec la loi Fillon II⁸¹³, le législateur permet à davantage de salariés de bénéficier du dispositif. La CGT va en outre reprocher à la loi Fillon III⁸¹⁴ de réduire les garanties de négociation collective – déjà estimées insuffisantes dans la décision de 2001 – en permettant à l'accord d'entreprise de déroger à l'accord de branche.

La dernière réclamation faite par des organisations syndicales avant l'arrêt du 29 juin 2011 a donné lieu à une décision sur le bien-fondé publiée le 23 juin 2010⁸¹⁵. La CGT reprend à nouveau les précédentes décisions du CEDS pour dénoncer une aggravation de la situation, en particulier avec la loi du 20 août 2008. En effet, le dispositif du forfait-jours a été non seulement étendu à davantage de salariés – dont des non-cadres – mais les garanties devant être prévues dans les accords collectifs jusqu'alors ont été retirées pour laisser la place à un entretien annuel obligatoire entre l'employeur et le salarié au forfait-jours.

343. Les dates des saisines et leur formulation montrent une motivation liée aux évolutions du forfait-jours initiées par le législateur et développant le dispositif. On remarque alors que dans chaque réclamation collective, les argumentations des organisations syndicales sont extrêmement similaires, voire identiques d'une réclamation à l'autre. Leur point central est le respect de l'article 2§1 de la Charte sociale européenne en vertu duquel les États signataires s'engagent « à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire ». Par sa neutralisation du décompte des heures de travail effectif – la seule limite étant la durée du repos journalier et du repos hebdomadaire – le forfait-jours va donc se retrouver en difficulté devant le Comité.

⁸¹¹ CEDS, 8 décembre 2004, *Confédération générale du travail (CGT) c. France*, récl. n° 22/2003.

⁸¹² CEDS, 30 novembre 2004, *Confédération française de l'Encadrement – CFE-CGC c. France*, récl. n° 16/2003.

⁸¹³ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JORF* du 18 janvier 2003, texte n° 1.

⁸¹⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* n°105 du 5 mai 2004 p. 7983, texte n° 1.

⁸¹⁵ CEDS, 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail (CGT) c. France*, récl. n° 55/2009.

2. Des condamnations similaires grâce à une analyse méthodique des critères de la Charte sociale

344. Structurées selon le même schéma⁸¹⁶, la lecture des décisions du Comité permet d'apprécier le raisonnement de celui-ci. Conscient de la particularité du droit européen de devoir s'inscrire dans une *relevance*⁸¹⁷ entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques étatiques, le Comité vient interpréter et nuancer les engagements pris par les États au travers de la Charte sociale européenne. C'est ainsi qu'il ne rejette pas le principe même du forfait-jours tout comme il accepte les diverses formes de flexibilité qui peuvent être mises en place par les États.

Trois critères sont toutefois dégagés par le Comité pour apprécier la conformité de ces mécanismes à l'article 2§1 de la Charte sociale européenne⁸¹⁸ : 1) empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ; 2) être établis par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes ; 3) prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail. Dans sa décision du 16 novembre 2001 et les suivantes, le Comité va confronter le forfait-jours à chacun de ces critères.

345. S'agissant de la durée du travail journalière, la durée minimale de repos de 11 heures empêche le salarié de travailler plus de 13 heures par jour, ce qui est raisonnable pour le Comité. En revanche, le salarié pouvant théoriquement travailler six jours par semaine à un rythme de 13 heures par jour, il peut être amené à réaliser 78 heures de travail effectif : cette durée est alors déraisonnable aux yeux du Comité. Or, bien qu'il s'agisse d'un calcul purement théorique, la simple possibilité d'une telle hypothèse suffit pour condamner le dispositif – démontrant la lecture stricte de la Charte par les experts du Comité.

⁸¹⁶ Les décisions du CEDS sont toutes structurées selon le même schéma : le rappel de la procédure, les conclusions des parties – auteur de la réclamation et gouvernement de l'État défendeur – suivi d'une synthèse du droit interne et de l'Union européenne pertinent⁸¹⁶ puis d'un paragraphe par prétention des parties où sont énoncées les argumentations des parties suivies de l'appréciation du Comité. Enfin, la décision se termine par la conclusion qui résume pour chaque prétention s'il y a violation ou non de la Charte sociale européenne, avec la proportion des voix.

⁸¹⁷ Reconnaissance par un ordre juridique de la valeur juridique de dispositions issues d'un autre ordre juridique. V. infra.

⁸¹⁸ CEDS, 16 novembre 2000, §29.

346. Concernant le cadre juridique du forfait-jours, malgré la nécessité d'un accord collectif prévoyant un suivi de la durée du travail, « la loi n'impose pas que les conventions collectives prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire, même si les partenaires sociaux ont évidemment la possibilité de le faire »⁸¹⁹. En outre, pour le Comité, le niveau de négociation de l'entreprise n'est pas de nature à permettre l'établissement d'un cadre juridique précis, sauf si des « garanties spécifiques sont prévues »⁸²⁰.

Enfin, sur le dernier critère, le Comité fait le choix, à chaque décision, de ne pas statuer dessus au regard des deux points précédents. Un tel choix démontre l'aspect central et complémentaire de ceux-ci.

347. Le Comité ne précise pas explicitement si ces critères sont cumulatifs ou alternatifs. La formulation impérative employée laisse fortement penser au premier adjectif : « Pour être jugées conformes à la Charte sociale révisée, ces législations ou réglementations doivent répondre à trois critères »⁸²¹. Les mécanismes « doivent répondre à trois critères » ; ils ne doivent pas répondre à l'un d'eux seulement. Or, il est possible de voir dans les deux premiers critères – en particulier au regard de l'argumentation du Comité dans ses décisions sur le forfait-jours français – la trace d'une supplétivité⁸²².

348. Les décisions du CEDS peuvent donc manquer de précision sur certains points. Les opinions dissidentes annexées peuvent être en revanche éclairantes⁸²³. Dans les affaires sur le forfait-jours, la reconnaissance de la violation de l'article 2§1 a connu d'importantes

⁸¹⁹ *Ibid.*, §34.

⁸²⁰ *Ibid.*, §35. Deux remarques peuvent être formulées dès à présent devant cette précision du Comité. Tout d'abord, il pourrait être permis de penser que l'exigence de limitation des durées maximales journalières et hebdomadaires de travail peut être comblée par les partenaires sociaux, mais il n'en est rien : la formulation employée par le Comité exige bien que ce soit l'État qui fixe les durées maximales de travail ou, à défaut, qu'il oblige les partenaires sociaux à en fixer. Secondement, la position du Comité sur la négociation d'entreprise est totalement opposée à celle adoptée en France depuis au moins 1982 et les lois Auroux où l'accord d'entreprise n'a fait que gagner en importance et en autonomie dans l'ordre juridique français.

⁸²¹ *Ibid.*, §29.

⁸²² Il est reproché à la législation sur le forfait-jours de ne pas permettre le respect des limites horaires hebdomadaires – point n° 1. Mais il est ensuite reproché de ne pas obliger les partenaires sociaux à prévoir des durées maximales hebdomadaires. Le Comité admet ici la possibilité pour un État de pallier ses manquements grâce à des obligations à l'égard des partenaires sociaux. Dès lors, nous avons effleuré ce sujet plus haut, si la loi avait imposé aux négociateurs de prévoir des moyens permettant de respecter la durée hebdomadaire qui faisait défaut dans le point numéro 1, le forfait-jours aurait pu être validé sur les deux premiers critères. En effet, une limite existerait de facto, peu importe qu'elle soit fixée par l'État ou imposée par celui-ci aux négociateurs.

⁸²³ Les décisions sont prises à la suite d'un vote des experts du Comité sur chaque point de leurs conclusions. Pouvoir connaître le nombre de voix pour et de voix contre est déjà une précision très intéressante.

évolutions de majorité en passant de 5 contre 3 en 2001 à 7 contre 3 en novembre 2004, puis 10 contre 3 en décembre 2004, pour atteindre l'unanimité en 2010 et 2021. Cette évolution vers l'unanimité peut s'expliquer par les extensions vues précédemment.

En effet, une lecture des opinions dissidentes permet de comprendre que certains experts du Comité voyaient, dans les toutes premières décisions, une absence de violation de la Charte en raison du faible nombre de salariés concernés par le dispositif. Cette position a été exprimée par Monsieur Stein Evju⁸²⁴. Sans contester la durée de travail déraisonnable que permet théoriquement d'atteindre le forfait-jours, avec 5 % de travailleurs concernés par le dispositif, Monsieur Evju estimait que la grande majorité des travailleurs français bénéficiaient de la protection demandée par la Charte. Il est difficile d'affirmer avec certitude la raison du glissement vers une unanimité, mais il est envisageable que l'élargissement progressif au fil des réformes du dispositif a conduit à conforter la conviction générale des experts.

Pour autant, les décisions du Comité connaissent une portée limitée, notamment en raison du mécanisme des résolutions du Comité des ministres tel qu'il est pratiqué.

B. LA PORTEE LIMITEE DES DECISIONS DU CEDS

349. Conformément au Protocole additionnel de 1995 – et en particulier son article 9 – le Comité des ministres du Conseil de l'Europe doit prendre systématiquement une résolution après chaque rapport du CEDS à la suite d'une réclamation collective ; il est également obligé de faire des recommandations si le Comité d'experts a conclu à la violation de la Charte sociale européenne⁸²⁵. Cependant, l'efficacité de la procédure et l'action du Comité des ministres ne sont qu'essentiellement théoriques. Dans le cas du forfait-jours, la procédure se révèle inefficace **(1)**.

La portée des décisions du CEDS n'est pas simplement limitée à la procédure de réclamations collective elle-même. Au-delà des obstacles procéduraux, c'est l'ensemble du support sur lequel ils s'appuient qui se trouve en difficulté en raison des carences propres à la Charte sociale européenne **(2)**.

⁸²⁴ Position à laquelle se sont ralliés Monsieur Rolf Birk en 2001, novembre 2004 et décembre 2004, et Monsieur Konrad Grillberger dans les décisions de 2004.

⁸²⁵ En effet, la formulation utilisée dans le Protocole additionnel est sans équivoque : « Sur la base du rapport du Comité d'experts indépendants, le Comité des Ministres adopte une résolution à la majorité des votants. En cas de constat, par le Comité d'experts indépendants, d'une application non satisfaisante de la Charte, le Comité des Ministres adopte, à la majorité des deux tiers des votants, une recommandation à l'adresse de la Partie contractante mise en cause ».

1. L'inefficience de la procédure

350. La première résolution prise par le Comité des ministres sur le forfait-jours français date du 26 mars 2002⁸²⁶. Elle ne consiste qu'en une simple liste de « prises de notes » de la situation française. Pour certains, avec cette résolution, le Comité des ministres se serait « mépris sur l'étendue de ses pouvoirs »⁸²⁷. N'ayant pris aucune recommandation contrairement à ce que prévoit le Protocole, il se serait plutôt totalement mépris de son rôle. Il est aussi possible de voir dans cette résolution une méprise sur les pouvoirs du Comité des ministres car sa prise de note cache en substance une remise en cause de l'appréciation du Comité d'experts : pour ne citer que les trois premiers points, il est pris note « que les mesures en cause visent à faire bénéficier d'une réduction effective de leur temps de travail les cadres autonomes dont on ne peut prédéterminer les horaires de travail », « que ces cadres ne représentent qu'une minorité de salariés (5 % environ) »⁸²⁸ et « que la loi française impose que le régime du temps de travail des salariés concernés soit fixé dans le cadre d'un accord conclu entre partenaires sociaux ». Ces trois « prises de note » viennent en quelque sorte substituer l'appréciation du Comité des ministres à celle du CEDS. Finalement, aucune recommandation n'a été faite.

Par la suite, les deux résolutions prises après les décisions sur le bien-fondé de 2004⁸²⁹ ne font que prendre note du rapport du Comité d'expert : aucune autre disposition n'est indiquée. Enfin, la dernière résolution date de 2011⁸³⁰. Dans celle-ci, le Comité des ministres innove et « appelle de ses vœux que la France fasse état, lors de la présentation du prochain rapport relatif aux dispositions pertinentes de la Charte sociale européenne révisée, de tout nouvel élément dans la mise en œuvre de la Charte sociale européenne révisée ». Cet appel sonne particulièrement creux ; l'absence de juridicité réelle et d'effectivité est frappante : en plus de n'avoir aucun caractère contraignant pour l'État visé, le vœu formulé

⁸²⁶ Résolution ResChS (2002) 4 du 26 mars 2002, statuant sur la Réclamation n° 9/2000 par la Confédération française de l'encadrement CFE-CGC contre la France.

⁸²⁷ J.-M. Belorgey, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2007, p. 226.

⁸²⁸ Le Comité des ministres se rapproche donc de l'opinion dissidente de Monsieur Evju vue précédemment.

⁸²⁹ Résolution ResChS (2005) 7 du Comité des Ministres du 4 mai 2005, statuant sur la Réclamation collective n° 16/2003 par la Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC) contre la France ; Résolution ResChS (2005) 8 du Comité des Ministres du 4 mai 2005, statuant sur la Réclamation collective n° 22/2003 par la Confédération générale du travail (CGT) contre la France.

⁸³⁰ Résolution ResChS (2011) 4, statuant sur la Réclamation collective n° 55/2009 par la Confédération générale du travail (CGT) contre la France. La décision du CEDS de 2021 n'a pour l'heure donné lieu à aucune résolution.

par le Comité des ministres n'est que pure rhétorique puisqu'il ne fait que souhaiter que l'État se conforme aux dispositions de l'article 10 du Protocole additionnel⁸³¹.

351. Des développements qui précèdent, nous pouvons constater qu'aucune réelle recommandation n'a été faite par le Comité des ministres dans les réclamations collectives relatives au forfait-jours. Pourtant celui-ci a déjà eu l'occasion d'émettre une « recommandation très ferme »⁸³² qui « incit[ait] plutôt à l'optimisme »⁸³³ dans le texte⁸³⁴ adopté à la suite de la réclamation du Syndicat national des professions de tourisme⁸³⁵. Dans cette recommandation, le Comité des ministres a émis de vraies propositions, claires et sans équivoque comme le montre le point n° 2 où il est recommandé « d'autoriser l'accès de tous les espaces des monuments historiques et des musées nationaux à tous les guides et conférenciers possédant la carte professionnelle (...) ». La forme et le fond sont ici à l'opposé des résolutions prises dans les affaires sur le forfait-jours. Cependant, il s'agit là de la seule et unique vraie recommandation faite par le Comité des ministres à l'égard de la France dans le cadre des réclamations collectives⁸³⁶.

À part l'exception de 2001, le Comité des ministres n'adopte donc jamais de recommandations dans le cadre de la procédure de contrôle par réclamation collective. Il y a donc un défaut d'application du Protocole additionnel par le Comité des ministres⁸³⁷. Pour autant, aucune remarque n'est faite tant par la doctrine que le CEDS.

⁸³¹ « La Partie contractante mise en cause donnera des indications sur les mesures qu'elle aura prises pour donner effet à la recommandation du Comité des Ministres dans le prochain rapport qu'elle adressera au Secrétaire Général en application de l'article 21 de la Charte ».

⁸³² J.-F. Akandji-Kombé, « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2001, p. 977.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ Recommandation ResChS (2001) 1 adoptée dans le cadre de la réclamation collective n° 6/1999 Syndicat national des professions du tourisme contre la France.

⁸³⁵ CEDS, 10 octobre 2000, *Syndicat national des professions du tourisme c. France*, récl. n° 6/1999.

⁸³⁶ En effet, si l'on en croit le site du Conseil de l'Europe et son outil de recherche (<https://search.coe.int/>), seules trois recommandations ont été émises par le Comité des ministres à l'égard de la France dans le cadre du processus de contrôle. Il s'agit de recommandations faites uniquement à la suite de conclusions du CEDS dans le cadre de la procédure de contrôle classique. La base de données HUDOC (<https://hudoc.esc.coe.int/>) n'est pas davantage fournie.

⁸³⁷ Cette position peut s'expliquer par le caractère éminemment politique du Comité des ministres. Tandis qu'il devrait, dans le cadre des réclamations collectives, se contenter d'enregistrer les décisions du CEDS et émettre les recommandations adéquates en cas de non-conformité, le Conseil peut choisir de ne pas donner suite. C'est le résultat du curieux mélange des pouvoirs au sein du Conseil : mélange du pouvoir exécutif et judiciaire. En effet, le CEDS ne pouvant faire exécuter ses décisions, il faut l'action du Comité des ministres pour voir le pouvoir judiciaire pleinement exercé.

352. Le détail des décisions du Comité européen des droits sociaux sur le forfait-jours met en lumière un flagrant défaut de juridicité. Le rôle et la place que tient la Charte sociale européenne dans notre ordre juridique national et son articulation avec les autres sources issues de l'ordre juridique européen permet d'apporter des éléments d'explication.

2. Les carences de la Charte sociale européenne

353. Selon Suzanne Grévisse, la Charte sociale européenne souffre de trois défauts⁸³⁸ : l'indifférence des États signataires à son égard, les différentes normes européennes et internationales existantes et se nuisant parfois les unes aux autres, et la « crise du modèle social européen dans un monde dominé par la globalisation, la libre entreprise et la primauté de l'économie ». Intéressons-nous aux deux premiers⁸³⁹.

354. La concurrence évoquée s'observe à deux niveaux. Le premier est celui du concours entre les normes européennes et les normes extra-européennes telles que les conventions de l'Organisation internationale du travail ou le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸⁴⁰. Le second niveau se situe entre les normes européennes elles-mêmes, et en particulier entre le droit de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe. C'est ainsi qu'une concurrence s'est instaurée entre les directives de l'Union européenne, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Charte sociale européenne. Le Comité européen des droits sociaux en est pleinement conscient ; il affirme à cet effet qu'il est « attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits »⁸⁴¹ : ceux protégés par la Convention EDH et ceux protégés par la Charte sociale.

⁸³⁸ S. Grévisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884.

⁸³⁹ La formulation employée par l'auteur pour évoquer le troisième défaut fait penser aux prémices de la position doctrinale apparue à la suite des arrêts *Viking* (CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*) et *Laval* (CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*) rendus par la Cour de Justice de l'Union Européenne (alors Cour de Justice des Communautés Européennes) en 2007. V. également O. De Schutter, « La Charte sociale européenne par temps de crise », *Louvain-la-neuve, Working Paper* 2016-1. Cette interprétation faite à l'égard des droits sociaux au sens large – et non à la seule Charte sociale européenne – est à nuancer au regard de l'évolution des droits sociaux (v. C.-M. Herrera, *Les droits sociaux*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 31 et s.).

⁸⁴⁰ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

⁸⁴¹ CEDS, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, récl. n° 14/2003.

La concurrence des normes peut créer aussi la confusion si l'on prend en compte la ressemblance entre les différents textes – les plus récents s'inspirant des plus anciens. Tel est le cas de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article II-12⁸⁴² est proche du §11 de la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs⁸⁴³, qui est lui-même proche de l'article 5 de la Deuxième partie de la Charte sociale européenne de 1961⁸⁴⁴. Néanmoins, les différents textes ne jouissent, aux yeux du CEDS, d'aucune présomption de validité entre elles⁸⁴⁵.

355. L'indifférence des États signataires à l'égard de la Charte sociale européenne est selon nous le défaut le plus marquant de ce texte, au regard des autres textes européens. Cette difficulté s'explique en partie par la place des droits sociaux⁸⁴⁶ dans les ordres juridiques tant nationaux qu'internationaux. En France, la comparaison avec les droits contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 conduit une partie de la doctrine à placer les droits sociaux en second plan⁸⁴⁷ tandis qu'en Europe, les droits civils et

⁸⁴² « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts ».

⁸⁴³ « Les employeurs et les travailleurs de la Communauté européenne ont le droit de s'associer librement en vue de constituer les organisations professionnelles ou syndicales de leur choix pour la défense de leurs intérêts économiques et sociaux.

Tout employeur et tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à ces organisations, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel ».

⁸⁴⁴ « En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale ».

⁸⁴⁵ C'est ce qu'avait voulu avancer le gouvernement français lors de la réclamation n° 16/2003 ayant donné lieu à la décision sur le bien-fondé du 30 novembre 2004 pour justifier les dérogations du forfait-jours : celles-ci respectant la directive n° 93/104/CE, elles respectaient de fait la Charte sociale européenne. Le CEDS n'a pas suivi ce raisonnement en affirmant « que la circonstance que la disposition en question s'inspire d'une directive communautaire ne la soustrait pas à l'empire de l'article 2 de la Charte ». Le Comité s'inspire explicitement « *mutatis mutandis* » de l'arrêt de la Cour EDH du 22 octobre 1996, *Cantoni c. France*. Cette position a été réaffirmée lors de la décision du CEDS du 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail (CGT) c. France*, récl. n° 55/2009, §35.

⁸⁴⁶ Notion à géométrie variable au fil du temps, elle désigne aujourd'hui essentiellement les droits attachés aux travailleurs. V. pour une rapide présentation C.-M. Herrera, *Les droits sociaux*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 3 et s., spéc. p. 6.

⁸⁴⁷ Pour une présentation de la place accordée aux droits sociaux, se référer à D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Revue des droits de l'homme* 2012-1. L'auteur évoque même « une certaine vulnérabilité normative » des droits sociaux.

politiques sont auréolés d'une Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; convention gardée par la Cour européenne des droits de l'Homme, véritable juridiction. Les droits sociaux quant à eux ont une Charte sociale européenne dont l'application est observée par un « Comité d'experts » se prononçant, jusqu'au Protocole additionnel, sur des rapports biennaux élaborés par les États parties⁸⁴⁸.

356. Dans notre ordre juridique national en particulier, cette problématique ressort à travers celle de l'effet direct des normes internationales⁸⁴⁹. Pour résumer de façon suffisamment concise, l'effet direct consiste à reconnaître aux individus d'un État la possibilité d'utiliser des normes européennes et internationales devant les juridictions internes ou internationales dans un litige entre particuliers – on parlera d'effet direct horizontal – ou avec l'État – on parlera d'effet direct vertical. Le principe de l'effet direct a été reconnu pour le droit de l'Union européenne dans l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963 de la CJCE⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ Le CEDS a toutefois déjà eu l'occasion d'affirmer que les droits de la Charte sociale européenne, « instrument vivant », complétaient ceux exprimés par la Convention EDH : CEDS, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, récl. n° 14/2003.

⁸⁴⁹ C'est le cas par exemple de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 pour qui, alors que le Conseil d'État lui reconnaissait un effet direct depuis 1997 (CE, 22 septembre 1997, n° 161364, *Mlle Cinar*), la Cour de cassation a procédé en 2005 (Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20.613) à un revirement de la jurisprudence *Lejeune* (Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n° 91-11.310) où elle avait refusé de reconnaître tout effet direct au texte international. Plus médiatique a également été la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur le contrat nouvelles embauches (Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124), avec la reconnaissance de l'application directe en droit interne de l'article 4 de la convention de l'Organisation Internationale du Travail n° 158 sur le licenciement du 22 juin 1982. Le Conseil d'État s'est en particulier prononcé sur les conditions pour déterminer l'effet direct d'une disposition internationale dans son arrêt *GISTI-FAPIL* de 2012 (CE, 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI-FAPIL*, publié au Lebon : *AJDA* 2012, p. 735 ; *ibid.*, p. 936 ; *ibid.*, p. 729, tribune Y. Aguila, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 2014, p. 125, chron. T.-X. Girardot ; *D.* 2012, p. 1712, note B. Bonnet ; *ibid.* 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDI* 2013, p. 489, étude F. Zitouni ; *Dr. soc.* 2012, p. 1014, étude J.-F. Akandji-Kombé ; *RFDA* 2012, p. 547, concl. G. Dumortier ; *ibid.*, p. 560, note M. Gautier ; *ibid.*, p. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *ibid.* 2013, p. 367, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *ibid.*, p. 417, chron. C. Santulli ; *RDSS* 2012, p. 940, note S. Biagini-Girard ; *Constitutions* 2012, p. 297, obs. A. Levade ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 133, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2012, p. 487, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2012, p. 928, obs. D. Ritleng).

⁸⁵⁰ CJCE 5 février 1963, *NV Algemene Transport – en Expedite Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62 : « Le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; (...) ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires ». Ces principes ont également été rappelés dès CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. 48/71 : « les règles de droit communautaire, établies par le traité lui-même ou en vertu des procédures qu'il a instituées, s'appliquent de plein droit au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté ».

Cet effet direct ne s'applique pas pour toutes les normes de l'Union européenne⁸⁵¹. Ce principe est cependant bien intégré par nos juridictions nationales s'agissant du droit de l'Union européenne. Dès lors, le juge interne est compétent pour s'assurer de la bonne application des dispositions du droit de l'Union en cas de litige. En revanche, la réciproque n'est pas vraie en ce qui concerne le droit du Conseil de l'Europe⁸⁵² bien que la Cour de Justice de l'Union Européenne ait déjà reconnu l'effet direct horizontal des articles 21§1 et 47 de la Charte des droits fondamentaux⁸⁵³. On a donc un effet direct à deux vitesses. Seuls les droits de la Convention EDH arrivent à se démarquer par une réelle efficience – bien que la procédure devant la Cour EDH souffre d'une difficulté temporelle⁸⁵⁴ – grâce à la possibilité explicitement accordée aux citoyens des États parties de saisir individuellement la Cour.

357. L'extension du forfait-jours à davantage de salariés a ainsi fragilisé la sécurité juridique du dispositif en décuplant sa portée et la nécessité d'une régulation. C'est également cette extension qui a conduit au glissement vers une position unanime des membres du CEDS sur la non-conformité du forfait-jours à la Charte des droits fondamentaux.

Pourtant, on a vu que le CEDS n'avait pas de réel impact, pas de véritable juridicité pouvant contraindre la France à modifier le forfait-jours conformément aux recommandations. La portée de la procédure de réclamations collectives est juridiquement très limitée car sans recommandation du Conseil des Ministres, aucune sanction ne peut être prise à l'encontre de l'État. D'ailleurs, le Gouvernement français a justifié la validité du

⁸⁵¹ Ainsi, les règlements sont « directement applicable[s] dans tout État membre » (Art. 288 TFUE, al. 2) tandis que les directives nécessitent « d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers » (CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c/ Office*, aff. 41/74). Enfin, « les recommandations et les avis ne lient pas » (Art. 288 TFUE, al. 5).

⁸⁵² Le Conseil d'État est par exemple assez réservé, notamment sur l'article 2§1 pour lequel il a affirmé : « qu'eu égard notamment à la marge d'appréciation laissée aux États membres pour prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des stipulations du paragraphe 1 de l'article 2, ces stipulations ne créent pas de droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir » (CE, 30 janvier 2015, n° 363520, *Union syndicale Solidaires* : AJDA 2015, p. 194). La Cour de cassation a toutefois déjà appliqué de manière directe les articles 5 et 6 de la Charte sociale : Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 : *Bull. civ.*, V, n° 100 ; D. 2010.

⁸⁵³ CJUE 17 avril 2018, *Vera Egenberger c/ Evangelisches Werk für diakonie und Entwicklung*, aff. n° C-414/16 : JCP S 2018, act. 129.

⁸⁵⁴ L'obligation d'avoir épuisé toutes les voies de recours à sa disposition en droit interne avant de porter son litige devant la Cour EDH conduit à une reconnaissance – ou un rejet – longtemps après les débuts de la première instance.

forfait-jours lors de l’instruction de la deuxième réclamation⁸⁵⁵ en affirmant que « les Délégués des Ministres auraient conclu à l’absence d’une violation de la Charte révisée »⁸⁵⁶. Pour le Gouvernement, l’absence de recommandation équivaut à ne pas donner de valeur à la décision du CEDS et ainsi ne pas reconnaître les violations observées.

Le CEDS ne s’est pas prononcé sur les accords collectifs mettant en place le forfait-jours : il ne s’est prononcé que sur le dispositif légal et la possibilité accordée par le législateur de déployer le forfait-jours via un accord collectif. Pourtant, c’est sur le second outil, l’accord collectif, que l’insécurité juridique va se porter. Ainsi, malgré tous ses défauts, les décisions des experts du Comité européen sont parvenues à atteindre directement notre ordre juridique et modifier le système du forfait-jours grâce à l’influence de la jurisprudence nationale qui va agir sur le principal levier du dispositif : l’accord collectif.

SECTION 2 : LE CONTROLE JUDICIAIRE

PROVOQUANT L’INSECURITE JURIDIQUE DU FORFAIT-JOURS

358. Pour certains, les appréciations du CEDS, même dépourvues d’une réelle effectivité, représentent « une pression qu’il devient de plus en plus difficile pour les États d’ignorer »⁸⁵⁷, de sorte que l’utilisation du droit européen peut être « souterraine »⁸⁵⁸. C’est exactement ainsi que la Cour de cassation s’est attribué le raisonnement du CEDS à propos du forfait-jours. De manière tardive⁸⁵⁹, mais efficace, le juge français va porter une attention toute particulière aux griefs européens pour se les approprier et les retranscrire dans notre ordre juridique national afin de sécuriser le forfait-jours. Cette action créative – appropriative – du juge a été à l’origine de l’insécurité juridique que nous connaissons encore aujourd’hui.

⁸⁵⁵ CEDS, 30 novembre 2004, *Confédération française de l’Encadrement – CFE-CGC c. France*, récl. n° 16/2003.

⁸⁵⁶ CEDS, 30 novembre 2004, *Confédération française de l’Encadrement – CFE-CGC c. France*, récl. n° 16/2003, §20.

⁸⁵⁷ A.-M. Tournepiche, « La dynamisation du droit au logement par le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2015, p. 232.

⁸⁵⁸ J.-F. Akandji-Kombé, « De l’invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 1014.

⁸⁵⁹ L’arrêt fondateur de la saga jurisprudentielle sur le forfait-jours date de 2011 alors que la première décision du CEDS date de 2001.

359. Les impacts sur la sécurité juridique des accords collectifs mettant en place le forfait-jours ont été particulièrement importants en raison des hésitations et imprécisions de la jurisprudence en construction (§1), créant une situation d'insécurité juridique tant sur les partenaires sociaux qui ne savaient pas quoi négocier, que sur les accords collectifs lesquels pouvaient voir leurs stipulations invalidées. Cette jurisprudence va également initier, tardivement, un mouvement de sécurisation de la part du législateur. Pourtant, ce mouvement s'avère insuffisant. Les évolutions initiées par la jurisprudence ont cependant eu des conséquences importantes sur les relations de travail et la sécurité juridique du triptyque loi, accord collectif et convention individuelle (§2), notamment grâce à une sécurisation des conventions individuelles et permettant aux employeurs de combler les lacunes de l'accord collectif.

§1. UNE JURISPRUDENCE HESITANTE ET IMPRECISE

360. La jurisprudence construite par la Cour de cassation est le résultat d'un savant mélange de sources nationales et internationales⁸⁶⁰ pour tenter de retranscrire les effets de décisions rendues sur la base d'une source dont certains articles – ceux intéressant la durée du travail notamment – ne sont pas d'application directe⁸⁶¹. L'exercice de retranscription du fondement juridique est déjà périlleux ; celui de l'application concrète sur les relations de travail et les accords collectifs nationaux l'est tout autant.

C'est pourquoi la Cour de cassation n'a pas immédiatement établi un cadre clair et précis dans le cadre de son action créatrice. Après plusieurs hésitations (A), la jurisprudence s'est stabilisée en se limitant à quelques évolutions à la marge. Au cœur de l'insécurité juridique générée par la tentative de sauvetage du forfait-jours se trouve la question de la validation des accords collectifs mettant en place le dispositif. La jurisprudence étant stabilisée, il sera alors pertinent d'identifier les critères dégagés (B).

⁸⁶⁰ Le visa de l'arrêt du 29 juin 2011, repris pour l'essentiel dans toutes les décisions relatives à la validité d'un accord collectif instituant le forfait-jours est riche : « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

⁸⁶¹ La Cour de cassation ne se réfère d'ailleurs pas à la Charte sociale européenne, mais à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lequel se réfère à la Charte. Tel un cheval de Troie, l'article 2§1 de la Charte sociale européenne parvient à agir sur les situations juridiques nationales.

A. LES HESITATIONS JURISPRUDENTIELLES

361. Les hésitations se manifestent de différentes manières. Parmi elles, la Convention collective nationale de l'automobile est un cas unique, mais intéressant à parcourir car la Cour de cassation va rendre des décisions contraires quant à la validité des dispositions de cette norme conventionnelle mettant en place le forfait-jours (1). Plus marquées ont été les hésitations sur le sort des conventions individuelles irrégulières (2), notamment sur la portée de la sanction.

1. Des décisions contraires

362. La convention collective nationale de l'automobile⁸⁶² est un exemple frappant de la difficulté à construire une jurisprudence pour la Cour de cassation. En effet, ce texte conventionnel a fait l'objet d'un premier contrôle de la Cour en 2014. Celle-ci avait validé les dispositions relatives au forfait-jours en affirmant que leur respect était « de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours »⁸⁶³. Cet arrêt n'ayant pas fait l'objet de la moindre publication, ce succès est resté discret, même au sein de la doctrine⁸⁶⁴. L'absence de publication est pour le moins étonnante au regard de l'enjeu.

363. La même convention collective de l'automobile a été analysée une seconde fois par la Cour de cassation dans un arrêt – publié – du 9 novembre 2016⁸⁶⁵. Le résultat est drastiquement différent du premier contrôle puisque les dispositions relatives au forfait-jours ont été invalidées. La doctrine s'en est enfin saisie⁸⁶⁶, mais, conséquence du silence du

⁸⁶² Convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981, étendue par arrêté du 30 octobre 1981, IDCC 1090.

⁸⁶³ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-19.990, inédit ; JurisData n° 2014-015022.

⁸⁶⁴ Seules des évocations de validation par J.-B. Cottin, « Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs », *JCP E* 2015, 1080 ; ou encore D. Julien-Paturle, « Forfait-jours : l'avenant de 2004 retoqué », *JSL* 2015, n° 394-35, mais aucune analyse doctrinale.

⁸⁶⁵ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-15.064, publié au bulletin : *D.* 2016 p. 2348 ; *D. actualité* du 14 décembre 2016 ; *RJS* 1/17, n° 26 ; *JCP S* 2016, 1432 ; *JCP E* 2016, act. 951 ; *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1759, p. 11 ; *JSL* 2016, n° 421-422-5 ; *Cah. soc.* 2017, n° 292, p. 33.

⁸⁶⁶ F. Lalanne, « Forfait-jours : la Cour de cassation conforte un contrôle strict de l'amplitude et de la charge de travail », *JSL* 2016, n° 421-422-5 ; F. Ducloz, P. Florès, « Chronique rémunération et durée du travail - second semestre 2016 (2^{ème} partie) », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1759, p. 11.

premier arrêt, seuls deux auteurs évoquent⁸⁶⁷ ce qui semble être un revirement de jurisprudence.

Si l'on se penche sur les dispositions en cause, l'invalidité est tout à fait justifiée au regard de la rédaction de l'arrêt de 2016 car les dispositions conventionnelles prévoyaient, certes, un document de contrôle rempli par le salarié, mais elles n'énonçaient pas explicitement que ce document devait être également contrôlé ou suivi par la hiérarchie comme le mentionne la convention collective de la métallurgie précédemment validée⁸⁶⁸. Or, les dispositions de l'article 1.09, f de la convention collective de l'automobile n'ont pas changé entre l'arrêt de 2014 et celui de 2016 : ce dernier est donc bien un revirement de jurisprudence du premier. Mais il est également intéressant car, observé au travers du prisme du revirement, cet arrêt marque une légère évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation, prémonitoire, annonçant l'ajout un an plus tard de l'arrêt du 5 octobre 2017⁸⁶⁹.

Néanmoins, pour finir sur la convention collective de l'automobile, il convient de relever que l'article 1.09, mais surtout l'article 4.06 a été réécrit par un avenant du 3 juillet 2014⁸⁷⁰ qui tire de manière anticipée les conséquences de la construction jurisprudentielle qui conduiront à l'invalidation en 2016. Cette nouvelle formulation⁸⁷¹ n'a pas encore été étudiée par la Cour de cassation, mais elle semble moins protectrice que celle de la

⁸⁶⁷ F. Canut, « Forfait en jours : censure de la convention collective du commerce et de la réparation de l'automobile », *Cah. soc.* 2017, n° 292, p. 33 et les obs. sous *RJS* 1/17, n° 26. À noter toutefois que la référence au premier arrêt n'est évoquée, dans le premier article, que brièvement dans une phrase entre parenthèses ; dans les observations, il s'agit également d'une simple évocation dans une phrase.

⁸⁶⁸ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *op. cit.* : « que le supérieur hiérarchique du salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours assure le suivi régulier de l'organisation du travail de l'intéressé et de sa charge de travail ».

⁸⁶⁹ Cass. soc., 5 octobre 2017, nos 16-23.106 à 16-23.111 : *op. cit.* : « faute de prévoir un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs qui lui sont transmis, *permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable*, ces dispositions ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et n'assurent pas une bonne répartition, dans le temps, du travail des intéressés ».

⁸⁷⁰ Arrêté du 9 avril 2015 portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des services de l'automobile (n° 1090), *JORF* n°0091 du 18 avril 2015, texte n° 63.

⁸⁷¹ Art. 4.06 (extrait) : « Afin d'assurer la meilleure adéquation entre les conditions de travail particulières qui en découlent et les responsabilités assumées par ces salariés [au forfait-jours], les entreprises sont tenues d'assurer un suivi individuel régulier des salariés concernés et sont invitées à mettre en place des indicateurs appropriés de la charge de travail.

Compte tenu de la spécificité du dispositif des conventions de forfait en jours, le respect des dispositions contractuelles et légales sera assuré au moyen d'un système déclaratif, chaque salarié en forfait jours devant renseigner le document de suivi du forfait mis à sa disposition à cet effet.

Ce document de suivi du forfait fera apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que le positionnement et la qualification des jours non travaillés en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels, jours fériés chômés, jours de repos liés au forfait, autres jours non travaillés.

Établi mensuellement par le collaborateur qui en remettra un exemplaire à l'employeur ou à son représentant désigné, ce document rappellera la nécessité de respecter une amplitude et une charge de travail raisonnables ».

convention collective de la métallurgie. En effet, même s'il faut souligner l'attention du détail des dispositions quant au document établi par le salarié et le suivi par l'employeur ou son représentant, force est de constater que le suivi effectué par ce dernier ne concerne que les jours travaillés et les jours de repos : aucune précision n'est faite quant à l'organisation du travail ou la charge de travail du salarié et aucune référence à un possible droit d'alerte avec entretien n'est effectuée ; le simple rappel de la nécessité de respecter une amplitude et une charge de travail raisonnables semble insuffisant. Cette réserve quant à la nouvelle formulation est également avancée par Monsieur Jean Siro⁸⁷². Ainsi, en cas de nouveau contrôle par la Cour de cassation, les chances de passage avec succès des nouvelles rédactions de la convention collective de l'automobile sont faibles.

La convention collective de l'automobile est donc un exemple de difficulté pour la Cour de cassation à mettre en œuvre sa propre jurisprudence qu'elle construit au fur et à mesure, affectant la sécurité juridique des accords collectifs instituant le forfait-jours : un accord validé un jour pourrait être invalidé plus tard. Le sort de l'accord collectif est alors incertain ; les conventions individuelles ont également connu une incertitude concernant les sanctions en cas d'irrégularité.

2. L'incertaine sanction des conventions individuelles de forfait-jours irrégulières

364. Un autre point d'hésitation concerne les conséquences juridiques applicables aux conventions individuelles considérées comme irrégulières, non par leurs stipulations, mais en raison d'éléments extérieurs. Cette régularité extérieure peut être affectée de deux manières : soit l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions individuelles est invalidé, soit l'employeur n'applique pas correctement les dispositions de l'accord.

Ces deux irrégularités auraient pu faire l'objet d'un traitement similaire. Pourtant la Cour de cassation va dégager progressivement deux conséquences distinctes : la privation d'effet ou la nullité. Tandis que la première n'entraîne la suspension de l'acte que pour l'avenir, la seconde est beaucoup plus radicale puisque l'acte est purement annulé tant pour le passé que pour l'avenir.

⁸⁷² J. Siro, « Forfait-jours : sanction du "système auto-déclaratif" sans contrôle de l'employeur », *D. actualité* du 14 décembre 2016.

365. Depuis les débuts du forfait-jours, le dispositif ne peut être mis en place dans une entreprise qu'à la condition de prévoir par accord collectif la possibilité de conclure des conventions individuelles. Or, bien que l'arrêt de 2011 reconnût la privation d'effet en cas de mauvaise application de l'employeur, cette position n'était pas celle retenue initialement. En effet, avant la prise en compte des décisions du CEDS, la Cour de cassation recourait à l'attribution de dommages-intérêts. Les conséquences d'une telle position étaient limitées à l'attribution d'une somme d'argent dont le montant était déterminé en fonction d'un préjudice qu'il fallait d'ailleurs prouver. Mais surtout, les actes juridiques demeuraient intacts : accord collectif et convention individuelle demeuraient applicables en l'état⁸⁷³.

L'arrêt de 2011 a donc représenté un revirement de jurisprudence sur ce point, amplifiant davantage sa portée. La privation d'effet a été confirmée dans un arrêt du 2 juillet 2014⁸⁷⁴ où l'employeur qui ne niait pas ses manquements dans l'application de l'accord collectif reprochait aux juges du fond d'avoir déclaré la convention individuelle privée d'effet au lieu d'appliquer la responsabilité contractuelle en accordant des dommages-intérêts. Les conséquences sont dès lors plus importantes puisque le salarié dont la convention individuelle est privée d'effet peut dès lors obtenir le paiement des heures supplémentaires qu'il aurait réalisées s'il parvient à les prouver.

366. La sanction stabilisée, elle n'en demeure pas moins source d'interrogation : que signifie exactement la privation d'effet ? Et quelle est sa portée ? L'idée de la suspension a pu être avancée⁸⁷⁵, notamment en cas d'application irrégulière de la part de l'employeur, exécutant correctement certaines années et pas d'autres. Celle de la caducité également. La Cour de cassation s'en est pourtant tenue à l'affirmation péremptoire d'une privation d'effet par mauvaise application d'un accord collectif.

Cette sanction pourrait s'analyser en une suspension si le salarié était toujours en poste. Or, les affaires de conventions individuelles inappliquées allant jusque devant la Cour de cassation étant toutes nées à la suite d'une rupture du contrat de travail, la privation

⁸⁷³ Dans son rapport annuel de l'année 2011, la Cour de cassation précise bien que l'objectif de la privation d'effet fût celui de protection du droit à la santé et au repos (p. 417 du rapport). Cette sanction permet de ne pas faire perdurer la situation litigieuse et assurer cette protection. Une indemnisation en dommages et intérêts n'aurait fait que réparer le préjudice subi, mais en laissant la possibilité de renouveler le préjudice.

⁸⁷⁴ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-19.990 : *JCP S* 2014, 1435, note D. Jacotot.

⁸⁷⁵ D. Jacotot, « Les relations entre l'accord collectif et le contrat liant le salarié à l'employeur en matière de forfait-jours annuel », *JCP S* 2014, 1435. V. également E. Juen, « Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions ? », *Dr. soc.* 2015, p. 528.

d'effet, *de facto*, sanctionne définitivement en faisant tomber la convention individuelle à compter du défaut d'application jusqu'à la fin de la relation de travail. On assiste en réalité à l'application d'une caducité qui ne dit pas son nom : en tant qu'« état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur »⁸⁷⁶, la Cour de cassation fait du défaut d'application de l'accord collectif une condition essentielle de la convention individuelle de forfait-jours. Apparaît en quelque sorte la sanction d'un manque de loyauté de la part de l'employeur.

Cette caducité ressort clairement dans l'arrêt Zara du 9 février 2022⁸⁷⁷. En l'espèce, le salarié a été débouté de sa demande d'heures supplémentaires « à compter d'octobre 2010 » au motif que l'employeur avait correctement exécuté l'accord en 2011 et 2013. Ce raisonnement n'est pas suivi par la Cour de cassation qui juge qu'en raison du défaut « d'entretien annuel individuel pour chaque exercice, notamment 2010, 2012 et 2014 (...) la convention de forfait en jours était privée d'effet ». C'est bien une privation d'effet à compter de 2010 qui s'applique jusqu'à la rupture du contrat de travail.

367. La sanction du défaut de l'accord collectif initial a également donné lieu à hésitation. D'abord soumis à une privation d'effet en 2012⁸⁷⁸, une autre sanction va rapidement apparaître⁸⁷⁹ : la nullité. Sentence drastique, elle n'en est pas moins juridiquement logique. En effet, si l'accord collectif ne remplit pas les conditions nécessaires à sa formation pour permettre la conclusion de conventions individuelles, ces dernières n'auraient jamais dû être signées.

Pourtant, bien que la nullité soulève moins de questionnements en raison de sa portée bien connue, une telle relation entre acte collectif imparfait et convention individuelle initialement parfaite surprend. Face à une telle rigueur, il est pertinent d'identifier les critères dégagés par l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation.

⁸⁷⁶ « Caducité », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

⁸⁷⁷ Cass. soc., 9 février 2022, n° 20-18.602 : *JCP S* 2022, 1129, note n° 17. À noter que dans cet arrêt, l'accord collectif en cause répondait aux exigences posées par la Cour de cassation.

⁸⁷⁸ Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-19.807 : *Bull. civ.*, V, n° 43. Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540 : *Bull. civ.*, V, n° 250.

⁸⁷⁹ Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-28.398 : *Bull. civ.*, V, n° 117 ; *D.* 2013, p. 1143. V. J. Icard, « Convention de forfait en jours : de l'inefficacité à la nullité », *Cah. soc.* 2013, n° 253.

B. L'IDENTIFICATION DES CRITERES DEGAGES PAR LA JURISPRUDENCE

368. Dans toutes ses décisions, la Cour de cassation ne donne jamais les éléments exacts qui permettraient de reconnaître la validité de l'accord soumis à son contrôle. Elle se limite simplement, systématiquement, à rappeler les stipulations de l'accord avant d'affirmer de façon péremptoire que les dispositions sont ou ne sont pas « de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ».

Il est néanmoins possible d'identifier certains éléments indispensables à la validation de l'accord. Pour ce faire, la fonction recherche sur le site Légifrance a permis l'identification et l'étude des arrêts rendus. En ressortent alors certains critères : le contrôle et le suivi régulier de la charge de travail (1), critère immédiatement apparu, et la réaction en temps utile (2), critère fixé plus tardivement.

1. Le contrôle et le suivi régulier de la charge de travail

369. La première condition unanimement plébiscitée par la jurisprudence est l'établissement d'un document de contrôle des jours travaillés et des jours de repos pris. L'autonomie accordée au salarié ne signifie pas que celui-ci échappe totalement au contrôle de l'employeur. À défaut de suivre les heures de travail comme pour les salariés soumis à un horaire collectif, le document de contrôle des jours travaillés et des repos pris permet de s'assurer que le salarié prend les repos nécessaires – ceux-ci étant la seule vraie limite du forfait-jours. La Cour de cassation admet que ce document puisse être complété par le salarié sous la responsabilité de l'employeur⁸⁸⁰. D'ailleurs, le Code du travail le prévoit dans les dispositions « béquilles » de l'actuel article L. 3121-65 : « l'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ».

Sur les arrêts ayant invalidé un accord collectif, une faible majorité des accords ne comprenaient pas de document de suivi, tandis que les accords validés comprenaient tous le document. Il est possible d'en déduire deux choses : premièrement, que le document de suivi

⁸⁸⁰ C'est le cas de la Convention collective de la métallurgie validée dès 2011 : Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *op. cit.*

est un nécessaire à la validation, mais, deuxièmement, qu'il ne suffit pas à lui seul pour permettre la validation ; d'autres éléments sont requis par la jurisprudence.

370. Le suivi régulier est un autre point important. Il ne suffit pas d'établir un document de contrôle, il faut que celui-ci soit suivi par le supérieur hiérarchique ou l'employeur. L'interrogation va porter sur la notion de régulier. Il est clair que le sens littéral du latin *regula* signifiant « règle » n'est pas celui qui est donné par les juges quand ils l'utilisent ; il convient plutôt de s'orienter sur une définition liée à la périodicité : « Qui est soumis à un rythme constant, égal »⁸⁸¹. C'est donc sur la fréquence de ce suivi que le curseur du juge va fluctuer : faut-il un rythme annuel, semestriel, trimestriel, mensuel, hebdomadaire ? Parmi les arrêts étudiés, aucun accord ne prévoyait un rythme semestriel ou hebdomadaire. Certains ont prévu un rythme annuel⁸⁸² ou trimestriel⁸⁸³, mais les juges ont écarté la validité. Parmi ces accords, un seul ne prévoyait pas de document de contrôle⁸⁸⁴. La combinaison du critère du document de contrôle et du suivi annuel/trimestriel ne suffit donc pas à valider un accord. En effet, les accords validés comprenaient tous un suivi régulier mensuel. Un suivi mois par mois semble donc être le minimum⁸⁸⁵. Toutefois, sur huit⁸⁸⁶ arrêts analysés statuant sur des accords qui prévoyaient un suivi mensuel, trois⁸⁸⁷ n'ont pas été validés. L'invalidation s'explique par les indicateurs concernés par le suivi : ces cinq accords ne prévoyaient qu'un suivi des jours travaillés et des jours de repos ; ils ne prévoyaient pas de suivi de la charge de travail.

⁸⁸¹ Dictionnaire de français en ligne Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/regulier/67715>.

⁸⁸² Cass. soc., 19 juin 2019, n° 18-11.391, inédit : *JSL* 2019, n° 481-33. Cass. soc., 8 novembre 2017, n° 15-22.758 : *Bull. civ. V*, n° 191 ; *RJS* 1/18, n° 33 ; *JCP S* 2017, 1402, obs. P. Rozec ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 42, p. 41 ; *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1791, p. 15 ; *JSL* 2017, n° 443-444-32 ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 11.

⁸⁸³ Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540 : *Bull. civ. V*, n° 250, *D.* 2012, p. 2316 ; *ibid.* 2013, p. 114, chron. F. Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RJS* 12/12, n° 950 ; *RDT* 2013. 273, obs. S. Amalric ; *RTD eur.* 2013. 292-28, obs. B. Le Baut-Ferrarese ; *D. actualité*, 24 oct. 2012, obs. J. Siro. Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 13-14.206 : *Bull. civ. V*, n° 262 ; *D.* 2014, p. 2413 ; *ibid.* 2015, p. 104, chron. E. Wurtz, Fanélie Ducloz, S. Mariette, N. Sabotier et P. Flores ; *RJS* 2/15, n° 102 ; *JCP S* 2015, 1024, note M. Morand ; *RDT* 2015. 195, obs. G. Pignarre ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 331, p. 28 ; *ibid.* 2014, n° 345, p. 5, avis H. Liffran ; *JSL* 2015, n° 379-16 ; *Cah. soc.* 2014, n° 269, p. 685, obs. J. Icard ; *ibid.* 2015, n° 270, p. 26, obs. F. Canut.

⁸⁸⁴ Il s'agit de l'arrêt du 26 septembre 2012 ci-dessus.

⁸⁸⁵ Cela signifie qu'un suivi à intervalle plus rapproché serait sûrement validé.

⁸⁸⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Cass. soc., 30 avril 2014, n° 13-11.034 ; Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890 ; Cass. soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444 ; Cass. soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.256 ; Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 15-14.807 ; Cass. soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762 ; Cass. soc., 6 juin 2019, n° 18-19.752.

⁸⁸⁷ Cass. soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444 ; Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 15-14.807 ; Cass. soc., 6 juin 2019, n° 18-19.752.

En outre, la précision du suivi dans le texte de l'accord est importante. Certains accords collectifs comme la Convention collective nationale des organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs⁸⁸⁸ ont été invalidés parce qu'ils prévoyaient seulement l'établissement d'un document, parfois transmis à la hiérarchie, mais ne stipulaient pas explicitement que la hiérarchie ou l'employeur devait réaliser un suivi effectif et régulier pour s'assurer que la charge de travail reste raisonnable⁸⁸⁹.

2. La réaction en temps utile

371. Un troisième point d'attention, moins mis en lumière dans les décisions concerne l'instauration d'un dispositif d'alerte. Bien que, sur les rares accords validés, seuls deux d'entre eux en prévoient un⁸⁹⁰, l'évolution de la jurisprudence donne davantage d'acuité à ce critère. L'arrêt du 5 octobre 2017⁸⁹¹ apporte une nuance importante dans l'évaluation par les juges des accords collectifs mettant en place le forfait-jours : « faute de prévoir un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs qui lui sont transmis, permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, ces dispositions ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et n'assurent pas une bonne répartition, dans le temps, du travail des intéressés ». Autrement dit, le suivi effectif et régulier de la charge de travail doit permettre d'intervenir suffisamment rapidement en cas

⁸⁸⁸ Convention collective nationale des organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs du 16 juillet 2003, étendue par arrêté du 9 février 2004, *JORF* 18 février 2004 : invalidée par Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-19.752 : *D.* 2019, p. 2186 ; *RJS* 1/20, n° 22 ; *JCP S* 2019, 1352, note M. Morand ; *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1883, p. 15 ; *JSL* 2019, n° 487-488-6 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 41, p. 40 ; *BJT* 2019, n° 12, p. 26, obs. F. Bergeron-Canut : « que les années suivantes, l'amplitude de la journée d'activité et la charge de travail du cadre seront examinées lors de l'entretien professionnel annuel, en son article 3 que les jours travaillés et les jours de repos feront l'objet d'un décompte mensuel établi par le cadre et visé par son supérieur hiérarchique qui devra être conservé par l'employeur pendant une durée de 5 ans, que ces dispositions, en ce qu'elles ne prévoient pas de suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs de temps travaillé transmis ».

⁸⁸⁹ Il est possible de citer aussi le cas d'un accord d'entreprise invalidé par Cass. soc., 13 juin 2018, n° 17-14.589 : « les personnes concernées établissant elles-mêmes un relevé mensuel de leur activité où doivent être indiqués les jours et demi-journées travaillés et non travaillés signé en fin de mois par le salarié concerné et remis à la direction pour visa ».

⁸⁹⁰ Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890 : *Bull. civ.* V, n° 301 ; *RJS* 2/2015, n° 102 ; *RDT* 2015, p. 195, obs. G. Pignarre ; *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1661, p. 8, obs. P. Florès ; *JSL* 2015, n° 381-3, *RLDA* 2015, n° 102, 5510 ; *Cah. soc.* 2015, n° 271, p. 104, obs. F. Canut. Cass. soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.256 : *D.* 2016, p. 1823 ; *RJS* 11/16, n° 699 ; *JCP S* 2016, 1361, obs. M. Morand ; *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1736, p. 15 ; *JSL* 2016, n° 418-3 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 33, p. 38 ; *Cah. soc.* 2016, n° 289, p. 493, obs. F. Canut.

⁸⁹¹ Cass. soc., 5 octobre 2017, nos 16-23.106 à 16-23.111 : *D.* 2017, p. 2033 ; *ibid.* 2018, p. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *RJS* 12/17, n° 796 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 38, p. 37 ; *JCP E* 2017, 1588 ; *JCP S* 2017, 1379, obs. M. Morand ; *JSL* 2017, n° 442-3.

de charge de travail trop importante. Cette nouvelle formulation est fréquemment reprise par la Cour de cassation⁸⁹².

La mise en place d'un dispositif d'alerte permettant au salarié confronté à une charge de travail inadéquate d'alerter sa hiérarchie pour que celle-ci agisse semble idéale pour s'assurer du respect des conditions jurisprudentielles : l'employeur ou le supérieur peut agir dès que le salarié remarque une charge de travail trop importante. Cela se matérialise généralement par la réalisation d'un entretien dans les jours qui suivent l'alerte, comme dans l'accord forfait-jours de la SNCF⁸⁹³. Le suivi de la charge de travail ne repose ni totalement sur l'employeur, ni totalement sur le salarié, mais est assuré de manière conjointe.

Toutefois, le caractère indispensable ou palliatif au critère du suivi, voire peut-être « autosuffisant » du dispositif d'alerte reste incertain. La majorité des accords invalidés ne prévoyait pas de suivi effectif et régulier de l'organisation du travail et de la charge de travail, sans prévoir non plus de dispositif d'alerte. À noter que seul un arrêt du 31 janvier 2018⁸⁹⁴ invalide un accord collectif comprenant un système d'alerte, mais cet accord prévoyait un entretien déclenché par la hiérarchie en cas de surcharge plusieurs semaines d'affilée au cours d'un trimestre⁸⁹⁵.

Alors que penser des accords validés avant l'arrêt d'octobre 2017 et ne prévoyant pas de dispositif d'alerte ? C'est le cas de l'accord collectif national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie⁸⁹⁶ qui, lui non plus, n'a pas fait l'objet d'un contrôle de la Chambre sociale depuis 2017. Si l'on prend la globalité de l'analyse menée sur les critères jurisprudentiels, le système d'alerte ne peut être « autosuffisant »⁸⁹⁷. D'ailleurs, aucun des critères ne l'est. Il ne peut être également indispensable car si le suivi effectif et régulier est explicitement prévu et correctement respecté par l'employeur, ce

⁸⁹² V. par ex. Cass. soc., 8 novembre 2017, 15-22.758, Cass. soc., 13 juin 2018, n° 17-14.589 et Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-19.752.

⁸⁹³ Article 13bis – Possibilité d'émettre un signalement, al. 3 de l'Accord relatif à la mise en place du forfait en jours : « Lorsque le salarié en fait la demande, il appartient alors au supérieur hiérarchique d'organiser dans les plus brefs délais (10 jours maximum) un entretien avec celui-ci. Cet entretien ne se substitue pas à l'entretien mentionné à l'article 14 ».

⁸⁹⁴ Cass. soc., 31 janvier 2018, n° 16-12.185, inédit.

⁸⁹⁵ Au regard de l'analyse du deuxième critère, la fréquence de l'entretien était insuffisante.

⁸⁹⁶ BOCC 98-39, dernière modification par Avenant du 3 mars 2006 art. 8 BOCC 2006-13 étendu par arrêté du 6 juin 2006, *JORF* 15 juin 2006.

⁸⁹⁷ V. les arrêts condamnant les dispositions de la Convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes qui ne prévoyait ni de document de contrôle, ni de suivi de la charge de travail : Cass. soc., 14 mai 2014, n° 12-35.033, Cass. soc., 15 avril 2016, n° 15-12.588 et Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-12.199.

dernier peut « remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable ». Il peut cependant, selon nous, être un palliatif au défaut de stipulations relatives au suivi de la charge de travail⁸⁹⁸. En effet, l'ajout de l'arrêt d'octobre 2017 démontre que la Cour de cassation cherche à protéger les salariés d'une charge de travail démesurée, qu'un simple entretien annuel ne peut permettre d'assurer. Or, si un accord collectif prévoit l'établissement d'un document de contrôle permettant un suivi des jours de travail et de repos avec en plus un dispositif d'alerte en cas de charge de travail trop importante, alors il est possible d'admettre qu'un tel accord soit suffisamment protecteur pour les salariés. Il est en revanche certain que la présence d'un tel dispositif permet une sécurisation importante⁸⁹⁹ de l'accord mettant en place le forfait-jours.

372. Il est à présent possible de résumer les critères que l'on peut qualifier de nécessaires pour renforcer les chances de validation par la jurisprudence d'un accord collectif :

- L'existence d'un document de contrôle des jours travaillés et des jours de repos pris pouvant être rempli par le salarié ;
- La stipulation expresse d'un suivi effectif et régulier par la hiérarchie de l'organisation du travail et de la charge de travail, qui ne se limite pas aux jours de travail et de repos ;
- En cas de simple suivi des jours de travail et de repos, et fortement conseillée en complément des deux autres critères parfaitement remplis, la mise en place d'un dispositif d'alerte, l'important étant de pouvoir réagir rapidement.

373. Ces critères, pleinement inspirés des décisions du Comité européen des droits sociaux, ont été dégagés uniquement par la jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'arrêt fondateur de 2011. La sécurité juridique des accords collectifs a ainsi été grandement fragilisée par une position de la Cour de cassation floue et mal comprise des partenaires sociaux, notamment en raison du caractère sibyllin des décisions : c'est bien l'action du juge qui crée ici l'insécurité juridique de l'accord collectif. Celle-ci a pour conséquence une insécurité juridique des relations de travail où les effets d'une invalidation des stipulations d'un accord collectif peuvent être significatifs, notamment au regard du coût pour les

⁸⁹⁸ S'il est simplement prévu un suivi des jours travaillés et des jours de repos.

⁸⁹⁹ En l'absence de décision jurisprudentielle sur ce point, il n'est pas possible d'utiliser le mot « infallible » si tant est qu'il soit possible de l'utiliser s'agissant de la jurisprudence en règle générale. Nous ne sommes jamais à l'abri d'un revirement.

entreprises⁹⁰⁰. Dès lors, cette construction prétorienne va avoir des conséquences particulièrement importantes sur la sécurité juridique des relations de travail entre employeurs et salariés au forfait-jours.

§2. DES CONSEQUENCES IMPORTANTES SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

374. La jurisprudence qui s'est progressivement construite à partir de 2011 a eu une portée très importante. Une fois stabilisée et connue, elle a pu être synthétisée par le législateur pour une intégration au sein de la législation nationale. Nonobstant le caractère salubre de la démarche, elle n'en demeure pas moins tardive et imparfaite (**A**).

En outre, l'affirmation selon laquelle la jurisprudence était connue mérite d'être nuancée car nous avons vu précédemment que, certes, la position de la Cour de cassation était connue, mais des incertitudes persistaient en raison des hésitations et imprécisions dans les décisions. En revanche, une conséquence fondamentalement centrale était bien connue : celle de l'impossible maintien des conventions individuelles irrégulières (**B**).

A. LA TENTATIVE TARDIVE DE SECURISATION DU LEGISLATEUR

375. L'arrêt du 29 juin 2011 a été un véritable séisme juridique. Il aurait justifié à lui seul une prise en main immédiate du législateur. Pourtant, l'action de ce dernier va se faire attendre jusqu'en 2016 malgré les recommandations de la Cour de cassation⁹⁰¹. Plusieurs des lois impactant le forfait-jours comportaient des dispositions visant à sécuriser les accords

⁹⁰⁰ L'invalidation des stipulations d'un accord collectif entraîne la nullité de la convention individuelle qui permet au salarié de réclamer le paiement d'heures supplémentaires. Sur la preuve des heures supplémentaires réalisées et les évolutions initiées depuis 2020 avec Cass. soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919, v. T. Aubert-Monpeyssen, « Temps de travail : processus probatoire des heures supplémentaires », *JCP E* 2020, 1328 ; pour une présentation synthétique, v. égal. G. François, « L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour », *Dr. soc.* 2022, p. 11, note 76. À ce rappel de salaire peut parfois s'ajouter une condamnation pour travail dissimulé, notamment en cas d'exécution déloyale de la convention individuelle (v. par ex. CA Paris, 14 avril 2016, n° 15/06522 ; CA Rouen, 16 mai 2017, n° 15/02567). Les montants peuvent donc rapidement monter, surtout si l'on prend en considération les salaires pouvant être parfois élevés en raison du haut niveau de responsabilités qui peut être attribué aux salariés soumis au forfait-jours ; les sommes attribuées peuvent dépasser les 100 000 euros (CA Chambéry, 10 novembre 2016, n° 16/00086) ou 200 000 euros (CA Versailles, 20 décembre 2018, n° 17/009768). Pour une application récente, v. G. Mégret, « Preuve des heures supplémentaires : bis repetita », *Gaz. Pal.* 2023, n° 08, p. 58.

⁹⁰¹ La Cour avait notamment recommandé dans son rapport pour l'année 2014 de reprendre dans la loi ses apports jurisprudentiels.

conclus avant les modifications apportées⁹⁰², mais elles n'apportaient pas de réelle sécurisation du dispositif en lui-même. La loi du 8 août 2016 a ainsi eu pour objectif de sécuriser à la fois le dispositif légal du forfait-jours, mais surtout les accords collectifs le mettant en place et les conventions individuelles en tirant une partie des leçons posées par la jurisprudence (1).

L'action a immédiatement été perçue comme étant une réelle sécurisation des conventions individuelles par un renforcement de l'encadrement légal du dispositif. Malheureusement, cette sécurisation s'avère insuffisante (2) : dans une perception européenne, le forfait-jours ne fait toujours pas consensus.

1. Une reprise partielle tardive des critères jurisprudentiels

376. Profitant de la restructuration générale sur plusieurs thèmes par la loi Travail, le forfait-jours a vu ses dispositions réorganisées entre les différentes parties du triptyque⁹⁰³. Malgré l'absence de réelle nouveauté dans les textes remodelés, cette réforme a été l'occasion pour le législateur d'intégrer aux dispositions légales les apports de la jurisprudence.

Outre l'intégration dans la partie « Ordre public » de l'assurance régulière de la part de l'employeur « que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail »⁹⁰⁴, la jurisprudence en matière de forfait-jours a été principalement synthétisée au II de l'article L. 3121-64. En effet, l'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine « les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié », « les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise » et « les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion ».

⁹⁰² Par ex. art. 28 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, art. 16 de la loi n° 2000-47 du 17 janvier 2003, ou encore art. 19, III de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

⁹⁰³ Sur les évolutions et impacts sur la sécurité juridique de la construction sous la forme du triptyque 1) ordre public, 2) champ de la négociation collective, 3) dispositions supplétives, v. supra.

⁹⁰⁴ Art. L. 3121-60 C. trav.

377. L'ajout est notable. Il n'est cependant pas révolutionnaire : seule une partie des apports de la jurisprudence est reprise ; d'autant que la reprise intervient avec un retard flagrant. Si le législateur avait réagi dès le premier arrêt en 2011, la sécurisation aurait été plus prégnante. En arrivant cinq ans après l'arrêt fondateur – voire 15 ans après la première décision du CEDS – la sécurisation est tardive. En outre, le législateur n'a pas prévu les conséquences des manquements⁹⁰⁵ alors qu'il aurait pu en profiter pour reprendre les sanctions jurisprudentielles en les clarifiant. Un tel apport aurait été une réelle sécurisation juridique du dispositif.

Toutefois, la saga du forfait-jours a connu de nombreux arrêts dont les conséquences étaient particulièrement suivies par la presse spécialisée, même la plus accessible. Les employeurs et salariés étaient en mesure de prendre connaissance des critères jurisprudentiels. Autrement dit, les ajouts de cet article sont tout sauf une nouveauté et, de fait, ne représentent pas une sécurisation ; il ne s'agit que d'une reconnaissance, une officialisation législative de la jurisprudence.

378. La véritable sécurisation vient de l'article L. 3121-65, notamment son I⁹⁰⁶. Placé dans la partie « Dispositions supplétives », cette dernière prend tout son sens. Cet article permet à l'employeur de conclure une convention individuelle de forfait-jours s'il dispose d'un accord collectif incomplet⁹⁰⁷ à la condition de respecter plusieurs conditions cumulatives reprenant elles aussi les apports jurisprudentiels⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Privation d'effet et nullité.

⁹⁰⁶ Le II de l'article n'est pas en reste puisqu'il permet de pallier le manque de dispositions sur le droit à la déconnexion : les accords conclus et non révisés avant la loi de 2016 ont, en effet, peu de chance de contenir de telles dispositions puisqu'elles n'étaient pas obligatoire avant.

⁹⁰⁷ Si l'accord ne comporte pas de stipulations telles que mentionnées aux 1° et 2° du II de l'art. L. 3121-64 C. trav. : « 1° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;

2° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ».

⁹⁰⁸ Art. L. 3121-65, I C. trav. : « 1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération ».

« Dispositif particulièrement sophistiqué »⁹⁰⁹, ces dispositions permettent à l'employeur de pallier les carences sur l'évaluation et suivi régulier de la charge de travail et sur la communication périodique sur la charge de travail, l'articulation entre activité professionnelle et vie personnelle, la rémunération et l'organisation du travail⁹¹⁰. Cette possibilité était pourtant refusée par la jurisprudence⁹¹¹. D'autant qu'une telle possibilité sécurise, certes, les conventions individuelles, mais cela ne résout pas les erreurs initiales de l'accord collectif.

En effet, ces dispositions prennent tout leur sens dans le cas d'une convention collective incomplète, mais interrogent s'il s'agit d'un accord d'entreprise : dans cette dernière hypothèse, c'est l'employeur directement qui est partie à l'accord et qui peut dès lors le mettre en conformité. Elles trouvent cependant un intérêt en cas de dialogue social difficile.

379. Le dernier apport important de la loi de 2016 n'a pas été codifié. Il s'agit du I de l'article 12⁹¹². On assiste à une véritable reconnaissance par le législateur de l'existence des accords collectifs incomplets, accords qui devraient normalement conduire à la nullité des conventions individuelles signées sur leur base. Par cette continuité des conventions individuelles en cas de mise en conformité, le législateur annule la nullité ; il la valide⁹¹³. Cependant, il n'enlève pas l'importance de la bonne application de l'accord et des nouvelles dispositions par l'employeur.

⁹⁰⁹ M. Morand, « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S* 2016, 1295.

⁹¹⁰ En revanche, elles ne permettent pas à l'employeur de se dispenser d'un accord collectif prévoyant la mise en place du forfait-jours.

⁹¹¹ Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23.230.

⁹¹² « Lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours est révisé pour être mis en conformité avec l'article L. 3121-64 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié ».

Le II de l'article mérite également d'être mentionné puisqu'il vient minimiser les apports de la loi à propos du 2° (période de référence du forfait) et du 4° (condition de prise en compte pour la rémunération des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période) du I de l'article L. 3121-64 du Code du travail. Les accords conclus avant la loi ne prévoyant pas ces nouvelles dispositions ne peuvent être invalidés pour cette seule absence. La formulation manque toutefois de clarté, notamment par l'utilisation de la formule : « ne prévalent pas ».

⁹¹³ Le législateur a voulu s'assurer que les relations contractuelles qui se sont déroulées sans remise en cause jusqu'alors perdurent une fois le cadre conventionnel sécurisé. Michel Morand le résume quand il affirme que « le texte évite les conséquences de la nullité jurisprudentielle » (M. Morand, *op. cit.* *JCP S* 2016).

Toutes ces évolutions ont assurément sécurisé le forfait-jours, mais elles ont apporté leur lot d'interrogations⁹¹⁴. Elles s'avèrent malgré tout insuffisantes.

2. Une sécurisation insuffisante

380. Malgré l'ensemble des exigences apportées par la jurisprudence et le législateur, cette sécurisation n'a pas convaincu le Comité européen des droits sociaux. Dans sa dernière décision⁹¹⁵ du 19 mai 2021⁹¹⁶, les experts ont de nouveau reconnu à l'unanimité la violation de l'article 2 de la Charte sociale européenne. Cette décision présente en elle-même peu de nouveauté par rapport aux anciennes ; la principale – et non des moindres – est l'appréciation des apports de la jurisprudence et de la loi de 2016.

381. Les organisations syndicales réclamantes, reprochaient notamment une diminution de la protection des salariés à cause du mécanisme supplétif trop aléatoire et pointaient les risques quant à la charge de travail. Elles soutenaient également l'insuffisance du contrôle a posteriori par le juge des situations.

Le gouvernement français estimait quant à lui que la combinaison du respect des temps de repos et du suivi régulier de la charge de travail par l'employeur préservait les salariés d'une durée déraisonnable de travail. Il mettait également en avant des obligations légales plus précises à l'égard des employeurs, directement inspirées par la jurisprudence de la Cour de cassation.

382. Le CEDS n'a pas suivi l'argumentaire de la défense. Après avoir rappelé ses anciennes décisions, le Comité s'est intéressé essentiellement à la durée du travail plutôt que la charge de travail en elle-même. Après avoir « pris note de l'abondante jurisprudence de

⁹¹⁴ V. par ex. Cass. soc., 16 octobre 2019, n° 18-16.539 : « le dispositif de sécurisation juridique des conventions individuelles de forfait ne s'applique que lorsque l'avenant de révision de l'accord collectif insuffisant a été conclu après l'entrée en vigueur de la loi Travail ». V. F. Bergeron-Canut, « Révision d'un "accord forfait en jours" avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 : l'employeur doit soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait », *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881, p. 10.

⁹¹⁵ CEDS, 19 mai 2021, *Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. France*, récl. n° 149/2017.

⁹¹⁶ Publiée le 10 novembre 2021.

la Cour de cassation »⁹¹⁷ et des modifications apportées par la loi du 8 août 2016, il relève que « le seuil théorique de 78 heures de travail hebdomadaire (...) reste d'application »⁹¹⁸.

La question du contrôle a posteriori par le juge a été particulièrement entendue par les experts. Nonobstant les nouvelles dispositions obligeant les employeurs à contrôler régulièrement la charge de travail de leurs salariés au forfait-jours, « un contrôle a posteriori par un juge d'une convention de forfait en jours n'est pas suffisant pour garantir une durée raisonnable de travail »⁹¹⁹. La notion de contrôle a posteriori par un juge n'avait jusqu'alors jamais été mise en avant. Les nouvelles dispositions ne permettent pas davantage de reconnaître un cadre juridique « suffisamment précis pour circonscrire le pouvoir discrétionnaire laissé à l'employeur de faire varier la durée de travail »⁹²⁰. Pire : « les obligations pour l'employeur contenues dans le système supplétif affaiblissent la position des salariés concernés »⁹²¹.

Enfin, le CEDS admet que la nature du travail et l'objectif de l'organisation du travail pour les salariés au forfait-jours peuvent justifier une période de référence fixée sur douze mois, mais l'absence de moyen de s'assurer que sur ces douze mois les salariés ne réalisent pas des durées hebdomadaires excessives conduit fatalement à une violation de la Charte sociale européenne.

383. Le forfait-jours n'est donc toujours pas sécurisé aux yeux du Comité européen des droits sociaux. L'impact d'une telle décision sur notre droit du travail est limité en raison du défaut d'impérativité de l'organe de contrôle de la Charte sociale européenne. Pourtant, cette nouvelle décision peut conduire à un durcissement de la jurisprudence nationale. Possible écho à cette décision, la Cour de cassation a affirmé dans une décision du 2 mars 2022⁹²² que l'employeur qui ne justifiait pas la prise de mesures garantissant une amplitude et charge de travail raisonnable manquait à son obligation de sécurité de sorte que les juges du fond devaient vérifier l'existence d'un préjudice pour le salarié. Cependant, la Cour pourra durcir le ton autant qu'elle le voudra pour préserver le forfait-jours, cela devrait être toujours insuffisant en raison de la finalité de l'action : une action a posteriori, ne permettant pas une

⁹¹⁷ CEDS, 19 mai 2021, *op. cit.*, §135.

⁹¹⁸ CEDS, 19 mai 2021, *op. cit.*, §138.

⁹¹⁹ CEDS, 19 mai 2021, *op. cit.*, §143.

⁹²⁰ CEDS, 19 mai 2021, *op. cit.*, §150.

⁹²¹ CEDS, 19 mai 2021, *op. cit.*, §151.

⁹²² Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.683, publié au bulletin.

durée du travail raisonnable. Toutefois, la Cour a également maintenu le même jour⁹²³ une position plus souple à l'égard d'une convention individuelle nulle puisqu'elle a affirmé « que la seule signature d'une convention de forfait en jours nulle n'était pas suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail »⁹²⁴. Indépendamment de ce détachement du contrat de travail reconnu à la convention individuelle – qu'elle soit réellement annexée ou directement intégrée au contrat – l'impossibilité de son maintien demeure la conséquence la plus importante de l'insécurité juridique du forfait-jours.

B. L'IMPOSSIBLE PRESERVATION DES CONVENTIONS INDIVIDUELLES

384. La conséquence la plus importante sur la sécurité juridique autour du forfait-jours est sans conteste celle sur les conventions individuelles signées sur la base d'accords collectifs de branche ou d'entreprise. Privées d'effet ou nulles, ce sont bien elles qui subissent les effets d'une invalidation des dispositions conventionnelles ou de leur inapplication, tandis que l'accord initial perdure – surtout avec le dispositif béquille de 2016. En tombant sous le coup de la privation d'effet ou de la nullité, les conventions individuelles créent ainsi une forte insécurité juridique sur les relations de travail par l'influence d'actes ou de comportements extérieurs à elle-même et parfois non-maîtrisés (1).

Le cœur de l'insécurité juridique du forfait-jours est cependant plus profond. La réelle difficulté résulte de l'application d'une jurisprudence aux effets particulièrement dévastateurs, notamment en raison de leur rétroactivité : des situations juridiquement stables, nées selon l'ensemble des conditions légales et jurisprudentielles en vigueur à leur création se retrouvent tout à coup anéanties avec des conséquences importantes pour les employeurs. Certains d'entre eux ont d'ailleurs tenté, en vain (2), de démontrer une atteinte à une situation juridiquement acquise : la santé et de la sécurité au travail sont des fondations trop importantes pour céder sous le poids de la sécurité juridique.

1. Une influence extérieure parfois non-maîtrisée

385. L'histoire jurisprudentielle du forfait-jours a mis en lumière un type tout à fait singulier d'insécurité juridique. En effet, nous l'avons vu, deux principaux événements extérieurs à la convention individuelle de forfait-jours peuvent survenir : soit l'employeur

⁹²³ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-11.092, inédit.

⁹²⁴ En l'espèce, le salarié avait demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

n'applique pas correctement la convention ou l'accord collectif entraînant la privation d'effet de la convention individuelle, soit l'accord collectif autorisant le forfait-jours ne prévoit pas de dispositions de nature à préserver la santé des salariés entraînant la nullité de la convention individuelle.

386. Le premier événement n'est pas une réelle insécurité juridique. Les arrêts concernant cette hypothèse représentent, certes, environ un cinquième des arrêts rendus depuis l'apparition du forfait-jours, mais il s'agit essentiellement d'un réel manquement de l'employeur, ou du moins de son représentant, le manager. L'insécurité juridique peut poindre si les stipulations de l'accord collectif sont obscures et interprétables aléatoirement, mais les dispositions propres aux forfaits-jours ne sont normalement pas rédigées avec des articulations complexes. La faute est celle de l'employeur ou de son représentant. Et les arrêts le montrent : il s'agit très souvent d'un défaut de l'employeur dans la tenue des entretiens annuels, condition particulièrement simple à remplir.

387. Le second événement est de loin le plus impactant sur la sécurité juridique des relations de travail. Avec l'invalidation d'un seul acte – l'accord collectif – l'ensemble des conventions individuelles conclues sur sa base deviennent nulles. Ou plus exactement, les salariés peuvent faire reconnaître la nullité de leur convention et les organisations syndicales peuvent demander paiement de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession⁹²⁵. Avec le développement de la jurisprudence sur le forfait-jours, une imprévisibilité est non seulement apparue quant à la validité des accords conclus⁹²⁶, mais également quant à l'action ou non du salarié en justice. Dans le cas d'un accord « officiellement » invalidé, les employeurs ont dû refaire des conventions individuelles pour sécuriser leurs relations de travail, mais pour cela, encore faut-il qu'un nouvel accord répondant aux exigences de la jurisprudence ait été conclu – avec toujours le risque d'une nouvelle invalidation en cas de modification imparfaite.

Une nuance est à relever cependant : la portée de l'insécurité juridique dépend surtout du type d'accord mettant en place le forfait-jours. En effet, s'il s'agit d'un accord d'entreprise, la correction est assez facile à corriger pour l'employeur car il a la main dessus ;

⁹²⁵ V. Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 20-10.135, inédit.

⁹²⁶ Cette imprévisibilité perd de sa substance dans les accords qui ont pu prévoir très peu de dispositions sur le suivi de la charge de travail des salariés.

s'il s'agit d'un accord de branche, c'est alors plus compliqué pour l'employeur qui se retrouve véritablement impuissant. La sécurisation de 2016 a permis de corriger une partie de cette impuissance sans pour autant la faire disparaître, toutes les carences de l'accord ne pouvant être comblées par l'employeur.

Ce dernier est ainsi la partie à la convention individuelle la plus impactée par l'insécurité juridique attachée au forfait-jours. Du fait de la remise en cause de cet acte pourtant valablement conclu le jour de sa signature, certains employeurs ont cherché à faire reconnaître une atteinte à une situation juridiquement acquise.

2. L'absence d'atteinte à une situation juridiquement acquise au nom de la santé et de la sécurité au travail

388. Nous avons vu précédemment⁹²⁷ la possibilité accordée par le législateur au juge de moduler les effets de la nullité qu'il prononce. Or, dans le cas du forfait-jours, il ne s'agit pas d'une nullité de tout ou partie de l'accord de sorte que la sécurisation juridique créée est inopérante. Il s'agit en réalité d'une invalidation verrouillant ses effets, à savoir signer des conventions individuelles. Le parallèle avec la privation d'effet en cas de défaut de l'employeur est saisissant ; à la différence que la Cour de cassation ne prononce jamais de sanction à l'encontre de l'accord collectif : elle se contente simplement de tirer les conclusions sur la convention individuelle au regard des dispositions de l'accord collectif, et ce, à compter de la date de signature de la convention individuelle, même si elle est antérieure à l'invalidation. C'est le cœur de l'insécurité juridique du forfait-jours et de la jurisprudence en la matière.

Cette situation est régulièrement mise en avant pour le forfait-jours. Surtout parce que la très grande majorité des arrêts depuis 2011 qui traitent de la validité des accords collectifs et concluent à la nullité d'une convention individuelle conduisent à l'annulation rétroactive, souvent jusqu'à une période où la jurisprudence n'exigeait pas les critères que l'on connaît aujourd'hui⁹²⁸.

⁹²⁷ V. supra les développements sur la stabilité de l'accord collectif.

⁹²⁸ D'autant qu'il faut un certain temps pour qu'une jurisprudence se mette en place. Tout comme il faut un certain temps pour qu'une affaire arrive devant la Cour de cassation. V. par ex. Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 15-12.459 où un salarié licencié en janvier 2011 a bénéficié de la reconnaissance de la nullité de sa convention individuelle signée sur l'accord SYNTEC.

389. Un arrêt récent⁹²⁹ met clairement en avant cette situation grâce à la première branche du moyen de l'employeur – demandeur au pourvoi – axée sur le principe de la sécurité juridique. Il avance « que les principes de proportionnalité et de sécurité juridique s'opposent à ce qu'un employeur subisse l'annulation d'une clause de forfait annuel en jours par application d'une règle jurisprudentielle qui n'était pas encore édictée au jour où elle a été souscrite ». Il rappelle ensuite qu'au moment de la signature de la convention individuelle, la Cour de cassation n'avait pas invalidé les dispositions de la convention collective applicable⁹³⁰ de sorte que prononcer la nullité de la convention individuelle porte atteinte aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La réponse de la cour est tout aussi intéressante. Après avoir rappelé que son arrêt de 2012 ne concernait pas la validité des dispositions de la convention collective applicable, mais simplement « la possibilité de soumettre la salariée partie au litige au régime du forfait en jours, au regard de l'autonomie dont elle disposait », de sorte que les arrêts de 2014 « ne constituent donc pas un revirement de jurisprudence », la Cour de cassation rappelle explicitement son arrêt de 2011 comme initiateur d'une jurisprudence affirmant la formulation dorénavant connue⁹³¹. Une telle référence dans son arrêt à ses précédents jurisprudentiels « témoigne du caractère assumé de son propre rôle normatif »⁹³². Elle explicite ensuite les textes au visa desquels sa jurisprudence s'est construite pour affirmer de façon péremptoire l'absence d'atteinte à une situation juridiquement acquise⁹³³. Il en

⁹²⁹ Cass. soc., 17 novembre 2021, n° 19-16.756.

⁹³⁰ En l'espèce, le salarié avait été embauché en 2012 au régime du forfait-jours signé sur la base de la convention collective des experts comptable (invalidée par Cass. soc., 14 mai 2014, n° 12-45.033 ; confirmé par Cass. soc., 15 avril 2016, n° 15-12.588 et Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-12.199). L'employeur fonde d'ailleurs sa demande sur des références jurisprudentielles précises : « qu'à la date de conclusion de la convention de forfait - 24 septembre 2012 -, la Cour de cassation considérait comme valable une telle clause consentie en vertu de l'article 8.1.2.5 de la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et des commissaires aux comptes (Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-69.679) ; que ce n'est que par deux arrêts rendus le 14 mai 2014 (Cass. soc., n° 12-35.033, *Bull.* 2011, V, n° 121, et n° 13-10.637) que la chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré nulles les clauses de forfait annuel en jours consenties sur la base de l'article 8.1.2.5 de la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et des commissaires aux comptes ».

⁹³¹ « Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ».

⁹³² L. Malfettes, « Précisions sur les conséquences d'un forfait en jours conventionnel irrégulier », *D. actualité* du 7 décembre 2021.

⁹³³ Cass. soc., 17 novembre 2021, n° 19-16.756 : « qu'en disant nulle la clause du contrat de travail relative au forfait en jours, la cour d'appel n'a pas porté atteinte à une situation juridiquement acquise et n'a violé ni l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ».

ressort que la nullité semble l'emporter : la situation n'est pas juridiquement acquise puisqu'elle est réputée n'avoir jamais existé.

390. La position de la Cour de cassation n'est pas étonnante. La Cour de cassation avait déjà eu par le passé⁹³⁴ l'occasion de se prononcer sur la question d'une éventuelle atteinte aux situations légalement acquises dans le cadre de son interprétation des dispositions sur le forfait-jours. Pour rejeter cette atteinte, la Cour estime que « les dispositions de l'article L. 212-15-3, devenu L. 3121-38, du Code du travail, telles qu'interprétées par la Cour de cassation à la lumière de l'article 17, §1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, §1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne permettent de déroger aux règles relatives à la durée du travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur, mettent en œuvre l'exigence constitutionnelle de santé et de sécurité au travail qui découle du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ».

L'absence d'atteinte s'explique ainsi par un jugement de valeur de la part du juge : « l'exigence constitutionnelle de santé et de sécurité au travail » justifie la mise en cause de situations pourtant légalement acquises, de conventions individuelles pourtant parfaitement conformes à l'état du droit – et de son interprétation – lors de leur signature.

391. Conclusion de chapitre. Sans la Cour de cassation, l'insécurité juridique du forfait-jours présente depuis sa création aurait continué de planer au-dessus de l'ordre juridique étatique français, flottant à la lisière de l'ordre juridique européen. Plutôt qu'un « passage en force » incontrôlé, la Cour de cassation a pu ainsi faire pénétrer l'essence des décisions du CEDS et canaliser leurs conséquences sur le forfait-jours. Le juge serait « un rouage essentiel pour donner pleine effectivité aux indications données par le CEDS »⁹³⁵. Tout comme le juge français a pu suivre et intégrer les réflexions du CEDS dans l'ordre juridique s'agissant des forfaits-jours, il a préféré réagir en amont dans le cadre du débat jurisprudentiel sur ce que l'on appelle le « Barème Macron », en particulier s'agissant de

⁹³⁴ Cass. soc., 7 juillet 2015, QPC n° 15-12.417 : *Bull. civ.*, V, n° 136.

⁹³⁵ M. Brillat, « Chronique sur le Comité européen des droits sociaux », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1790, p. 8.

l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale et son interprétation faite par le CEDS, « neutralisant par avance toute décision du CEDS »⁹³⁶.

La jurisprudence autour du forfait-jours a mis plusieurs années à se stabiliser, permettant, une fois le raz-de-marée passé, d'identifier des critères pour prévenir d'une potentielle invalidité des accords collectifs sans réellement permettre une sécurisation complète de la norme. Au sein du triptyque loi, accord collectif et convention individuelle, l'accord collectif, en tant que norme « déployante », connaît un rayonnement plus grand et donc une insécurité juridique plus importante que les deux autres, en particulier la convention individuelle qui peut être source de difficulté en jurisprudence. Or, malgré cette stabilisation, les efforts de la Cour de cassation repris par le législateur n'auront pas suffi : le sauvetage partiel des accords collectifs n'a toujours pas permis une validation du CEDS, surtout avec le déploiement de plus en plus important du forfait-jours qui a renforcé la position du CEDS sur le dispositif et donc fragilisé la sécurité juridique de l'accord collectif.

Le juge national a ainsi tenté, sans succès, de modeler le forfait-jours pour assurer un minimum de compatibilité entre les normes européennes et les normes nationales, mais surtout conventionnelles. Pour parvenir à assurer une certaine cohérence entre ces normes, il est nécessaire pour le juge de procéder à un exercice d'interprétation. Cet exercice impacte également fortement la sécurité juridique des accords collectifs.

Dans les arrêts relatifs à la validité des accords collectifs instituant le forfait-jours, la Cour de cassation s'est à chaque fois limitée à dire que tel accord était valide ou tel autre accord était invalide, mais sans jamais dire le ou les éléments permettant la validité. Il ressort des échanges réalisés dans le cadre des enquêtes de terrain à la SNCF que les négociateurs de l'accord collectif ayant mis en place le forfait-jours reprochent cette absence de clarté pour conclure un accord remplissant les critères acceptés par la jurisprudence tout en étant adapté à l'entreprise. Il est possible de penser que cette réflexion s'est retrouvée et se retrouve encore chez nombre de praticiens ; c'est compréhensible. Cependant, cette absence peut facilement s'expliquer en s'intéressant au rôle du juge. Les critères de validité des accords collectifs relatifs au forfait-jours sont posés par le législateur ; le juge les interprète

⁹³⁶ Cass. soc., 17 juillet 2019, avis nos 19-70.010 et 19-70.011. V. J. Icard, « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1871, p. 5. Jean Mouly précise très justement : « quelle que soit la force contraignante que l'on accorde aux décisions du Comité, il eût été bien difficile à la Cour [de cassation] de faire totalement abstraction de l'autorité interprétative qui leur est normalement attachée » (J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? », *Dr. soc.* 2019, p. 814). Pour lui, « le caractère obligatoire des décisions du CEDS n'est est guère contestable » (*Ibid.*, spéc. note 34) et nuance d'ailleurs dans le cas d'une éventuelle condamnation du Barème : « C'est en réalité la crédibilité européenne de sa propre jurisprudence qui serait alors menacée ». V. ensuite Cass. soc., 11 mai 2022, nos 21-14.490 et 21-15.247.

pour apprécier la validité d'un accord. Avec l'arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation a analysé les dispositions légales au regard des principes constitutionnels et du droit de l'Union européenne. Elle n'a donc pas ajouté d'éléments, mais simplement interprété⁹³⁷. Ce travail d'interprétation est au cœur du rôle du juge et de son influence sur la sécurité juridique des normes conventionnelles.

⁹³⁷ Si en revanche elle avait donné au fil des arrêts les éléments concrets permettant de valider un accord collectif prévoyant le forfait-jours, alors elle aurait outrepassé son domaine de compétence en empiétant sur celui du législateur.

CHAPITRE SECOND : L'INTERPRETATION JUDICIAIRE GENERATRICE D'INSECURITE JURIDIQUE

392. « Le langage, qu'il soit exprimé oralement ou par écrit, n'est jamais qu'un véhicule imparfait de la pensée »⁹³⁸ ; tout texte, juridique ou non, peut faire l'objet d'une interprétation. Monsieur le Professeur Jean-Emmanuel Ray affirme que plus le texte soumis à l'interprétation du juge est complexe, plus le pouvoir créateur prétorien sera fort⁹³⁹. Il reconnaît aussi qu'« en droit, du travail en particulier, le diable se niche dans les détails »⁹⁴⁰.

En effet, un texte clair, limpide et d'application simple ne paraît pas nécessiter une réflexion quant au sens à donner à certains mots : le juge appliquera le texte tel quel aux faits qui lui sont soumis. En ce sens et dans cette hypothèse particulière, l'image du juge « bouche de la loi » ressort avec acuité. Or, à l'inverse, un texte obscur, mal rédigé, difficile d'application demandera plus de travail au juge pour l'appliquer aux faits ; plus encore si aucun texte ne régit les faits, amenant le juge à étendre l'application d'un autre texte existant. Il devra faire preuve d'une réflexion poussée sur le texte et sa portée⁹⁴¹. Au travers de ce travail précis, le juge n'est plus une bouche de la loi : il en devient le « cerveau », dirigeant la loi dans la direction qu'il aura déterminée.

393. En ce qui concerne les conventions et accords collectifs, la Cour de cassation exerce un contrôle « lourd »⁹⁴² de l'interprétation faite par les juges du fond, s'assurant de la bonne

⁹³⁸ P. Simler, *JCl Civil Art.* 1188 à 1192 - Fasc. 10 : CONTRAT, n° 1.

⁹³⁹ J.-E. Ray, « La nécessaire métamorphose du droit du travail », *Commentaire* 2016-1 (n° 153), p. 129. Daniel Mainguy assimile d'ailleurs l'idée d'interprétation à celle de contrôle : D. Mainguy, « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP G* 2011, doct. 250.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ D'abord exclusivement exégétique, consistant à rechercher la volonté du législateur, notamment grâce aux travaux préparatoires, la méthode d'interprétation de la loi a évolué au XIX^{ème} siècle avec l'influence de François Gény et sa théorie de la libre recherche scientifique qui autorise l'interprète à dépasser le texte seul pour trouver l'interprétation la plus adaptée (v. infra). Aujourd'hui, les méthodes d'interprétation de la loi sont diverses – l'école exégétique n'ayant pas été totalement abandonnée – et le juge a la liberté dans le choix de la méthode (v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, n° 00-10.788 : *Bull. civ.* I, n° 33 ; *D.* 2002, p. 1279, note B. Poisson ; *RTD. civ.* 2003, p. 154, obs. N. Molfessis ; *JCP E* 2003, 278, obs. H.-J. Lucas), tout en se rattachant aux adages bien établis tel que « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer » (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), « la loi spéciale déroge à la loi générale » (*Specialia generalibus derogant*), ou encore « les exceptions doivent être interprétées strictement » (*Exceptio est strictissimae interpretationis*).

⁹⁴² J.-Y. Frouin, « Sur les règles d'interprétation d'un accord collectif de travail », *BJT* 2020, n° 06, p. 7.

application des stipulations conventionnelles. Pour moduler l'insécurité juridique *ab extra*⁹⁴³ des normes conventionnelles, le pouvoir d'interprétation du juge est donc un élément essentiel : c'est par cette capacité de modelage de la portée et de la signification des stipulations que le juge influe sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Mission relevant du juge judiciaire⁹⁴⁴, l'interprétation de ces normes singulières est « perçu[e] comme un des problèmes les plus épineux qu'ont à résoudre les juridictions sociales »⁹⁴⁵.

En effet, l'interprétation des conventions et accords collectifs de travail demande un traitement particulier en raison de leur caractère original : « une âme réglementaire dans un corps contractuel »⁹⁴⁶. Du fait de cette double nature, il est difficile d'appliquer la méthode « classique » d'interprétation des contrats consistant à rechercher la volonté des parties⁹⁴⁷ conformément aux anciens articles 1156 et suivants du Code civil⁹⁴⁸, devenus aujourd'hui, les articles 1188 et suivants : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »⁹⁴⁹.

394. Les méthodes d'interprétation utilisées par le juge se rapprochent davantage de celles de la loi⁹⁵⁰. Madame le Professeur Françoise Favennec-Héry considère d'ailleurs que cette façon d'interpréter les conventions et accords collectifs par le juge étatique « représente

⁹⁴³ Autrement dit, la sécurité juridique extérieure à l'acte normatif en tant qu'objet juridique distinct. Contrairement à la sécurité juridique *ab intra* qui concerne par exemple le texte ou le mode d'élaboration de l'acte, la sécurité juridique *ab extra* touche aux effets, à la portée de la norme.

⁹⁴⁴ Trib. Conflits 19 mai 1958 : *JCP* 58, éd. G. 11, 10658. Plus récemment, la Cour de cassation a confirmé l'office du juge judiciaire, notamment dans le cadre du contentieux électoral, affirmant que le juge saisi d'une demande subsidiaire d'interprétation d'un accord collectif ne pouvait refuser d'interpréter l'accord (Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-19.551, publié au bulletin : *BJT* 2023, n° 2, p. 19, obs. G. François).

⁹⁴⁵ Rapport annuel de la Cour de cassation 1994, p. 17.

⁹⁴⁶ F. Carnelutti, cité par M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute », *Dr. soc.* 1995, p. 171.

⁹⁴⁷ Sur la question de la prise en compte de la volonté des parties, et donc de la prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, v. F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* n° 768, octobre 2012, p. 40, spéc. p. 69. V. égal. A. Martinon, « Le juge et le contenu de l'accord collectifs. Regards croisés », *Dr. soc.* 2017, p. 115.

⁹⁴⁸ Art. 1156 anc. C. civ. : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

⁹⁴⁹ Art. 1188 C. civ.

⁹⁵⁰ J.-Y. Frouin, « L'interprétation de la norme collective de travail », *RJS* 3/96, p. 137.

souvent [une] source d'insécurité juridique »⁹⁵¹. L'interprétation du juge des accords collectifs peut alors soulever des difficultés pour les justiciables.

Malgré ces obstacles générant un manque de visibilité et de connaissance des règles d'interprétation⁹⁵², aucune méthode n'était clairement définie. Ce n'est que récemment que la Cour de cassation aura fini par combler, difficilement, ce manque en adoptant une méthode d'interprétation critiquable (**Section 1**). Malheureusement, cette méthode interroge en raison des difficultés qu'elle induit. Il sera alors pertinent de réfléchir à une autre méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs pour sécuriser juridiquement la norme conventionnelle (**Section 2**).

SECTION PREMIERE : UNE METHODE D'INTERPRETATION CRITIQUABLE

395. La méthode d'interprétation que nous connaissons aujourd'hui n'a été fixée que très récemment. Elle est le fruit de longues incertitudes et tâtonnements où la Cour de cassation a essayé de définir une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs (§1). Leur étude montre qu'une insécurité juridique s'est créée en raison du caractère dual de l'accord collectif, à la fois contractuel et réglementaire. Clairement consacrée en 2020, son application reste cependant confuse (§2), donc source d'insécurité juridique pour la norme conventionnelle.

§1. LA LONGUE RECHERCHE D'UNE METHODE D'INTERPRETATION DES ACCORDS COLLECTIFS

396. Le législateur muet sur la question, la Cour de cassation a tardé à établir une méthode structurée d'interprétation des conventions et accords collectifs de travail. Semblant privilégier une lecture stricte des stipulations conventionnelles⁹⁵³ sans donner de directives précises sur la manière d'interpréter ces normes singulières, ce n'est que très récemment que l'assemblée plénière a dressé les prémices d'un cadrage (**B**) après les hésitations de la chambre sociale au cours des années 1990-2000 (**A**).

⁹⁵¹ F. Favennec-Héry, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.

⁹⁵² J.-Y. Frouin, « Sur les règles d'interprétation d'un accord collectif de travail », *op. cit.*

⁹⁵³ Cass. ass. plén. 18 mars 1988, n° 84-40.083 : *Bull. ass. plén.* 1988, n° 3, p. 3. Cass. ass. plén. 12 mai 1989, 86-44.845 : *Bull. ass. plén.* 1989, n° 1, p. 1.

A. LES HESITATIONS DE LA CHAMBRE SOCIALE

397. La Cour de cassation a hésité quant au choix de la méthode d'interprétation des accords collectifs, oscillant entre une volonté d'interpréter de façon stricte les textes conventionnels (1) et une volonté de tendre vers une interprétation plus extensive par une recherche de l'objectif social du texte (2).

1. Le choix d'une interprétation stricte

398. Pour illustrer les incertitudes, l'interprétation de l'indemnité conventionnelle de la convention collective de la banque est un exemple pertinent. Les articles 26 et suivants prévoient l'attribution d'une indemnité spécifique pour les salariés licenciés pour insuffisance professionnelle, correspondant pour les partenaires sociaux à un licenciement pour motif non disciplinaire. Ces articles, issus des articles 48 et 58 de l'ancienne convention collective du personnel des banques, ont une origine antérieure à l'obligation de justifier une cause à tout licenciement apparue en 1973⁹⁵⁴. Avant cette date, l'employeur pouvait mettre fin au contrat de travail sans raison clairement définie, pourvu que cette rupture ne constituât pas un abus de son droit à rompre le contrat de travail. Les partenaires sociaux de la branche de la banque ont ainsi créé certaines indemnités spécifiques en fonction du motif du licenciement – ici en cas d'insuffisance professionnelle. S'est donc rapidement posée la question de savoir si, quand une convention collective prévoyait une indemnité conventionnelle pour un licenciement autre que pour motif disciplinaire, cette indemnité devait s'appliquer si le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Certains salariés ont alors cherché à faire reconnaître une réponse affirmative à cette question. Cette demande était justifiée par une logique d'égalité de traitement, ou plutôt d'inégalité de traitement. En effet, ne pas reconnaître le bénéfice de l'indemnité dite « pour motif non disciplinaire » aux salariés dont le licenciement a été reconnu sans cause réelle et sérieuse reviendrait à traiter ceux-ci moins bien que les salariés licenciés pour insuffisance.

399. Cette logique n'a pas été suivie par la Cour de cassation affirmant que « l'indemnité déterminée par l'article 58 de la convention collective n'est, aux termes de ce texte, versée qu'en cas de licenciement prononcé pour l'un des motifs prévus à l'article 48 de la même

⁹⁵⁴ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, *JORF* du 18 juillet 1973, n° 0165, p. 7763.

convention, motifs qui selon ce texte sont l'insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle, et la suppression d'emploi »⁹⁵⁵. Les juges ont adopté ici une interprétation stricte et littérale du texte applicable.

La Haute juridiction a toutefois accepté d'accorder l'indemnité conventionnelle pour motif non disciplinaire si le motif de licenciement était différent de la réalité⁹⁵⁶ ou si aucune motivation n'était donnée⁹⁵⁷. Cette temporisation de l'interprétation littérale est permise par une interprétation téléologique⁹⁵⁸ du texte. En effet, certains employeurs ont pensé pouvoir échapper au versement de l'indemnité conventionnelle s'ils venaient à licencier pour un autre motif ou pour aucun motif, alors que la raison du licenciement pouvait être une insuffisance. Dès lors, quand celle-ci était démontrée, l'employeur était tenu de verser l'indemnité conventionnelle afférente. Les juges ont ainsi choisi de rechercher l'objectif poursuivi par les partenaires sociaux ayant créé cette indemnité : permettre aux salariés licenciés pour insuffisance ou suppression d'emploi de percevoir une indemnité spécifique. Néanmoins, un revirement de jurisprudence a initié une évolution de la méthode d'interprétation.

2. L'évolution vers une interprétation extensive par la recherche de l'objectif social

400. En 2002⁹⁵⁹, la Cour de cassation va affirmer « qu'une indemnité conventionnelle de licenciement est versée en cas de licenciement pour insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle ou pour suppression d'emploi ; qu'il en résulte nécessairement que ces dispositions sont applicables lorsque le licenciement est dépourvu

⁹⁵⁵ Cass. soc., 8 novembre 1989, n° 86-42.649 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 654. V. également Cass. soc., 10 février 1999, n° 96-40.019, Cass. soc., 23 mars 1999, n° 07-41.096 et Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.503.

⁹⁵⁶ Cass. soc., 9 juillet 1997 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 264 ; Cass. soc., 5 mai 1998 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 218 ; Cass. soc., 28 juin 2001, n° 99-41.094 ; Cass. soc., 29 janvier 2002, n° 99-45.206 ; Cass. soc., 20 mars 2002, n° 99-46.201.

⁹⁵⁷ Cass. soc., 6 avril 1999, n° 97-41.566 ; Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-40.009 ; Cass. soc., 4 juillet 2001, n° 99-42.038.

⁹⁵⁸ « (...) se dit de l'interprétation qui prend pour principe qu'une règle de droit doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités » : « Téléologique », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, PUF, 2011.

⁹⁵⁹ Cass. soc., 15 mai 2002, n° 99-46.160 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 159 ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 227, p. 13 ; *JSL* 2002, n° 108-33 ; Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-42.279.

de cause réelle et sérieuse ». Bien qu'un discret arrêt du 7 juillet 2004⁹⁶⁰ ait appliqué l'ancienne jurisprudence, ce revirement a été confirmé en 2005⁹⁶¹.

Une interprétation stricte aurait nécessairement conduit la Cour à rejeter l'hypothèse de l'applicabilité de l'indemnité conventionnelle en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse : la convention collective prévoyant des cas limités d'attribution de l'indemnité, les juges auraient rejeté toute demande tendant à attribuer cette indemnité dans un cas non prévu. Or, la Cour de cassation a suivi une interprétation extensive des dispositions conventionnelles en incluant le licenciement reconnu sans cause réelle et sérieuse. Il est probable que pour la Cour, en limitant l'indemnité conventionnelle au licenciement pour insuffisance professionnelle – et par prolongement pour inaptitude – ou pour suppression de poste, le texte a pour objectif social l'indemnisation plus favorable du salarié privé de son emploi en raison d'un fait dont il n'est pas responsable, par opposition au licenciement pour faute. Dans cette vision, la privation d'emploi par un licenciement reconnu sans cause réelle et sérieuse n'étant pas causée par un fait imputable au salarié, celui-ci peut prétendre au bénéfice de l'indemnité conventionnelle.

401. L'utilisation de l'adverbe « nécessairement » est pour le moins étonnante puisque cela revient à créer un lien de cause à effet : dès lors qu'un licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse (cause), l'indemnité conventionnelle pour insuffisance ou suppression d'emploi est due (effet).

Monsieur le Professeur Pierre-Yves Verkindt y voit une solution « qui ressemble à s'y méprendre à l'instauration d'une peine privée »⁹⁶². Sans obligatoirement abonder à cet extrême, il est difficile de tirer une véritable logique d'interprétation. Seule la méthode issue théorie de la libre recherche scientifique de Gény⁹⁶³ poussée à son aspect le plus libre et créatif pourrait justifier une telle position, mais le texte nous paraît suffisamment clair pour

⁹⁶⁰ Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-42.821 : « Attendu que, pour allouer au salarié un solde d'indemnité conventionnelle de licenciement, la cour d'appel retient que cette indemnité est due dès lors que le licenciement, contrairement à ce que soutient l'employeur, n'a pas de caractère disciplinaire ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses énonciations que la cause du licenciement n'était ni l'insuffisance du salarié, ni la suppression d'emploi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁹⁶¹ Cass. soc., 8 mars 2005, n° 01-44.752, inédit.

⁹⁶² P.-Y. Verkindt, « Résiliation judiciaire du contrat de travail et versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement », *JCP S* 2005, 1177.

⁹⁶³ Pour combler les lacunes de la théorie de l'exégèse basée sur une interprétation au plus proche du texte – le texte lui-même et ses travaux préparatoires – François Gény proposa au début du XXème siècle une nouvelle méthode d'interprétation permettant notamment une adaptation des textes dans le temps plutôt que de les inscrire dans une époque donnée : la libre recherche scientifique. V. infra.

s'économiser une recherche de règle appropriée. D'autant que les motifs sont énoncés d'une manière péremptoire, donnant l'impression d'arguments justifiés par le bon sens.

À la suite de ces diverses incertitudes, l'assemblée plénière de la Cour de cassation va initier un cadrage de l'interprétation des conventions et accords collectifs de travail.

B. LES PREMICES D'UN CADRAGE PAR L'ASSEMBLEE PLENIERE

402. Essentiellement l'œuvre d'une seule chambre de la Cour de cassation, son assemblée plénière va nuancer, mais non moins confirmer cette interprétation en 2007 (1). Cependant, elle n'établira que plus tard une méthode claire et détaillée (2).

1. La confirmation des dernières positions de la chambre sociale

403. La confirmation est intervenue dans un arrêt du 30 novembre 2007⁹⁶⁴. Cet arrêt est d'ailleurs rendu sur renvoi après cassation de l'arrêt confirmatif de revirement de 2005 précédemment évoqué. La formation la plus solennelle de la Haute cour affirme à cette occasion « qu'il était irrévocablement jugé que le licenciement de M. X... était dépourvu de cause réelle et sérieuse, ce qui lui ouvrait droit au paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, laquelle n'est exclue qu'en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou en raison d'une condamnation pour crime ou délit touchant à l'honneur ou à la probité » ; elle est donc due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La principale innovation est la disparition de l'adverbe « nécessairement » ; nous ne sommes donc plus en présence d'une affirmation absolue. À la place nous pouvons observer une justification : puisque la convention collective prévoit d'autres indemnités pour des ruptures du contrat de travail autres que pour un motif non disciplinaire, une indemnité de licenciement pour motif non disciplinaire est due à partir du moment où le licenciement n'est pas motivé par une cause de rupture spécifique. Dit autrement, l'indemnité conventionnelle de licenciement pour motif non disciplinaire est obligatoirement due, pour tout licenciement, sauf pour ceux où elle est exclue. Cette compréhension est confortée par l'avis de l'avocat général de la Cour de cassation invite à comparer les articles 27 à 29 de la convention

⁹⁶⁴ Ass. plén., 30 novembre 2007, n° 06-45.365 : *Bull. civ.* 2007, ass. plén., n° 9 ; *D.* 2008, p. 23, obs. L. Perrin ; *Dr. soc.* 2008, p. 182, chron. P.-H Antonmattei, et, même année, p. 360 ; *JSL* 2008, n° 226-27, obs. N. Rérolle.

collective qui traitent de motifs précis de licenciement à l'article 26 qui semble « renvo[yer] plus largement au licenciement pour motif non disciplinaire »⁹⁶⁵.

404. Que l'on formule dans un sens ou dans l'autre, cette jurisprudence laisse perplexe car si l'on prend le texte de la convention collective, ni l'interprétation stricte de sa lettre, ni l'interprétation téléologique ne parviennent à convaincre. En effet, s'agissant de la rédaction littérale de la convention collective de la banque, celle-ci laisse penser une application de l'indemnité uniquement en cas de licenciement fondé sur l'insuffisance. Même si le titre de l'article 26 contenant l'indemnité est « Licenciement pour motif non disciplinaire », les partenaires sociaux ont bien spécifié avant les articles 26.1 et suivants – inchangés depuis 2000 : « Le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle ». Il paraît relativement clair que dans la branche de la banque, le terme « licenciement pour motif non disciplinaire » signifie « licenciement pour insuffisance professionnelle ». Les partenaires sociaux l'ont écrit ainsi.

Dès lors, l'interprétation « conforme à la lettre et à l'esprit du texte »⁹⁶⁶ vantée par l'avocat général paraît plutôt faire fi du texte lui-même. Ou alors cela reviendrait à donner pleine et unique valeur au titre d'un article pris isolément du reste du texte⁹⁶⁷.

405. L'interprétation de la convention collective de la banque a permis de relever les difficultés qui apparaissent lors de toute interprétation d'une convention et accord collectif de travail. Le rapport du conseiller Bellamy dans l'arrêt de 2007 le rappelle de façon détaillée⁹⁶⁸. Nonobstant la confirmation par l'assemblée plénière, aucune méthode claire et définie n'a été établie.

2. La première reconnaissance d'une méthode d'interprétation

406. Il faudra attendre 2015 pour qu'un autre arrêt de la Cour de cassation se prononce sur l'interprétation d'un accord collectif et fixe, cette fois-ci, grâce à une note explicative,

⁹⁶⁵ Avis de M. l'avocat général Allix : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/avocat_general_11011.html.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ Point relevé dans *D.* 2008, p. 23, mais qui n'a malheureusement pas eu de portée au-delà de cette publication.

⁹⁶⁸ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/bellamy_conseiller_11022.html.

une méthode d'interprétation pour ce type de texte. Le 23 octobre 2015⁹⁶⁹, l'assemblée plénière a eu à se prononcer sur l'interprétation de l'article 3 de l'avenant à la Convention collective régionale des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne, en date du 2 mai 1979 et relatif aux mensuels. L'article en question prévoyait – et prévoit toujours – les dispositions suivantes :

« Tout engagement sera confirmé, au plus tard au terme de la période d'essai, par une lettre stipulant :

- l'emploi, le niveau et l'échelon dans la classification ;
- le taux garanti annuel du niveau et de l'échelon de l'intéressé ;
- la rémunération réelle ;
- l'établissement dans lequel cet emploi doit être exercé.

Toute modification de caractère individuel apportée à un des éléments ci-dessus fera préalablement l'objet d'une nouvelle notification écrite.

Dans le cas où cette modification ne serait pas acceptée par l'intéressé, elle sera considérée comme une rupture de contrat de travail du fait de l'employeur et réglée comme telle ».

En l'espèce, une entreprise disposant de plusieurs sites dont au moins un à Rungis et un dans le huitième arrondissement de Paris a décidé de procéder à une restructuration en transférant plusieurs salariés du premier site vers le second. Certains des salariés concernés ont refusé ce transfert malgré la clause de mobilité stipulée dans leur contrat de travail et ont été licenciés pour faute grave à la suite de leur absence à leur poste⁹⁷⁰. Pour ceux-ci, l'article 3 de l'avenant à la convention collective, et plus spécifiquement les deux derniers alinéas, avaient pour effet de contractualiser le lieu de travail (« l'établissement dans lequel cet emploi doit être exercé ») et la modification de ce dernier représentait une modification du contrat de travail nécessitant leur accord. Leur ancien employeur estimait en revanche que l'article ne contractualisait pas le lieu de travail, mais prévoyait l'initiative de la rupture du contrat de travail, laquelle lui revenait plutôt qu'au salarié : celui-ci était licencié au lieu d'être considéré comme démissionnaire.

⁹⁶⁹ Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279 : *Rapport Cass.* 2015, p. 111 ; *D.* 2015, p. 2185 ; *Ibid.* 2016, p. 144, chron. S. Mariette ; *Dr. soc.* 2016, p. 27, com. J. Mouly ; *JCP G* 2015, 1362, note F. Favennec-Héry ; *JCP S*, 1433, note L. Dauxerre ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 309, p. 26, note C. Berlaud ; *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1707, p. 11 ; *JSL* 2016, n° 401-18, obs. D. Julien-Paturle ; *Cah. soc.* 2015, n° 280, p. 646, obs. F. Canut.

⁹⁷⁰ Les salariés avaient continué de se présenter sur leur ancien lieu de travail à Rungis.

Tandis que le conseil de prud'hommes de Créteil et la Cour d'appel de Paris avaient conclu tous deux à l'absence de contractualisation, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé en 2012⁹⁷¹ que la modification du lieu de travail devait être acceptée par le salarié et ne pouvait lui être imposée. La Cour d'appel de renvoi a maintenu l'interprétation des premiers juges selon laquelle la modification du lieu de travail ne constituait qu'une modification des conditions de travail.

L'assemblée plénière, sur renvoi de la chambre sociale, va donner raison aux premiers et derniers juges, désavouant la chambre sociale : les dispositions de l'article 3 de l'avenant en question « ne confèrent pas au lieu de travail un caractère contractuel et signifient seulement qu'en cas de non-acceptation par le salarié de la modification du lieu de travail, l'employeur qui n'entend pas renoncer à la modification doit prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail en engageant une procédure de licenciement »⁹⁷².

407. L'arrêt en lui-même ne donne pas de règle d'interprétation des accords collectifs ; la Cour de cassation en a établi une dans la note explicative de sa décision⁹⁷³. Après avoir rappelé la définition d'une convention collective, la méthode d'interprétation est énoncée de façon claire et concise : « Il en résulte que la convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte ». Comme l'ont argumenté l'avocat général et le conseiller rapporteur, cette méthode est celle décrite

⁹⁷¹ Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-20.452, inédit.

⁹⁷² L'assemblée plénière rejette ici l'intégration de stipulations conventionnelles au sein du contrat de travail. La chambre sociale a déjà admis qu'une convention collective prévoit des dispositions s'imposant aux salariés entrant dans son champ d'application, traditionnellement insérées dans les contrats de travail. Tel est le cas d'une mobilité imposée dans une convention collective où l'employeur peut s'en prévaloir même en l'absence de clause de mobilité dans le contrat de travail, pourvu que la mobilité conventionnelle ait été instituée avant la signature du contrat de travail et que le salarié « ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance » (Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646 : *Bull. civ. V*, n° 222. V. égal. Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40.384 : *Bull. civ. V*, n°40). D'ailleurs, en l'espèce, la convention collective ne prévoyait pas d'obligation d'insertion d'une clause de sédentarité dans le contrat de travail, mais prévoyait simplement la remise d'une lettre à l'attention du salarié lui rappelant certains éléments liés à son embauche, notamment son lieu de travail.

⁹⁷³ Sur la pratique des notes explicatives, v. infra. En l'espèce, elle permet un partage facilité de la méthode en dehors du monde juridique strict (tribunaux, éditeurs juridiques, etc.), mais l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller Depommier éclairent davantage sur les motifs de la décision.

par Monsieur Jean-Yves Frouin⁹⁷⁴. Il s'agit d'un processus empirique en quatre étapes successives⁹⁷⁵ qui se rapproche de la méthode de la libre recherche scientifique⁹⁷⁶ :

- 1.) Il faut d'abord que la norme conventionnelle applicable manque de clarté.
- 2.) Puis, si le critère précédent est rempli, le juge doit d'abord interpréter le texte littéralement.
- 3.) Puis, si l'étape précédente n'a pas permis de fixer une interprétation, le juge doit chercher l'existence d'un texte législatif ayant le même objet.
- 4.) Enfin, si l'étape précédente n'a toujours pas permis de fixer une interprétation, le juge doit chercher l'objectif social du texte.

408. Cependant, les arrêts qui ont suivi celui de 2015 ne semblent pas faire application de la méthode d'interprétation décrite. Aucun d'entre eux n'évoque la question de l'interprétation des conventions et accords collectifs manquant de clarté. On observe même le retour à une volonté d'interprétation stricte des conventions collectives soit en approuvant une telle interprétation par les juges du fond⁹⁷⁷, soit en désapprouvant celles qui se sont éloignées du texte⁹⁷⁸. Cette alternance influe négativement sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Parmi ces désapprobations se retrouve celle, déjà évoquée⁹⁷⁹, d'une cour d'appel ayant validé les dispositions conventionnelles relatives au forfait-jours pour lesquelles la Cour de cassation incite à un contrôle lourd par une interprétation littérale du texte de l'accord collectif.

La lecture de ces décisions fait apparaître simplement une application stricte des dispositions conventionnelles utilisées. Dans le cas cité du forfait-jours, l'interprétation retenue peut s'expliquer par toute la construction jurisprudentielle autour du dispositif, mais

⁹⁷⁴ J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS* 3/96, p. 137.

⁹⁷⁵ En raison de l'utilisation du terme « ensuite ».

⁹⁷⁶ En proposant l'émancipation par rapport au texte de l'accord collectif soumis à interprétation grâce au recours à l'objectif social, il s'agit de dépasser l'école de l'exégèse afin d'inscrire le texte dans l'époque où il est interprété afin de donner un sens conforme à ce qui était recherché lors de sa création.

⁹⁷⁷ Cass. soc., 14 janvier 2016, n° 14-20.139 : *RDT* 2016, p. 282 ; *JSL* 2016, n° 404-19 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 05, p. 44 ; *RJS* 5/16, n° 177. Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 14-26.101, publié au bulletin : *RJS* 11/16, n° 696. Cass. soc., 17 mai 2018, n° 17-11.369 : *RJS* 8-9/18, n° 556.

⁹⁷⁸ Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-23.649, publié au bulletin : *JSL* 2016, n° 409-17, note D. Julien-Paturle ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 17, p. 50. Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-15.064, publié au bulletin : *D.* 2016 p. 2348 ; *D. actualité* du 14 décembre 2016 ; *RJS* 1/17, n° 26 ; *JCP S* 2016, 1432 ; *JCP E* 2016, act. 951 ; *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1759, p. 11 ; *JSL* 2016, n° 421-422-5 ; *Cah. soc.* 2017, n° 292, p. 33. Cass. soc., 21 mars 2018, n° 16-21.741 : *RJS* 6/18, n° 435.

⁹⁷⁹ V. supra.

quid des autres ? Nous pourrions penser qu'il s'agit d'une volonté de ne pas suivre la méthode d'interprétation, mais il nous paraît plus plausible que cela s'explique par l'absence du critère premier de la méthode, celui qui conditionne son application : le manque de clarté. Une autre hypothèse, non contradictoire avec la première, serait l'application tacite de la méthode donnée en 2015 avec une interprétation simplement littérale, ne recourant ni à la téléologie, ni à l'exégèse⁹⁸⁰.

Enfin, dans son arrêt du 31 mars 2016⁹⁸¹, la Cour de cassation indique « que pour accueillir la demande du salarié, l'arrêt retient que l'intention commune des partenaires signataires de la convention était de (...) ». La Cour ayant cassé l'arrêt, il est possible de déceler ici un rejet de la méthode classique d'interprétation des contrats. Néanmoins, la chambre sociale ne donne aucun argument, se limitant à une affirmation péremptoire de l'interprétation littérale, et ce jusqu'à très récemment où la méthode d'interprétation a été consacrée, faisant perdurer le doute quant à la manière d'interpréter les conventions collectives et conservant une relative insécurité juridique.

§2. LA CONSECRATION D'UNE METHODE D'INTERPRETATION A L'APPLICATION CONFUSE

409. Les doutes liés à l'interprétation des textes conventionnels par la Cour de cassation ont été levés récemment dans un arrêt du 25 mars 2020⁹⁸². Pour la première fois depuis la note explicative de l'arrêt de l'assemblée plénière de 2015, la chambre sociale reprend dans le corps de son arrêt la méthode énoncée dans la note : « Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est à dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte ». Pour apprécier cet apport, intéressons-nous d'abord aux faits.

⁹⁸⁰ « Méthode d'interprétation (...) dont le principe est de rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur du texte à partir de celui-ci, du contexte, des travaux préparatoires et de l'objectif général (...) en faisant au besoin prévaloir l'esprit sur la lettre » (« Exégèse », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, PUF, 2011). V. infra.

⁹⁸¹ Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-23.649 : *op. cit.*

⁹⁸² Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467, publié au bulletin : *D.* 2020, p. 771 ; *JCP S* 2020, 2079, note B. Gauriau ; *RDT* 2020, p. 476, obs. Q. Urban ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 20, p. 47 ; *BJT* 2020, n° 5, p. 43, obs. F. Bergeron-Canut ; *Ibid.*, n° 6, p. 7, note J.-Y. Frouin ; *JSL* 2020, n° 499-14. Cette méthode d'interprétation est confirmée dans les décisions ultérieures. V. par ex. Cass. soc., 8 juin 2022, n° 20-20.100, publié au bulletin : *Dr. soc.* 2022, p. 819, obs. S. Selussi ; *JSL* 2022, n° 522-9, obs. D. Julien-Paturle. V. aussi Cass. soc., 8 février 2023, n° 21-16.805, publié au bulletin : *RJS* 4/23, n° 191.

En l'espèce, un salarié relevant de la convention collective du 25 juin 1968 des agents de direction et des agents comptables des organismes de sécurité sociale et d'Allocations familiales, a été licencié pour insuffisance professionnelle. À ce titre, il réclamait l'application de l'article 28 de la convention collective qui prévoit que « tout agent de direction ou agent comptable licencié après application de la procédure prévue par l'article R. 123-51 du code de la sécurité sociale⁹⁸³ recevra, dans tous les cas, une indemnité égale à un mois de traitement (calculée sur la base du dernier mois d'activité) par année d'ancienneté, calculée selon les modalités de l'article 30 de la Convention collective du 8 février 1957, avec un maximum de 18 mois de salaire ». Autrement dit, le salarié demandait le bénéfice de l'indemnité conventionnelle attribuée aux salariés licenciés pour motif disciplinaire car une interprétation littérale conduirait, selon le salarié, à une « inégalité manifeste de traitement » : les salariés licenciés pour motif disciplinaire se retrouveraient mieux traités que les salariés licenciés pour un autre motif.

La Cour de cassation va donc accueillir favorablement le moyen du salarié, justifiant sa décision par la méthode d'interprétation exprimée plus haut. Distinctement énoncée, elle est suivie de façon incertaine par les juges (A). Cette incohérence n'est pas sans conséquences sur la portée de l'arrêt (B).

A. UNE METHODE FIXEE, MAIS NON APPLIQUEE

410. Dans l'arrêt du 25 mars 2020, la Cour de cassation rappelle la méthode d'interprétation des accords collectifs pour finalement ne pas l'appliquer (1). Un défaut d'application que l'argumentation développée ne parvient pas à corriger (2).

1. Une application qui fait défaut

411. Cette appropriation de la méthode donnée dans la note explicative de l'arrêt de 2015 est unanimement saluée par la doctrine car elle permet de cadrer l'interprétation et ainsi aiguiller les partenaires sociaux pour la rédaction des textes conventionnels⁹⁸⁴. Néanmoins,

⁹⁸³ Article L. 123-51 CSS, al. 1^{er} : « Toute décision de rétrogradation ou de licenciement pour motif disciplinaire d'un agent de direction ou de l'agent comptable ne peut intervenir qu'après avis d'une commission instituée pour chaque régime par arrêté conjoint des ministres intéressés ».

⁹⁸⁴ V., entre autres, G. Vachet, « Règles d'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 2020, 1299 et F. Bergeron-Canut, « Interprétation de la CCN des agents de direction des organismes de sécurité sociale, *BJT* 2020, n° 05, p. 43.

les auteurs reconnaissent une application imparfaite de la méthode⁹⁸⁵. En effet, dans l'arrêt de 2020, non seulement la Cour ne répond pas sur l'absence d'égalité de traitement, mais surtout le texte soumis à interprétation était particulièrement clair. Or, à la lecture de la première phrase du principe énoncé par la Cour de cassation, la question centrale est celle de la clarté du texte : « Une convention collective, *si elle manque de clarté* ». C'est donc bien la condition nécessaire à l'application du processus interprétatif.

Il est permis de penser que la simple remise en cause judiciaire de l'application d'une norme conventionnelle due à une divergence d'interprétation entre les destinataires de ladite norme constitue une présomption d'absence de clarté. Toutefois, il est indéniable que le texte de l'article 28 de la Convention collective applicable en l'espèce semblait particulièrement clair, tant pris dans la globalité de la convention que dans la spécificité de l'article. La logique conduisait à suivre la jurisprudence constante depuis longtemps selon laquelle « il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment »⁹⁸⁶. En outre, il paraît quelque peu contradictoire qu'un texte qui manque de clarté puisse être interprété de façon littérale⁹⁸⁷. La première méthode d'interprétation nous paraît donc peu pertinente et c'est d'ailleurs probablement pour cela que les juges n'ont pas retenu une telle interprétation. Mais « proclamer la clarté est déjà affaire d'interprétation »⁹⁸⁸.

412. C'est donc essentiellement la deuxième étape du processus qui a servi à interpréter l'article 28 de la convention collective : la méthode exégétique. La convention collective datant de 1968, la Cour a comparé ce texte à celui de l'ordonnance du 13 juillet 1967⁹⁸⁹ qui accordait une indemnité de licenciement à tout salarié licencié sauf pour faute grave, et à sa propre jurisprudence qui « n'avait pas encore reconnu l'insuffisance professionnelle comme une catégorie autonome de licenciement ». Là aussi, la chambre sociale s'est permis une largesse en justifiant son interprétation en partie sur sa jurisprudence en matière de

⁹⁸⁵ J.-Y. Frouin, « Sur les règles d'interprétation d'un accord collectif de travail », *BJT* 2020, n° 06, p. 7.

⁹⁸⁶ Cass. civ. 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*.

⁹⁸⁷ Sauf à ce que le défaut de clarté apparaisse sur un texte pris dans son ensemble pourtant clair sur certains de ses points.

⁹⁸⁸ E. Peskine, « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », *RDT* 2021, p. 118.

⁹⁸⁹ Ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement, *JORF* du 19 juillet 1967, p. 7241.

licenciement qui ne constitue pourtant pas « un éventuel texte législatif ayant le même objet ».

413. Si l'on observe l'interprétation réalisée dans l'arrêt du 25 mars 2020 dans sa globalité, il est également possible de déceler une trace de méthode téléologique. Il faut reconnaître que ces deux méthodes – exégétique et téléologique – peuvent être complémentaires, voire se confondre. En effet, rechercher des textes de la même époque ayant le même objet revient à s'interroger sur le contexte qui a mené à la négociation et/ou la signature de la norme conventionnelle et dès lors, éclairer sur son objectif social.

Néanmoins, la chambre sociale accentue l'aspect « processus » en précisant « d'abord », « ensuite », « et, en dernier recours » ; des termes qui, sauf pour « ensuite », étaient absents de la note explicative de 2015. Or, les lignes précédentes ont davantage montré une application générale se rapprochant de la technique du faisceau d'indices où divers éléments doivent permettre de fonder la conviction du juge sans priorité ou importance particulière, plutôt qu'un procédé étape par étape⁹⁹⁰.

Cette analyse de l'application de la méthode d'interprétation ne permet pas d'expliquer la solution de la chambre sociale. L'observation des incohérences d'argumentation peut permettre un éclaircissement.

2. Une argumentation qui ne convainc pas

414. C'est principalement sur le terrain de la différence de traitement que le salarié s'était axé pour justifier une interprétation non-littérale du texte : pour lui, une interprétation littérale revenait à mieux traiter les salariés licenciés pour motif disciplinaire que les autres.

415. Avant de justifier une interprétation plutôt qu'une autre sur ce motif, il convient en amont de se demander si un salarié licencié pour motif personnel – par exemple pour insuffisance professionnelle – est dans la même situation que le salarié licencié pour motif disciplinaire ? Si la réponse est négative, alors une différence de traitement sera justifiée, tandis qu'en cas de réponse positive, il faudra un traitement égal. Pour Madame le Professeur

⁹⁹⁰ Les diverses méthodes d'interprétation présentées par Jean-Yves Frouin (J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *op. cit.*), n'ont d'ailleurs jamais été présentées comme devant être utilisées dans un ordre précis. Chacune doit servir la « démarche herméneutique du juge ».

Florence Bergeron-Canut, l'identité des situations est « aisément admissible »⁹⁹¹. Pourtant, la Cour de cassation n'évoque pas une seule fois la question de l'égalité de traitement dans sa réponse au moyen ; elle s'en tient seulement à sa méthode d'interprétation générale des conventions collectives. Si elle avait reconnu une différence de traitement d'individus placés dans une situation identique, il aurait été aisé pour elle de renforcer sa décision de cassation.

C'est pourquoi il est possible d'avancer une autre hypothèse : le silence de la Cour peut se comprendre comme une réponse négative à la question précédemment posée, et ce, en raison « d'une interprétation rigoureuse, voire restrictive du principe de l'égalité de traitement »⁹⁹². Nous ne pouvons qu'émettre des suppositions, mais ce postulat nous paraît être la seule explication.

416. En revanche, il est indéniable, d'un point de vue purement moral, qu'une différence de traitement entre les salariés licenciés pour motif disciplinaire et ceux licenciés pour motif non disciplinaire – tel que l'insuffisance professionnelle – conduisant à un régime plus favorable pour les premiers, défie toute logique. Si l'on admet ce raisonnement et qu'on le transpose à la décision du 25 mars 2020, la solution apportée gagne autant en cohérence qu'elle ne s'éloigne de l'ancienne position stricte de la Cour de cassation⁹⁹³. Monsieur le Professeur Quentin Urban l'explique en évoquant « le trouble provoqué chez les magistrats »⁹⁹⁴.

Dans ce cas ce serait bien l'objectif social du texte qui aurait primé. Mais était-ce bien l'objectif initial des partenaires sociaux ? Était-ce le fondement de la décision de la chambre sociale ? Aucun élément dans l'argumentation de la Cour ne permet de s'en assurer. Se servir de l'ordonnance de 1967 qui prévoit une indemnité de licenciement pour tout salarié licencié sauf pour faute grave revient alors à certes rétablir ce que l'on pourrait appeler l'ordre des choses (pourquoi mieux traiter un salarié licencié pour motif disciplinaire qu'un autre ?), mais ce n'est ni avancé par la Cour de cassation, ni motivé par la méthode d'interprétation énoncée. Il aurait donc été plus pertinent juridiquement pour la Cour de fonder son argumentation sur l'inégalité de traitement.

⁹⁹¹ F. Bergeron-Canut, « Interprétation de la convention collective nationale des agents de direction des organismes de sécurité sociale du 25 juin 1968 », *BJT* 2020, n° 05, p. 43.

⁹⁹² Q. Urban, « Ce que dit le texte, ce que fait le juge », *RDT* 2020, p. 476.

⁹⁹³ Cass. soc., 6 juillet 1956 : *Bull. civ. IV*, n° 637 et Cass. ch réunies, 27 avril 1961, n° 4.121 : *Bull. ch. réunies*, n° 8.

⁹⁹⁴ Q. Urban, « Ce que dit le texte, ce que fait le juge », *RDT* 2020, p. 476.

417. Ainsi, même avec une rédaction obéissant aux nouvelles exigences de motivation et de style, le raisonnement peine à convaincre⁹⁹⁵. Cela ne paraît pourtant pas diminuer la portée de l'arrêt car malgré ces imprécisions, la solution semble faire consensus⁹⁹⁶. La majorité des auteurs conviennent que les défauts dans l'application de la méthode n'entachent pas la décision adoptée. Seul un auteur s'interroge vraiment sur la méthode réellement appliquée par la Cour de cassation⁹⁹⁷. Or, cette application n'est pas sans conséquences.

B. LES CONSEQUENCES DE L'APPLICATION DE LA METHODE D'INTERPRETATION

418. Deux conséquences peuvent être relevées de la méthode d'interprétation telle qu'appliquée par la Cour de cassation. La première va concerner l'atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux (1) ; la seconde, plus implicite, consiste en une reconnaissance de la théorie réaliste de l'interprétation (2).

1. Une atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux

419. La principale résultante va donc concerner l'autonomie collective des partenaires sociaux, c'est-à-dire leur capacité à créer des normes collectives et de décider de leur contenu⁹⁹⁸. En effet, dans l'arrêt de mars 2020, les juges s'accordent la possibilité de passer outre cette autonomie en interprétant de façon particulièrement extensive la convention collective qui leur est soumise : ils substituent leur volonté de ne pas avantager les salariés licenciés pour motif disciplinaire, à celle des partenaires sociaux de créer pour un motif précis une indemnité conventionnelle de licenciement.

⁹⁹⁵ Sur ce point, l'arrêt n'est pas éloigné de celui de 2007 : Ass. plén., 30 novembre 2007, n° 06-45.365, *op. cit.*

⁹⁹⁶ V. J.-Y. Frouin, « Sur les règles d'interprétation d'un accord collectif de travail », *op. cit.*, qui parle d'un raisonnement « imparable et tout à fait convaincant ». V. aussi F. Bergeron-Canut, « Interprétation de la convention collective nationale des agents de direction des organismes de sécurité sociale du 25 juin 1968 », *BJT* 2020, n° 05, p. 43, qui reconnaît que « la Cour de cassation fait produire au texte un sens éloigné de sa lettre, mais sans doute pas de son esprit ». V. enfin B. Gauriau, « Méthode d'interprétation d'une convention collective », *JCP S* 2020, 2079, qui estime que « la solution, favorable aux salariés, doit être approuvée ».

⁹⁹⁷ Q. Urban, « Ce que dit le texte, ce que fait le juge », *RDT* 2020, p. 476. Le titre de l'article est tout à fait pertinent.

⁹⁹⁸ V. supra. Pour un état des lieux récent, v. L. Gamet, « L'autonomie collective », *Dr. soc.* 2020, p. 448.

Les motifs avancés sont l'existence d'une loi – plus particulièrement ici une ordonnance – ayant le même objet et l'absence de reconnaissance par la jurisprudence du caractère autonome de l'insuffisance professionnelle en tant que catégorie de licenciement.

420. Or, si l'on écarte la question de l'ordre des interprétations – d'abord littérale, puis exégétique et enfin téléologique – ou celle de la bonne application de la règle par le juge, il est très discutable de vouloir étendre et déformer les dispositions conventionnelles au seul motif qu'une loi portant sur un objet similaire prévoyait des dispositions différentes. C'est renier en partie le corps conventionnel de la convention collective.

Il en va de même s'agissant du motif d'inexistence de dispositions au moment de la signature du texte, de sorte que les partenaires sociaux ne pouvaient prévoir des stipulations par rapport à ce qu'ils ne connaissent pas, à ce qui n'existait pas : ici d'ailleurs ce n'est plus nier l'autonomie des partenaires sociaux, c'est l'inventer. Car mener un tel raisonnement revient à présumer que les partenaires sociaux auraient forcément pris en compte les dispositions apparues plus tard si elles avaient été contemporaines aux négociations. Or rien ne permet d'affirmer de façon certaine la position qu'aurait pu tenir les rédacteurs d'une convention collective, en particulier au niveau de la branche qui réunit des groupements de salariés et d'employeurs issus d'entreprises différentes.

421. En outre, une convention collective est un texte vivant, qui peut plus facilement évoluer que la loi ; c'est d'ailleurs tout son intérêt. Les partenaires sociaux pouvaient et peuvent toujours aujourd'hui prévoir de modifier le texte pour l'adapter aux nouvelles dispositions, au nouveau contexte.

L'exemple de la convention collective du 25 juin 1968 des agents de direction et des agents comptables des organismes de sécurité sociale et d'Allocations familiales est sur ce point un exemple particulièrement pertinent car cette convention a été renégociée en 2018⁹⁹⁹. Aujourd'hui, la convention collective des agents de direction des organismes du régime général de sécurité sociale prévoit l'attribution d'une indemnité conventionnelle pour tout licenciement, sauf disciplinaire¹⁰⁰⁰ ; les partenaires sociaux ont inversé la logique

⁹⁹⁹ Sa renégociation a d'ailleurs donné lieu à la création d'une nouvelle convention collective : la convention collective nationale des agents de direction des organismes du régime général de sécurité sociale du 18 septembre 2018, IDCC n° 3232.

¹⁰⁰⁰ Convention collective nationale des agents de direction des organismes du régime général de sécurité sociale du 18 septembre 2018, IDCC n° 3232, art. 16.

d'attribution de l'indemnité conventionnelle de licenciement. Toutefois, la Cour de cassation n'en a absolument pas tenu compte – ou alors elle ne le dit pas. Se servir de cette évolution aurait certes été douteux, mais cela aurait atténué l'impact sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, le limitant à ceux de 1968.

À l'inverse, la Cour de cassation interprète au regard du contexte d'élaboration de la convention collective – l'ordonnance de 1967 ne faisait pas la distinction entre les motifs de licenciement – combiné à celui d'application de ladite convention – la jurisprudence n'avait pas reconnu l'autonomie au licenciement pour insuffisance professionnelle.

422. Une telle position de la Cour de cassation fragilise inéluctablement la sécurité juridique *ab extra* des accords collectifs et renforce la responsabilité des partenaires sociaux lors de la rédaction des textes conventionnels, indépendamment du « flou artistique »¹⁰⁰¹ inhérent aux accords collectifs en raison des intérêts contraires entre les partenaires sociaux. Surtout si l'on considère cette méthode comme étant d'application générale.

En effet, on remarque immédiatement la similarité de l'arrêt du 25 mars 2020 avec celui de l'assemblée plénière du 30 novembre 2007¹⁰⁰². Dans ces arrêts, la Cour de cassation a fait une interprétation extensive des conventions collectives afin d'étendre le bénéfice des indemnités conventionnelles de licenciement. Il est possible d'y voir une ligne jurisprudentielle propre à ces indemnités à contre-courant des autres interprétations plus strictes. Il est également possible de déceler une reconnaissance implicite de la théorie réaliste de l'interprétation.

2. Une reconnaissance implicite de la théorie réaliste de l'interprétation

423. Diverses théories d'interprétation existent. Parmi les plus connues la théorie de l'exégèse, la théorie de la libre recherche scientifique de Gén¹⁰⁰³, mais aussi la théorie classique et la théorie réaliste de l'interprétation¹⁰⁰⁴ – parfois abrégée TRI.

¹⁰⁰¹ G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

¹⁰⁰² Ass. plén., 30 novembre 2007, n° 06-45.365 : *op. cit.*

¹⁰⁰³ F. Gén^y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd. LGDJ, 1919 (deux tomes). Pour François Gén^y, « l'ordre juridique positif, d'un pays donné, n'est jamais pleinement satisfait par les dispositions de ses lois écrites » (p. 404). Il va développer la théorie de la libre recherche scientifique pour que le juge puisse trouver la règle de droit non écrite. Le but est de « satisfaire, au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale » (p. 77).

¹⁰⁰⁴ Sur la « théorie réaliste de l'interprétation », v. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 2001. V également la critique particulièrement poussée d'Otto Pfersmann : « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFD const.* 2002/2, n° 50, p. 279 ; et la contre-critique :

424. Selon la théorie classique, lorsque le juge interprète un texte, il ne fait que révéler ce qui existait déjà, ce que le législateur a voulu exprimer¹⁰⁰⁵. Pour Pierre-André Côté, la théorie classique « comporte effectivement de graves lacunes, car elle passe entièrement sous silence deux dimensions fondamentales de l'interprétation en droit, soit la contribution de l'interprète à l'élaboration du sens, et l'influence de l'application de la loi sur son interprétation »¹⁰⁰⁶.

Mais les défenseurs de la théorie classique voient en elle la seule pouvant représenter la volonté générale démocratique qui a conduit à l'adoption d'une loi. Or, comment peut-on imaginer qu'un texte débattu parfois pendant plusieurs semaines entre l'Assemblée nationale et le Sénat, avec des groupes de parlementaires échangeant dans chacune des chambres, proposant parfois des centaines d'amendements constitue une volonté une et uniforme de la majorité l'ayant voté ? Présentée ainsi, une loi n'est pas, *mutatis mutandis*, si éloignée d'un accord collectif.

425. Si l'on suit en revanche la théorie réaliste de l'interprétation, largement défendue en France par Michel Troper, l'interprète d'un texte, d'une norme – généralement le juge – devient le réel créateur de celle-ci. Dans cette théorie, la norme n'existe pas réellement tant qu'elle n'a pas été interprétée ; le texte ne constitue qu'un simple énoncé dépourvu de toute valeur normative que l'interprète matérialise quand il l'applique : « Préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens mais sont seulement en attente de sens »¹⁰⁰⁷. L'interprétation qui sera faite par une autorité reconnue – tel que le juge – sera alors qualifiée d'authentique, mais elle ne sera pas la seule car d'autres interprétations sont également possibles.

Tandis qu'avec la théorie classique le juge n'est, comme l'avancé déjà Montesquieu, que la bouche de la loi, avec la théorie de l'interprétation réaliste, le juge devient la main de la loi puisqu'il modèle le texte et les faits, ou plutôt le texte par rapport

M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFD const.* 2002/2, n° 50, p. 335 ; et la réplique : O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFD const.* 2002/2, n° 52, p. 759.

¹⁰⁰⁵ V. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, spéc. p. 385 et s.

¹⁰⁰⁶ P.-A. Côté, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in P. Amssek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1995, p. 189, spéc. p. 193.

¹⁰⁰⁷ M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 74.

aux faits – faits qu’il aura lui-même modelés. Le juge crée alors bel et bien du droit, mais surtout, dans le cas de l’interprétation d’un texte conventionnel, il en modèle sa sécurité juridique.

426. En outre, le juge serait à la fois libre et limité. Non seulement il dispose d’une grande liberté pour interpréter les faits des espèces qui lui sont soumises ainsi que la règle de droit qu’il utilise, mais il est également limité par la théorie des contraintes juridiques développée par Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzcyk¹⁰⁰⁸. Il s’agit de la « situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu’une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu’il met en place ou dans lequel il opère »¹⁰⁰⁹.

Ces contraintes peuvent être purement juridiques, par exemple le fait que le juge ne puisse généralement pas se saisir lui-même¹⁰¹⁰, mais elles peuvent être aussi sociologiques ou sociétales : l’éducation de l’interprète ou les valeurs communes d’une société aiguillent et contiennent en quelque sorte le pouvoir d’interprétation : « le juge est juridiquement libre mais sociologiquement contraint »¹⁰¹¹. La logique considérant qu’un salarié licencié pour motif disciplinaire ne devrait pas être mieux traité qu’un salarié licencié pour insuffisance professionnelle ou tout autre motif non-disciplinaire peut être considérée comme une contrainte sociétale, tout comme le renforcement de la prise en compte de la santé et du repos dans le cadre de la construction de la jurisprudence sur le forfait-jours.

427. Dès lors, n’a-t-on pas avec l’arrêt du 25 mars 2020 une application de la théorie réaliste de l’interprétation ? Le juge, en substituant sa logique juridique à celle des partenaires lors de son travail d’interprétation – l’amenant à exprimer quelque chose qui n’avait peut-être pas été envisagé à l’origine, voire à l’opposé de ce qui a été écrit – transforme alors la norme conventionnelle en un simple instrument : les partenaires sociaux créent l’instrument et c’est le juge, quand il va l’utiliser, qui va lui donner toute sa valeur, qui va lui donner forme, laquelle jusqu’alors, n’existait pas réellement. En conséquence, bien

¹⁰⁰⁸ V. M. Troper, V. Champeil-Desplats et G. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, 2005.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹⁰ V. infra sur le rôle de l’individu.

¹⁰¹¹ A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 220.

que cette théorie n'ait pas été communément admise, nous pourrions bien être en présence d'une reconnaissance implicite de la théorie réaliste de l'interprétation.

428. La théorie réaliste de l'interprétation permet donc d'appréhender différemment l'arrêt du 25 mars 2020 et la logique ayant conduit à interpréter ainsi la clause de la convention collective de l'espèce. La méthode d'interprétation est dorénavant connue et appliquée même sans être préalablement posée¹⁰¹² : une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est à dire d'abord en respectant la lettre du texte¹⁰¹³, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet¹⁰¹⁴ et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte.

Malgré la longue recherche d'un procédé déterminé pour l'interprétation des conventions et accords collectifs de travail et sa récente consécration pour une méthode en apparence similaire à celle pour l'interprétation de la loi, nous venons de voir que rien ne permet d'être fixé. Car en définitive, c'est bien la méthode d'interprétation telle qu'appliquée par la Cour de cassation qui manque de clarté. Face à ces évolutions que nous venons d'observer, le besoin de définir une méthode d'interprétation des accords collectifs est toujours présent.

SECTION SECONDE : PROPOSITION D'UNE METHODE D'INTERPRETATION DES ACCORDS COLLECTIFS

429. L'interprétation des conventions et accords collectifs est partagée entre celle de la loi et celle des contrats. La loi s'interprète, on l'a vu, « d'abord en respectant la lettre du texte,

¹⁰¹² Cette méthode peut connaître des nuances en fonction du thème de l'accord. Dans son arrêt du 14 décembre 2022 (Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-19.551, publié au bulletin) la Cour de cassation utilise cette méthode en l'adaptant au contentieux électoral. En l'espèce, l'accord en question, relatif à la répartition du personnel au sein d'une UES, devait aider à déterminer le périmètre de répartition du personnel et des sièges entre les collèges électoraux. La Cour précise, s'agissant de la méthode d'interprétation, qu'il faut interpréter l'accord « d'abord en respectant la lettre du texte de l'accord collectif, ensuite, si celui-ci manque de clarté, au regard de l'objectif que la définition des périmètres des établissements distincts soit de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel ». Ici, l'adaptation consiste à ne pas évoquer – et donc tenir compte de – l'existence d'un éventuel texte législatif ayant le même objet : seule la méthode téléologique peut permettre, d'après la Cour de cassation, une interprétation de l'accord en question.

¹⁰¹³ Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-13.518, inédit : *RJS* 8-9/20, n° 417. Cass. soc., 21 octobre 2020, n° 19-12.998, inédit. Cass. soc., 9 décembre 2020, nos 19-23.006 à 19-23.016, inédit.

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 18-18.265, publié au bulletin : *RJS* 12/20, n° 583.

ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte ».

Depuis la réforme du droit des obligations de 2016, l'interprétation du contrat fait l'objet des articles 1188 à 1192 du Code civil. Pour résumer, les trois principales règles données sont celles d'interprétation « d'après la commune intention des parties » (art. 1188), de l'interprétation des clauses « les unes par rapport aux autres » (art. 1189) et de l'absence d'interprétation des « clauses claires et précises à peine de dénaturation » (art. 1192). Ces méthodes à la logique différente vont servir de base à la création d'une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs de travail. Mais avant de la construire (§2), il est nécessaire de mener quelques raisonnements préliminaires (§1).

§1. PROLEGOMENES NECESSAIRES A LA DETERMINATION DE LA METHODE

430. Pour définir une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs, il est indispensable de dépasser les difficultés qui peuvent être rencontrées (**A**) et d'analyser les aides qui peuvent être apportées (**B**).

A. LES DIFFICULTES DANS LA DETERMINATION D'UNE METHODE D'INTERPRETATION DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

431. Les difficultés identifiées sont de deux sortes : soit elles sont dues aux niveaux de négociations différents entre la branche professionnelle et l'entreprise (**1**), soit elles sont liées à la recherche de volonté des parties à l'accord (**2**).

1. La difficulté inhérente aux niveaux de négociation différents

432. La convention ou l'accord collectif négocié et conclu au niveau de la branche professionnelle est régulièrement qualifié de « loi de la profession »¹⁰¹⁵. Cette comparaison à la loi se comprend en raison de la conception de la norme conventionnelle et plus particulièrement de ses concepteurs : les partenaires sociaux que sont les organisations syndicales et les organisations d'employeurs. Ceux-ci, issus d'entreprises différentes,

¹⁰¹⁵ V. « Extension », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, PUF, 2011.

élaborent des normes destinées à être appliquées à leurs entreprises, mais aussi à toutes les autres de la branche ayant adhéré à l'un des groupements d'employeurs signataires. La similarité avec les parlementaires élus par les citoyens élaborant des lois est alors compréhensible.

Également, la procédure d'extension renforce l'aspect réglementaire de la norme car celle-ci va alors s'appliquer à l'ensemble des entreprises et leurs salariés relevant de la branche professionnelle, indépendamment de l'adhésion de leur employeur à l'une des organisations patronales signataires. Enfin, la possibilité pour le ministère du travail d'émettre des réserves ou de choisir de ne pas étendre certaines dispositions donne plus de force à l'âme réglementaire.

Il est donc certain que le corps contractuel de la convention collective de branche est bien moins prégnant que l'âme réglementaire. Néanmoins la procédure d'élaboration prenant la forme de négociations d'un accord collectif, le corps contractuel demeure présent et devra donc être pris en considération pour l'établissement d'une méthode d'interprétation. Il ne faut pas oublier les intérêts opposés et les compromis qui ont pu être faits entre les partenaires sociaux pour parvenir à la signature de l'accord final.

433. L'accord collectif d'entreprise quant à lui n'a pas la même qualification, par analogie, de « loi de l'entreprise ». Toujours empreint du dualisme propre aux accords collectifs, l'accord collectif d'entreprise est applicable à l'ensemble des salariés de l'entreprise ou l'ensemble des salariés appartenant à la catégorie professionnelle même s'ils n'ont pas signé l'accord. L'âme réglementaire est donc toujours présente grâce à l'effet *erga omnes* de la norme collective.

Cependant, cet accord n'est pas susceptible de bénéficier de la faculté d'extension. En outre, à la différence d'un accord de branche qui est négocié par des organisations syndicales et patronales pour le compte de salariés issus d'entreprises souvent concurrentes, un accord collectif d'entreprise est négocié par l'employeur ou son représentant et une ou plusieurs organisations syndicales de l'entreprise, voire avec le CSE, certains salariés ou, depuis peu, par l'ensemble des salariés référendum.

Il en découle une réelle proximité entre les négociateurs qui connaissent les enjeux de l'entreprise et les partenaires sociaux ont davantage de contacts entre eux de manière formelle ou informelle. Cela renforce donc le corps contractuel de l'accord collectif qui prend le pas sur l'âme réglementaire.

434. On le voit, l'accord collectif de branche serait plus proche de la loi que du contrat en raison de son âme réglementaire dominante, tandis que l'accord collectif d'entreprise serait plus proche du contrat que de la loi en raison de la proximité des négociateurs. Il pourrait alors être envisagé une interprétation différenciée entre les conventions et accords collectifs de branche, et les conventions et accords collectifs d'entreprise. Or, les deux types d'accords collectifs ont une nature similaire de sorte que, même élaborés à des niveaux différents, ils bénéficient d'un effet *erga omnes* : il justifie alors une méthode commune aux différents niveaux de négociation.

La difficulté liée aux niveaux de négociations différents n'est pas la seule. Il est également difficile de connaître la volonté des partenaires sociaux, et ce, alors que cette action constitue l'essence même de l'interprétation.

2. La difficile recherche de volontés

435. En effet, interpréter un acte juridique nécessite finalement de savoir pourquoi et comment celui-ci a été réalisé avant de se demander quels sont ses effets. Dans le cas de la loi, il s'agit de s'interroger sur la volonté du législateur en cas de difficulté d'interprétation plutôt que vouloir prendre en compte le caractère général de la loi. Cette volonté se retrouve dans l'exposé des motifs, les rapports, l'étude d'impact, les échanges parlementaires, etc.

Dans le cas du contrat, il s'agit aussi d'une recherche de volontés. Tout comme la loi n'est pas le produit d'un seul homme, mais bien d'un ensemble – le Parlement – le contrat est le produit de deux ou plusieurs parties. Cette volonté, la « commune intention des parties », peut se retrouver dans le préambule, les échanges précontractuels, les autres contrats conclus entre les parties, leurs comportements, etc.

En ce qui concerne la convention et accord collectif de travail, cet acte n'étant ni une loi, ni un contrat classique, la recherche de volonté doit prendre en compte des éléments issus des deux cas ci-dessus.

436. Un point interroge quand même : comment interpréter les accords collectifs conclus dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés¹⁰¹⁶, souvent sans réelle négociation ? Difficile pour l'esprit du juriste – mais aussi du non-juriste – de vouloir accepter la reconnaissance d'un véritable accord collectif. Difficile aussi de déceler une

¹⁰¹⁶ Art. L 2232-21 et s. C. trav.

« volonté commune ». La volonté semble ici être celle d'une seule partie : l'employeur. Il serait alors simplement possible de présumer de l'intention de l'employeur qui a proposé le texte de l'accord à ses salariés¹⁰¹⁷. On se rapprocherait plus d'un contrat d'adhésion. Pourrait être alors défendue une idée d'interprétation de l'accord collectif comme celle du contrat d'adhésion, c'est-à-dire « contre celui qui l'a proposé »¹⁰¹⁸.

Néanmoins, comparé à un accord collectif d'entreprise classique, il n'y a que le corps contractuel qui est altéré ; l'âme réglementaire est intacte et l'effet *erga omnes* est présent : la norme validée par une majorité des deux tiers des salariés s'appliquera à tous. Par conséquent, ce type d'accord collectif doit bénéficier de la même méthode d'interprétation que les autres.

437. Ces difficultés étant dépassées, il convient de s'intéresser à présent aux aides qui sont à notre disposition pour établir la méthode d'interprétation.

B. LES AIDES A LA DETERMINATION D'UNE METHODE D'INTERPRETATION DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

438. Pour aider à l'expression d'une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs de travail, le préambule est d'un intérêt absolu (1). Les commissions d'interprétation, en revanche, ont un intérêt certain, mais à relativiser (2).

1. L'intérêt absolu du préambule

439. Longtemps resté une simple pratique contractuelle dans les accords collectifs, le préambule¹⁰¹⁹ a été reconnu en 2016¹⁰²⁰ par le législateur : la loi du 8 août 2016 a codifié à l'article L. 2222-3-3 du Code du travail l'obligation d'insertion d'un préambule qui doit depuis être intégré dans tous les accords collectifs. Ces dispositions liminaires doivent

¹⁰¹⁷ Le texte proposé aux salariés n'est pas soumis à une obligation d'échanges formalisés avant d'être soumis au référendum.

¹⁰¹⁸ Art. 1190 C. civ.

¹⁰¹⁹ Pour quelques réflexions sur le préambule et sa portée, en particulier à partir de 2016 : J. Barthélémy, « Préambule de l'accord collectif », *Cah. DRH* 2017, n° 242, p. 50 ; L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S* 2016, 1300 ; B. Teyssié, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *JCP S* 2016, 1019 ; H. Mongon, « Négociation collective : un contrôle du juge à exercer avec discernement », *Dr. soc.* 2020, p. 491.

¹⁰²⁰ Art. 22 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

« présent[er] de manière succincte [les] objectifs et [le] contenu » de l'accord collectif. Il s'agit là des seules consignes données par le législateur, laissant une grande liberté aux partenaires sociaux sur la rédaction du préambule. Le texte de l'alinéa premier de l'article L. 2222-3-3 ne précisant pas le niveau de négociation de l'accord, cette obligation s'applique à l'ensemble des accords collectifs¹⁰²¹. Pour autant, le deuxième alinéa de l'article vient immédiatement tempérer cet impératif : « L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord ».

De prime abord étonnant, une telle disposition n'est pas problématique. Il est même heureux que le préambule ne soit pas une condition de validité car il aurait été préjudiciable pour les accords collectifs de voir leur sécurité juridique fortement fragilisée à cause d'un élément certes éclairant sur la volonté des partenaires sociaux, mais pas juridiquement stipulatoire.

440. Cette nullité a cependant été appliquée temporairement pour l'accord de performance collective¹⁰²². Outil aux effets exorbitants du droit commun, cet accord particulier voyait son préambule érigé à l'origine, en 2016, en tant que condition de validité sous peine de nullité¹⁰²³ : « L'accord mentionné au même premier alinéa comporte un préambule indiquant notamment les objectifs de l'accord en matière de préservation ou de développement de l'emploi. Par dérogation au second alinéa de l'article L. 2222-3-3, l'absence de préambule entraîne la nullité de l'accord ».

Rapidement, dès 2017, l'article L. 2254-2 du Code du travail a été modifié¹⁰²⁴. L'ordonnance du 22 septembre a gardé le préambule, mais a retiré la notion de nullité. La nouvelle formulation reste impérative : « L'accord définit dans son préambule ses objectifs (...) ». On peut donc toujours considérer obligatoire le préambule, mais il s'agit de la même obligation relative applicable à l'ensemble des accords collectifs : l'accord de performance collective n'encourt plus la nullité car l'alinéa second de l'article L. 2222-3-3 n'est plus expressément écarté.

¹⁰²¹ Art. L. 2222-3-3 C. trav., al. 1^{er} : « La convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu ».

¹⁰²² Sur l'accord de performance collective, v. supra.

¹⁰²³ Art. 22 loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁰²⁴ Art. 3 Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 29.

Un tel retrait peut paraître étonnant, surtout en raison des conséquences de l'accord de performance collective – en particulier sur les contrats de travail. Or, justement : cet outil est tellement singulier qu'il est difficile d'imaginer que les partenaires sociaux puissent le mettre en place sans une certaine rigueur qui les poussera sûrement à insérer un préambule.

441. L'objectif social pouvant y être particulièrement détaillé, le préambule a donc tout intérêt à être mobilisé par les partenaires sociaux lors de la négociation et l'application de l'accord. Il a aussi tout intérêt à être utilisé par le juge dans le cas d'un travail interprétatif. C'est pourquoi il ne devra pas être écarté de la méthode d'interprétation, laquelle devra ainsi proposer le recours à la méthode téléologique.

Mais le préambule n'est pas le seul outil permettant de connaître la volonté des partenaires sociaux : quid des commissions d'interprétation instituées en particulier au niveau des branches professionnelles ?

2. L'intérêt relatif des commissions d'interprétation

442. Les commissions paritaires d'interprétation tirent leur source de pratiques anciennes reconnues depuis longtemps par le législateur¹⁰²⁵. Depuis 2016, les commissions paritaires d'interprétation assurent également un rôle d'animation du dialogue social de branche¹⁰²⁶ tant au niveau de la négociation que de l'interprétation. Elles ont d'ailleurs été renommées « commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation » (CPPNI).

443. Leur saisine par le juge est une faculté permise par l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire¹⁰²⁷. Cette possibilité est toutefois relativement limitée à cause de la rédaction de l'article L. 441-1 qui ne l'envisage que pour les conventions et accords collectifs « présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». Autrement dit, il faut une double condition, cumulatives : 1) une difficulté sérieuse, 2) qui se présente dans de nombreux litiges.

¹⁰²⁵ Art. L. 132-17 C. trav. anc. créé par la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), *JORF* du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰²⁶ C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », *JCP S* 2018, 1058.

¹⁰²⁷ Spéc. al. 2 : « [Les juridictions de l'ordre judiciaire] peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ».

Face à cette limite, certains auteurs ont pensé qu'une saisine obligatoire de ces commissions pouvait être à envisager¹⁰²⁸. C'est également la proposition numéro 11 de la commission de Virville¹⁰²⁹ qui encourage en outre leur mise en place au niveau entreprise et groupe.

444. Sans revenir sur les réflexions menées précédemment¹⁰³⁰, cette proposition a le mérite de respecter au maximum l'autonomie et la volonté des partenaires sociaux. Néanmoins, aucune étude à notre connaissance n'a été menée depuis la consécration de cette faculté par le législateur en 2016 permettant de savoir si les juridictions se l'approprient.

En outre, il est permis de douter du succès d'une telle sollicitation. Tout d'abord parce que le dialogue social fonctionne mieux quand il n'est pas forcé. Ensuite, dans la continuité du premier point, la probabilité de devoir interpréter une disposition sur laquelle les négociateurs ont volontairement entretenu un « flou artistique » n'est pas à négliger : il est aisément imaginable qu'ils aient quelques difficultés à s'accorder sur une interprétation. La portée de cette consultation, qui aura des conséquences au-delà du contentieux qui l'a sollicitée, renforce la difficulté de parvenir à un accord sur une interprétation commune. Enfin, vouloir utiliser les CPPNI dans le cadre d'un contentieux nécessitera forcément des délais précis pour éviter des délais d'instance trop longs. Il n'est donc pas certain que les partenaires sociaux parviennent à fixer une interprétation à temps.

445. Les commissions d'interprétation peuvent également être instituées dans des accords d'un niveau inférieur à celui de la branche professionnelle. Aux noms et attributions pouvant varier d'un accord à l'autre, elles restent des instances privilégiées pour le dialogue social d'entreprise.

Certains auteurs avisés ont pu proposer, comme le rapport de la commission de Virville, de recourir à leur saisine pour avis par le juge judiciaire devant interpréter une

¹⁰²⁸ P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Dr. soc.* 2017, p. 425.

¹⁰²⁹ *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport de la commission présidée par M. de Virville, 2004, proposition n° 11 : « La commission recommande d'encourager la mise en place des commissions paritaires d'interprétation par les accords collectifs de travail conclus au niveau des entreprises ou des groupes. Par ailleurs, la loi devrait rendre obligatoire la saisine de ces instances par le juge en cas de difficulté d'interprétation. Leurs avis ne s'imposeraient toutefois à la juridiction saisie qu'à la condition d'avoir été rendus à l'unanimité des signataires. Enfin, celle-ci resterait évidemment libre d'en tirer les conséquences contentieuses appropriées et en particulier d'écarter, comme invalide, la clause telle qu'éclairée par la commission paritaire d'interprétation ».

¹⁰³⁰ V. supra les développements sur la branche.

convention ou accord collectif¹⁰³¹ ; cependant, il semble tout bonnement impossible de penser à recourir en cas de contentieux à ces commissions en raison du manque total d'objectivité des membres. Les organisations syndicales auront davantage à cœur de protéger le salarié pour ne pas être affaiblies aux prochaines élections professionnelles. Quant à l'employeur, il est probable qu'il soit partie à l'instance limitant, en toute logique, le recours à une telle commission puisque l'employeur pourrait refuser de reconnaître une interprétation qui lui serait préjudiciable.

446. Il résulte de tout ce que nous venons de voir que la méthode d'interprétation de la convention ou accord collectif de travail, peu importe son niveau ou sa manière de conclusion, doit être non pas identique à celle utilisée pour la loi – telle que reprise dans l'arrêt du 25 mars 2020 – ni être totalement fondée sur la méthode d'interprétation des contrats : elle doit être un savant mélange des deux.

§2. LA METHODE D'INTERPRETATION DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

447. Pour repenser la méthode, revenons à ce que Paul Durand a identifié comme étant le dualisme des conventions collectives¹⁰³² et à la formule déjà rappelée : « une âme réglementaire dans un corps contractuel »¹⁰³³. Chacun de ces deux éléments varie en fonction du niveau de négociation de la norme conventionnelle et la balance ne peut être à l'équilibre : l'un tendra toujours à prendre pas sur l'autre sans pour autant l'évincer. Cette double nature est la source des difficultés d'interprétation observées précédemment ; elle peut aussi être une aide dans notre recherche.

De la méthode d'interprétation donnée par la Cour de cassation en 2015 et 2020, tout n'est pas à écarter. L'essentiel est même plutôt à garder, l'important étant d'accorder une priorité au texte (**A**) tout en acceptant le besoin d'adapter la norme conventionnelle sans la dénaturer (**B**).

¹⁰³¹ G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

¹⁰³² P. Durand, *Le Dualisme de la convention collective de travail*, thèse, Sirey, 1939.

¹⁰³³ F. Carnelutti, cité par M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute », *Dr. soc.* 1995, p. 171.

A. LA PRIORITE AU TEXTE DE L'ACCORD COLLECTIF DANS SON ENSEMBLE

448. Tout d'abord, comme actuellement appliqué, si le texte est clair, c'est-à-dire que les mots utilisés ne soulèvent aucune ambiguïté, alors il doit être interprété littéralement pour ne pas le dénaturer. C'est une fois cette interprétation faite que seules les conséquences de la lecture littérale doivent être prises en compte : si le texte est clair, le juge ne peut s'en écarter ; en revanche, si le texte n'est pas clair ou si l'application littérale conduit à une incompatibilité avec une loi ou une jurisprudence, le juge doit alors chercher une solution. L'idée est donc de tenter de conserver la disposition conventionnelle.

449. Dès lors, si l'interprétation littérale est impossible en raison d'un texte dénué de clarté, le juge doit tenter de l'éclaircir par une lecture d'ensemble de la convention ou accord collectif. À la différence de l'étape précédente, celle-ci se rapproche, non pas de l'interprétation de la loi, mais de l'interprétation du contrat telle qu'énoncée à l'alinéa premier de l'article 1189 du Code civil¹⁰³⁴. C'est ici que le préambule, s'il a été prévu, pourra être utile. Il s'agit de comprendre la logique des partenaires sociaux, cerner la signification de certains termes à la signification parfois profondément liée au milieu professionnel et de déterminer ce que les négociateurs ont voulu prévoir.

Prenons un exemple simple issu de la branche ferroviaire et particulièrement central à la SNCF : la grande période de travail, abrégée « GPT ». Mises à part quelques particularités différentes entre le personnel dit roulant et le personnel dit sédentaire, il s'agit de l'intervalle entre deux repos périodiques successifs. Cette notion, présente dans le décret de 1999¹⁰³⁵ a été reprise dans l'accord d'entreprise sur l'organisation du temps de travail à la SNCF en 2016. On la retrouve également à l'article 1, 4^e de la deuxième partie de l'accord relatif au contrat de travail et à l'organisation du travail dans la branche ferroviaire : « la grande période de travail est l'intervalle entre deux repos périodiques successifs ; la durée du travail peut être organisée dans le cadre de la grande période de travail en lieu et place de la semaine civile ». Il s'agit d'une notion totalement inconnue de l'ordre juridique étatique – Code du travail ou Code des transports – utilisée de nombreuses fois dans la convention

¹⁰³⁴ « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier ».

¹⁰³⁵ Décret n° 99-1161 du 29 décembre 1999 relatif à la durée du travail du personnel de la Société nationale des chemins de fer français, *JORF* n° 302 du 30 décembre 1999, texte n° 69.

collective de la branche ferroviaire de sorte qu'en cas d'interprétation d'un article recourant à ce concept, la méconnaissance de sa définition ou de son utilisation dans différents contextes peut rendre difficile la compréhension de l'article à appliquer voire interpréter.

Il s'agit bien évidemment d'un exemple simple, mais qui permet une bonne appréhension de l'importance de l'ensemble, de l'unité que constitue l'accord collectif. Car, comme un article de loi ne se comprend qu'en lisant l'entièreté du texte de loi, un article d'accord collectif ne peut se lire indépendamment de l'ensemble pouvant refléter la culture professionnelle ou la logique d'une disposition.

Ainsi, dans l'arrêt de l'assemblée plénière de 2007¹⁰³⁶ relatif à l'application d'une indemnité conventionnelle de licenciement pour insuffisance professionnelle, les articles 26.1 et suivants devaient être lus avec une vision d'ensemble. Elle seule permet de comprendre que la notion de « licenciement pour motif non disciplinaire » recouvre uniquement celle du licenciement pour insuffisance professionnelle car les partenaires sociaux l'ont exactement écrit : « Le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle ».

450. L'interprétation littérale ou obtenue selon la méthode que l'on vient de voir peut conduire à une incompatibilité avec une loi ou une jurisprudence en vigueur au moment de son application. Apparaît alors un besoin d'adaptation de la norme conventionnelle.

B. LE BESOIN D'ADAPTER LA NORME CONVENTIONNELLE SANS LA DENATURER

451. L'on pourrait penser que, grâce à la capacité d'adaptation de l'accord collectif, celui-ci ne puisse que difficilement être en décalage avec les évolutions législatives ou jurisprudentielles. Cette pensée peine à réellement s'appliquer, en particulier au niveau de la branche où la force de l'âme réglementaire est particulièrement prégnante.

En effet, le besoin de compromis entre des parties aux intérêts opposés, au sein desquelles des divergences de fonctionnement peuvent exister¹⁰³⁷, peut ralentir le dialogue social. En outre, de nombreuses branches ont des textes particulièrement anciens, appliqués sans recherche d'une actualisation. C'est pourquoi un auteur a fort justement indiqué que

¹⁰³⁶ Ass. plén., 30 novembre 2007, n° 06-45.365.

¹⁰³⁷ On pense en particulier aux organisations patronales qui peinent parfois à obtenir un mandat clair et défini.

« les parties (qui peuvent elles-mêmes avoir beaucoup évolué compte tenu de leur caractère collectif) dev[aient] faire preuve de vigilance pour garder le contrôle de la norme conventionnelle »¹⁰³⁸. Autrement dit, les parties peuvent « perdre le contrôle ».

452. Cette idée de « perte de contrôle » est particulièrement intéressante. Elle suppose une désappropriation des stipulations : à partir du moment où les partenaires sociaux ont fixé le texte final de l'accord, les dispositions créées deviennent en quelque sorte *res publica*. Ce raisonnement est en substance celui qui a conduit la Cour de cassation à admettre la recevabilité pour une organisation syndicale non-signataire d'une convention collective de demander l'exécution de ladite convention¹⁰³⁹.

453. C'est donc aux créateurs de la norme de la guider en veillant à son application, sa compréhension ; s'ils n'assurent pas cette vigilance, ils perdent le contrôle. Cette idée suppose donc également une certaine emprise des partenaires sociaux sur leurs stipulations jusqu'à ce qu'un tiers, le juge, ne vienne les écarter pour corriger les éloignements avec les évolutions légales et jurisprudentielles. Loi étatique, jurisprudence étatique et loi de la profession et de l'entreprise avancent de concert. Mais c'est bien le juge qui assure le rôle d'aiguilleur.

C'est pourquoi il apparaît pertinent de le laisser guider en cas de difficulté d'interprétation ou d'application d'une convention ou d'un accord collectif. Cela ne signifie pas qu'il doit réécrire ou totalement écarter la disposition conventionnelle en question. S'il a la possibilité, grâce à une recherche de volonté aidée par les méthodes exégétique et téléologique, de corriger légèrement sans pour autant dénaturer ou aller à l'encontre de l'objectif recherché par les partenaires sociaux, il peut orienter ainsi. Si en revanche l'écart est trop important, il ne pourra qu'écarter la disposition, comme la Cour de cassation le fait depuis 2011 avec les forfaits-jours.

Ainsi, dans l'arrêt du 25 mars 2020¹⁰⁴⁰, si la chambre sociale avait relevé une atteinte à l'égalité de traitement, il aurait été permis de rendre la solution que l'on connaît. En

¹⁰³⁸ P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », *Sem. soc. Lamy* 2008, suppl. n° 1361, p. 45.

¹⁰³⁹ V. Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340, *Sté Sofaco* : *D.* 2007, p. 1504, note A. Fabre ; *Dr. soc.* 2008, p. 571, obs. O. Levannier-Gouël ; *JCP S* 2007, n° 48, 1918, com. R. Vatinet ; *Sem. soc Lamy* 2007, n° 1316, p. 12, obs. O. Gouël ; *JSL* 2007, n° 218-4, note M.-C. Haller ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 47, p. 21 ; *Cah. Soc.* 2007, n° 192, p. 305, obs. C. Charbonneau.

¹⁰⁴⁰ Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467 : *op. cit.*

revanche, si elle n'avait pas reconnu l'atteinte – ce qu'elle semble avoir fait tacitement¹⁰⁴¹ – elle n'aurait pas dû interpréter aussi largement le texte : il aurait fallu garder l'interprétation littérale.

454. Si l'on résume, voici comment il conviendrait d'interpréter les conventions et accords collectifs :

1. si le texte est clair, il doit être interprété littéralement ;
2. si le texte n'est pas clair, il doit être interprété au regard de l'ensemble de l'accord collectif ;
3. si le texte est clair ou qu'il a été interprété au regard de l'ensemble de l'accord collectif, mais qu'il est incompatible avec le reste de l'accord¹⁰⁴², une loi¹⁰⁴³ ou une jurisprudence¹⁰⁴⁴ en vigueur au moment de son application, il doit être interprété grâce aux méthodes exégétique et téléologique pour mettre fin à cette incompatibilité ;
4. si l'incompatibilité ne peut être corrigée que par une modification qui dépasserait la simple interprétation, le texte doit être écarté.

455. L'important est donc d'appliquer le texte, sauf contradiction avec un texte de loi ou une jurisprudence établie lors de l'interprétation, et d'éviter son invalidation quitte à lui donner une portée nouvelle en raison des évolutions rencontrées depuis sa création¹⁰⁴⁵. Grâce à cela, la volonté des partenaires sociaux est préservée et le texte conventionnel peut si besoin évoluer légèrement pour correspondre au paysage normatif actuel. Une telle méthode renforce le pouvoir du juge, mais au prix d'une plus grande cohérence et sécurité juridique de la norme conventionnelle. Les partenaires sociaux ont toujours la possibilité de faire

¹⁰⁴¹ Q. Urban, « Ce que dit le texte, ce que fait le juge », *RDT* 2020, p. 476.

¹⁰⁴² Il est en effet possible d'avoir un texte qui paraisse incompatible ou contradictoire avec le reste de l'accord.

¹⁰⁴³ Il faut comprendre par « loi » tant les lois non-codifiées que celles qui sont codifiées. Pour ces dernières, devront être exclues les dispositions supplétives du triptyque : seules les incompatibilités avec une disposition énoncée dans la partie « ordre public » ou « champ de la négociation collective » doivent être retenues car, dans les parties découpées selon le triptyque, ce sont elles que les partenaires sociaux doivent respecter.

¹⁰⁴⁴ Intégrer la jurisprudence dans la méthode permet par exemple d'assurer le respect des dispositions reconnues d'ordre public ou les grands principes du droit dégagés par les juges.

¹⁰⁴⁵ C'est le cas d'espèce de l'arrêt de 2020 où l'accord ne prévoyait pas un type de licenciement car ce dernier n'existait tout simplement pas lors de l'élaboration de la norme. C'est surtout par une recherche de l'objectif social du texte que la Cour de cassation a déterminé son interprétation. Le résultat aurait probablement été le même avec la méthode que nous proposons : ce n'est pas moins la solution de l'arrêt de 2020 qui dérange que l'explication du raisonnement qui a permis d'y arriver.

changer leur convention ou accord collectif de façon autonome ou pour prendre en compte voire peut-être contrer une interprétation faite par le juge qui ne leur paraît pas correcte. Cela permet aussi de combler leur éventuelle lacune en l'absence d'actualisation du texte par ses auteurs.

456. Conclusion de chapitre : La proposition de méthode d'interprétation que nous venons de présenter n'est pas drastiquement différente en comparaison avec la méthode donnée par la Cour de cassation. Par la priorité donnée au texte et l'utilisation du concept de « perte de contrôle », elle permet de prendre acte de la responsabilisation croissante des partenaires sociaux qui doivent être davantage vigilants à ce qu'ils écrivent, négocient et signent, mais aussi et surtout, attentifs à l'évolution de la loi et de la jurisprudence.

Grâce à sa capacité de modelage de la portée et de la signification des stipulations des accords, le juge influe directement sur leur sécurité juridique. Nous venons de voir que malgré la lente fixation d'une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs, celle-ci n'a été appliquée que de manière pour le moins confuse. La méthode en elle-même ne nous paraissant pas totalement optimale, il était nécessaire de réfléchir à une nouvelle méthode.

Il ressort de l'ensemble des réflexions menées dans ce chapitre que le juge représente un élément fondamental dans l'application des conventions et accords collectifs de travail. Il dispose d'un pouvoir non pas illimité, mais grandement étendu pouvant faire craindre un « gouvernement des juges »¹⁰⁴⁶. Par ce pouvoir de modulation, le principe de sécurité juridique peut avoir l'apparence d'une « fable juridique »¹⁰⁴⁷. Toutefois ce travail d'interprétation est nécessaire ; il est aussi compliqué en raison du milieu d'élaboration des accords collectifs.

457. Conclusion de titre : Le juge est bien un révélateur de l'insécurité juridique de la norme conventionnelle : c'est lors de son contrôle qu'il détermine la validité ou non des stipulations des accords qui lui sont soumis. L'étude de la jurisprudence sur le forfait-jours a permis de le montrer et d'observer l'ensemble des causes et conséquences qui ont conduit le juge étatique à sauver, par une victoire à la Pyrrhus, le principe même du forfait-jours et les accords permettant son déploiement au prix d'une insécurité juridique révélée par une

¹⁰⁴⁶ V. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.

¹⁰⁴⁷ D. Mainguy, « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II », *JCP G* 2011, doctr. 603.

sacralisation du droit à la santé et au repos. L'insécurité juridique du forfait-jours que nous connaissons aujourd'hui a été révélée au grand public dans l'arrêt du 29 juin 2011. Au-delà de son apparition par l'action du juge, son ampleur s'explique par des prémices et un déploiement de plus en plus important qui ont fait germer l'insécurité juridique, initialement invisible. À côté de ce développement, l'insécurité juridique a germé au sein d'horizons plus lointains que l'ordre juridique interne par les condamnations du CEDS pourtant sans effet direct sur notre droit interne. Or, si les condamnations systématiques ont eu une portée interne, c'est bien en raison de l'action, parfois imparfaite et incomplète, menée par la Cour de cassation.

L'approche autour de la construction de la jurisprudence initiatrice de l'insécurité que connaît le forfait-jours montre que le juge doit prendre connaissance des dispositions de l'accord collectif afin de les analyser par rapport à son propre ordre juridique. En effet, pour que le juge exerce pleinement son intervention sur la sécurité juridique des accords collectifs, il se doit de s'appropriier la ou les dispositions en cause : il doit les interpréter. Les difficultés dans l'élaboration d'une méthode d'interprétation et le résultat de la proposition d'une nouvelle méthode font ressortir le rôle central du juge dans la détermination de l'insécurité juridique des accords collectifs ainsi que dans la sécurisation de ceux-ci.

Le juge met en lumière l'insécurité juridique : il est l'élément perturbateur. Cependant, observée de plus près, cette perturbation est causée par l'existence de différents espaces normatifs : c'est par l'intégration de normes issues de milieux différents que certaines d'entre elles se retrouvent juridiquement fragilisées ou renforcées. En faisant entrer dans un espace normatif le produit d'autres espaces, le juge sert d'intermédiaire entre eux.

TITRE SECOND : LE JUGE, INTERMEDIAIRE ENTRE LES ESPACES NORMATIFS

458. L'action du juge conduit ce dernier à contrôler et interpréter la norme conventionnelle qui se présente à lui, l'amenant à se prononcer sur leur validité ou non, et faisant fluctuer sa sécurité juridique. Pour ce faire, il mobilise des sources issues de différents milieux producteurs de normes. Dans le cadre du contentieux sur le forfait-jours, en plus de la norme conventionnelle, ce sont des normes légales, constitutionnelles et européennes qui ont servi à établir la jurisprudence génératrice d'insécurité juridique que l'on connaît aujourd'hui. Toutes se retrouvent réunies, interagissent entre-elles et permettent une création juridique plurielle. Par cette action, le juge étatique démontre une application du pluralisme juridique.

459. Le pluralisme juridique est une notion relativement récente, encore peu appliquée en droit du travail¹⁰⁴⁸, à la définition et à la portée critiquées, mais qui a notre adhésion grâce aux perspectives qu'il ouvre : par une réflexion reposant sur une conception large des règles juridiques, de nombreux phénomènes existants, ignorés des carcans classiques, se trouvent identifiés et peuvent être utilisés pour comprendre différemment des notions jusqu'alors connues, telle l'insécurité juridique.

Ainsi, bien que débattu, le pluralisme juridique existe. Afin de se l'approprier et le mettre au service d'une nouvelle approche de l'insécurité juridique (**Chapitre premier**) il sera nécessaire de parcourir en détail les théories pluralistes les plus influentes. Nous verrons que la notion d'ordre juridique, particulièrement utilisée dès lors que l'on s'intéresse au

¹⁰⁴⁸ Le droit international et le droit du sport connaissent déjà d'importants développements pluralistes de la part de la doctrine. V. encore récemment pour le second X. Aumeran et J. Nicolau, « Retour sur... le séminaire "Les événements sportifs internationaux et le droit", du 18 mars 2022 », *Les Cahiers Louis Josserand*, juillet 2022. Les récents mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Simon, dont la thèse traitait déjà du pluralisme (G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Thèse, LGDJ, 1990), le démontrent également : *Le sport au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Gérard Simon*, dir. C. Chaussard, C. Fortier, D. Jacotot, LexisNexis, 2021. Pour le droit international, l'on se référera aux écrits de l'école de Dijon : É. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23 ; Ph. Kahn, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria*. À propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 125.

pluralisme juridique, nécessite d'être dépassée pour utiliser une notion plus pertinente, celle d'espace normatif.

460. Grâce au pluralisme juridique, un espace en particulier apparaît pour saisir l'insécurité juridique que connaît l'accord collectif : l'espace normatif conventionnel. C'est au sein de cet espace qu'est élaborée la norme conventionnelle comprise au sens large – accord de branche, d'entreprise, d'établissement, de groupe, etc. En tant qu'intermédiaire entre les espaces normatifs, le juge influe sur la sécurité juridique de l'accord collectif par une confrontation à d'autres espaces normatifs qui se retrouvent à communiquer avec l'espace normatif conventionnel (**Chapitre second**).

CHAPITRE PREMIER : LE PLURALISME JURIDIQUE

AU SERVICE D'UNE NOUVELLE APPROCHE DE

L'INSECURITE JURIDIQUE

461. Comme a pu le remarquer un auteur que nous rejoignons : « il y a sans doute autant de pluralismes que de personnes intéressées par le phénomène »¹⁰⁴⁹. C'est pourquoi nos développements n'auront pas pour objectif une démonstration exhaustive des théories sur le pluralisme juridique. Néanmoins, bien que chacun ait son pluralisme, il existe des théories que l'on pourrait qualifier de principales, les autres n'étant finalement que des nuances d'une même couleur. Elles se rejoignent quant au recours au concept d'ordre juridique. Pour mieux comprendre le rôle du juge en tant qu'intermédiaire entre les espaces normatifs, il est nécessaire de balayer les différentes théories développées sur le pluralisme juridique. À ce titre, l'étude des théories pluralistes dites institutionnelles permettent tout d'abord de s'intéresser à la notion d'ordre juridique, laquelle se retrouve rapidement limitée pour envisager une représentation du phénomène normatif à l'œuvre au niveau de l'entreprise (**Section première**). Pour autant, il existe une réelle production normative conventionnelle, en particulier au niveau de l'entreprise. Afin de la représenter, et ainsi enrichir notre conception de la sécurité juridique de la norme conventionnelle, il sera nécessaire de dépasser la notion d'ordre juridique grâce aux théories pluralistes (**Section seconde**).

SECTION PREMIERE : L'ORDRE JURIDIQUE, UNE NOTION LIMITEE PAR LE PLURALISME JURIDIQUE

462. La vision communément admise du pluralisme juridique en France et en Europe est un pluralisme occidental moderne ; mais le droit ne se limite pas à celui qui est sécrété par les héritiers du droit romain. Le pluralisme actuel est différent de celui qui existait au Moyen-Âge par exemple dans le monde occidental. En effet, tandis que le pluralisme des temps anciens représentait une multiplicité de droits, d'ordres juridiques en constante interaction ou en parfaite autarcie, le pluralisme des temps modernes se construit autour d'un État

¹⁰⁴⁹ J. Vanderlinden, « À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », in J. Vanderlinden, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Penser le droit », Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 233.

centralisateur en tant qu'ordre juridique dominant, mais avec la (re)découverte des autres ordres juridiques plus ou moins concrets et s'influçant mutuellement. Ce dernier pluralisme se compose de plusieurs ramifications. Pour reconnaître le pluralisme dans les systèmes juridiques occidentaux, même si l'idée est de dépasser l'État, il est impossible de passer outre cette figure centrale.

463. Nombreux sont les auteurs à avoir écrit sur le pluralisme institutionnel. Les grandes idées ont essentiellement été posées par des auteurs de deux nationalités : italiennes, qui développent un pluralisme qui pourra être qualifié de radical (§1), et françaises, qui tendent à reconnaître un pluralisme plus modéré (§2). Ces différentes théories présentent un ordre juridique plural basé sur l'institution qui, bien qu'apportant une vision novatrice du phénomène de la normativité du droit ne permettent pas de reconnaître l'existence d'un ordre juridique distinct au niveau de l'entreprise (§3) qui aurait permis de représenter différemment le développement de l'accord collectif et l'approche de sa sécurité juridique.

§1. UN PLURALISME RADICAL : L'INSTITUTIONNALISME ITALIEN

464. Les premières réflexions italiennes sur le pluralisme juridique n'ont pas immédiatement dépassé leurs frontières lors de leur élaboration. Elles ont néanmoins fini par se faire connaître. Les bases des réflexions qui irriguent toujours aujourd'hui les juristes européens ont été posées par Santi Romano (A). Moins connu est Norberto Bobbio, mais ses recherches, menées sur fond de « polémique antipositiviste »¹⁰⁵⁰ ont solidifié celles de son prédécesseur (B).

A. DES BASES POSEES PAR SANTI ROMANO ET L'IDEE DE RELEVANCE

465. L'auteur central du pluralisme institutionnel est sans aucun doute Santi Romano. Professeur de droit italien, il se fait réellement connaître en France bien après sa mort, grâce à la traduction en 1975 de la seconde édition de son ouvrage de référence : *L'Ordinamento giuridico*¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵⁰ Le pluralisme juridique répond en effet à un besoin de voir au-delà d'un positivisme affirmé où la loi et l'État seraient les seuls à détenir le pouvoir normatif ; un besoin de reconnaître une capacité créatrice à d'autres entités. Pour une présentation de ce mouvement en Italie, v. J.-B. Le Bohec, « Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre », *Droit et société* 2022/3 (N° 112), p. 511.

¹⁰⁵¹ S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, 2^{ème} édition, éd. G. C. Sansoni, Florence, 1946. Traduit en français par L. François et P. Gothot : S. Romano, *L'Ordre juridique*, trad. 2^{ème} édition, Dalloz, 1975.

466. Il peut sembler inutile de tenter de résumer les idées de Santi Romano tant sont nombreux ceux qui l'ont déjà fait¹⁰⁵². C'est pourquoi nous concentrerons notre réflexion sur quelques points importants.

Tout d'abord l'ordre juridique de Santi Romano n'est pas une simple addition de normes, mais un ensemble cohérent¹⁰⁵³ qui dépasse cette somme. Il s'agit d'une institution¹⁰⁵⁴ qui n'est pas fictive, mais bien réelle¹⁰⁵⁵ et qui constitue « tout être ou corps social »¹⁰⁵⁶ dans une « unité stable et permanente »¹⁰⁵⁷. Le fait de voir une institution – et donc un ordre juridique – dans tout être ou corps social permet à Romano de dépasser le pur monisme étatique où l'État serait le seul producteur de droit, le seul ordre juridique : il est dès lors possible d'identifier d'autres institutions telles que la famille ou l'Église¹⁰⁵⁸. L'auteur italien va même jusqu'à reconnaître théoriquement la possible existence d'ordres juridiques sans législateurs auquel cas la juridicité va reposer sur un « pouvoir », un « magistrat qui exprime la conscience sociale objective »¹⁰⁵⁹. On voit ici que dans la vision « romane » de l'ordre juridique, l'unité de l'institution repose en partie sur un élément qui « apporte cohésion et unité »¹⁰⁶⁰. Enfin, il est intéressant de remarquer que pour Santi Romano, une norme peut exister même si elle n'est pas pourvue d'une sanction en cas de violation¹⁰⁶¹.

467. Une fois identifiés et reconnus, les ordres juridiques, les institutions, n'évoluent pas en parfaite autarcie. Au contraire : les ordres juridiques tiennent compte les uns des autres,

¹⁰⁵² V., entre autres, G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de Droit*, vol. 29, n° 1, mars 1988, p. 91 ; O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *Droits* 2001/1 (n° 33), p. 73 ; J. Moret-Bailly, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits* 2000 (n° 32), p. 171 ; D. Terré, « Le pluralisme et le droit », *Archives de philosophie du droit*, T. 49, 2005, p. 69. L'introduction à l'édition française de P. Francescakis est néanmoins d'une grande qualité : S. Romano, *L'Ordre juridique*, 2^{ème} édition, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 1975, pp. V à XIX.

¹⁰⁵³ S. Romano, *op. cit.*, p. 8-9.

¹⁰⁵⁴ S. Romano, *op. cit.*, p. 19. Pour Romano, l'ordre juridique est l'institution.

¹⁰⁵⁵ S. Romano, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁵⁶ S. Romano, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁵⁷ S. Romano, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵⁸ Pour ne reprendre que les exemples développés par Santi Romano. Pour l'auteur, « l'État n'est (...) qu'une espèce du genre droit », *op. cit.*, p. 81. V. spéc. p. 50 pour la famille en tant qu'institution et p. 89 et s.

¹⁰⁵⁹ S. Romano, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶⁰ S. Romano, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁶¹ S. Romano, *op. cit.*, p. 15 et s.

certains étant même dépendants. C'est ce que Santi Romano appelle la « *relevance* »¹⁰⁶². Il la résume ainsi : « (...) pour qu'il y ait *relevance* juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre (...) »¹⁰⁶³.

L'utilisation de la conjonction « ou » rend les critères alternatifs et non cumulatifs. Cela signifie que dès qu'un ordre juridique a au moins l'un de ces éléments qui est défini par un autre ordre, alors le premier sera relevant du second. Si tous les éléments sont présents, nous serons en présence d'une *relevance* totale ; si au moins un élément est absent, nous parlerons de *relevance* partielle. Dès lors, identifier une *relevance* d'un ordre juridique sur un autre permet, au-delà de l'identification d'ordres juridiques différents, de mettre en lumière une relation entre différents ordres juridiques. Et ainsi, de cette relation est admise la possibilité de recourir à des normes issues d'un ordre juridique au sein d'un autre ordre juridique¹⁰⁶⁴.

À l'inverse, si ces trois critères font défaut, il n'y aura pas *relevance*. Toutefois, l'absence de *relevance* ne signifie pas l'absence de tout ordre juridique : il ne pourra tout simplement produire aucun effet dans l'autre ordre juridique. En effet, dans cette situation, un ordre juridique sera alors irrelevant par rapport à un autre. Cette irrelevance pourra être à son tour partielle – dans les cas de *relevance* elle-même partielle¹⁰⁶⁵ – ou totale.

468. Ces notions d'institution et de *relevance* permettent ainsi de reconnaître la juridicité d'entités autres que l'État et de comprendre les relations entre ces ordres juridiques car pour Santi Romano, « toute institution est un ordre juridique »¹⁰⁶⁶. Elles vont établir les bases du pluralisme institutionnel italien qui vont être solidifiées par Norberto Bobbio.

¹⁰⁶² Les traducteurs, Lucien François et Pierre Gothot, ont préféré adapter le terme « *relevanza* » plutôt que d'utiliser un mot français existant, mais proche (tel que « pertinent » par exemple). Pour le détail des raisons, v. S. Romano, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁶³ S. Romano, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁶⁴ V. en particulier J. Moret-Bailly, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits* 2000 (n° 32), p. 171.

¹⁰⁶⁵ S. Romano, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁶⁶ S. Romano, *op. cit.*, p. 19. Dès qu'une institution est identifiée, elle constitue nécessairement un ordre juridique. Pour Santi Romano, un des défauts des recherches sur le droit est de considérer le droit comme se réduisant « tout entier et toujours à des normes ». Il y aurait du droit dans « tout être ou corps social » (S. Romano, *op. cit.*, préface, VII).

B. DES BASES PROLONGEES PAR NORBERTO BOBBIO ET LES NORMES DU PREMIER ET SECOND DEGRE

469. Les idées du pluralisme institutionnel vont être prolongées en Italie avec Norberto Bobbio, philosophe du droit italien. Celui-ci va élaborer une théorie des ordres juridiques basée sur la distinction entre les normes du premier degré et les normes du second degré.

Norberto Bobbio va rejoindre Santi Romano par son idée selon laquelle la juridicité ne peut exister que dans un ensemble organisé de normes, c'est-à-dire dans un ordre juridique ; elle ne peut exister dans une norme prise isolément¹⁰⁶⁷. L'ordre juridique de Bobbio est à la fois dynamique et statique¹⁰⁶⁸ car pour qu'une norme soit valide, elle doit avoir été produite par le bon sujet, selon la bonne procédure et elle ne doit entrer en conflit avec aucune autre norme¹⁰⁶⁹. Il distingue¹⁰⁷⁰ ainsi la validité formelle (qui se rapproche de l'aspect dynamique chez Kelsen) de la validité matérielle (qui se rapproche de l'aspect statique chez Kelsen).

470. Toutefois, et c'est ici que Bobbio prolonge les idées de Romano, pour Norberto Bobbio, l'ordre juridique est un système normatif complexe¹⁰⁷¹ car il est composé de normes du premier degré et de normes du second degré. La distinction classique entre les normes primaires et secondaires différencie les normes qui indiquent les actions à faire ou ne pas faire (primaires) de celles qui sanctionnent en cas de violation de la norme primaire (secondaires)¹⁰⁷². Bobbio choisit une autre distinction qui a l'avantage de ne présupposer aucun jugement de valeur.

¹⁰⁶⁷ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, coll. « La pensée juridique », LGDJ, Paris, 1998, p. 12.

¹⁰⁶⁸ Les mots « dynamique » et « statique » sont à s'entendre dans un sens kelsénien : un système est statique quand la validité de ses normes est basée sur le fond de celles-ci, leur contenu, tandis qu'un système est dynamique quand la validité de ses normes est basée sur leur manière d'être élaborées. Le droit de Kelsen est un système dynamique puisque pour qu'une norme soit valide, celle-ci doit avoir été élaborée selon les conditions fixées par la norme qui lui est supérieure.

¹⁰⁶⁹ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁷⁰ N. Bobbio, « Sul ragionamento dei giuristi » (1955), in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, chap. XV (cité par Ricardo Guastini dans la préface de N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, coll. « La pensée juridique », LGDJ, Paris, 1998, p. 10).

¹⁰⁷¹ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, coll. « La pensée juridique », LGDJ, Paris, 1998, p. 171 : « Même si l'ordre juridique n'est pas le seul système normatif complexe, il est certain qu'il est un système normatif complexe typique ».

¹⁰⁷² N. Bobbio, *op. cit.*, p. 160.

Les normes du premier degré de Bobbio correspondent aux règles de conduite¹⁰⁷³ ; les normes du second degré, quant à elles, sont la retranscription en termes normatifs de ce que Romano appelait les « mécanismes et engrenages multiples » de sa théorie de l'institution¹⁰⁷⁴. Elles correspondent aux normes qui n'existent uniquement parce que les normes du premier degré existent. Bobbio en identifie deux catégories principales : « les normes qui remédient à la violation des normes du premier degré, et les normes qui règlent la production d'autres normes¹⁰⁷⁵ ».

Cette identification des deux degrés de normes permet de modéliser les différents systèmes normatifs qualifiés de simples, semi-complexes et complexes par l'auteur italien. Il faut entendre par système normatif complexe le système normatif constitué à la fois de normes du premier degré et de normes du second degré. Il se distingue du système normatif simple, ou primitif (composé en totalité de normes du premier degré) et des systèmes normatifs semi-complexes qui n'ont recours qu'aux normes du second degré destinées à la conservation du système.

471. L'apparition de normes du second degré, pour Bobbio, conduit à l'apparition du juge en premier lieu, puis du législateur. En cela, il rejoint également Romano puisque Bobbio considère ici que l'existence du juge est un préalable à l'ordre juridique. Et ce, même si Romano émet l'hypothèse d'un ordre juridique sans législateur, mais nécessairement pourvu d'un juge¹⁰⁷⁶.

Bobbio accorde donc un rôle important au juge qui est le premier élément permettant le passage d'un système normatif primitif à un système normatif complexe. Le juge a d'abord un rôle de « conservation et de transformation du système »¹⁰⁷⁷ avant de n'avoir plus qu'un rôle de conservation, mais il ne perd pas pour autant totalement son rôle de transformation grâce à une production normative¹⁰⁷⁸. À noter que Bobbio ne développe pas en détail cette préservation du rôle de transformation du juge. Il est possible de penser que c'est grâce à sa

¹⁰⁷³ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 117 et s.

¹⁰⁷⁴ S. Romano, *L'Ordre juridique, op. cit.*, 1975, p. 10.

¹⁰⁷⁵ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁷⁶ V. supra. Santi Romano distingue ici une « conscience sociale objective » (S. Romano, *op. cit.*, p. 14) qui serait alors la productrice de norme, où il n'y a pas une personne ou une assemblée clairement définie chargée d'élaborer la norme, mais une multitude formant un tout cohérent au sein de l'institution au sens romanien du terme.

¹⁰⁷⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

faculté d'interprétation. En effet, Bobbio reconnaît aux juristes une influence sur l'ordre juridique car ils peuvent ajouter ou retirer des normes à l'ordre juridique par l'action de leur interprétation et utilisation des normes¹⁰⁷⁹.

472. En outre, il est intéressant pour la suite de notre réflexion de relever la phrase suivante de Norberto Bobbio : « Techniquement parlant, un système normatif est inefficace quand il y a une différence profonde entre ce que disent ses normes et ce que font les gens auxquels ces normes sont destinées »¹⁰⁸⁰. Ainsi, pour Bobbio, l'efficacité d'un système juridique – et donc d'un ordre juridique – repose sur le suivi de ses normes par les individus visés par celles-ci. Ces théories italiennes ne seront réellement connues en France que tardivement. Cependant, certains auteurs français vont proposer un pluralisme institutionnel similaire, plus modéré que celui développé en Italie.

§2. UN PLURALISME MODERE : L'INSTITUTIONNALISME FRANÇAIS

473. En France, le pluralisme institutionnel a principalement rayonné grâce à la théorie de l'institution développée par Maurice Hauriou ainsi que Georges Renard (A), mais également au travers de la notion de « pouvoir social » de François Gény (B).

A. LA THEORIE DE L'INSTITUTION DE MAURICE HAURIOU

474. En France, Maurice Hauriou et Georges Renard vont développer des idées proches de Santi Romano, même si les premiers n'auraient pas lu ce dernier pour élaborer leurs réflexions¹⁰⁸¹. Le second étant l'élève du premier, Georges Renard qualifie Maurice Hauriou de « père » de la théorie de l'institution¹⁰⁸² ; ils vont de ce fait mener des réflexions communes. Cette théorie, élaborée à partir d'une analyse de la jurisprudence administrative¹⁰⁸³, diffère légèrement de la théorie italienne en ce sens que l'institution de Hauriou ne se confond pas avec le droit : l'institution existe avant la règle de droit¹⁰⁸⁴. Ainsi,

¹⁰⁷⁹ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁸⁰ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁸¹ S. Romano, *op. cit.*, 1975, p. VI.

¹⁰⁸² G. Renard, *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933, p. 13.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ M. Hauriou, *Aux sources du droit*, Paris, 1933, p. 128.

l'auteur précise que le milieu social ne dispose d'aucun pouvoir de création de la règle de droit, mais qu'il dispose d'une force d'inertie ; c'est elle qui permet la création des institutions, et donc de la règle de droit¹⁰⁸⁵. Georges Renard voit en l'institution « le cadre des règles de droit à portée générale »¹⁰⁸⁶, mais va néanmoins reconnaître qu'une règle de droit puisse exister en dehors de toute institution¹⁰⁸⁷.

475. Cette institution repose sur trois éléments : « 1° l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social ; 2° le pouvoir organisé au service de cette idée pour sa réalisation ; 3° les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation »¹⁰⁸⁸.

L'élément central pour le doyen de Toulouse est ainsi l'idée de l'œuvre à réaliser. C'est à partir de cette notion que l'institution est au-dessus des normes, au-dessus du droit ; car elle seule peut subsister grâce à des idées d'entreprise tandis que le droit ne représente qu'une idée de limite¹⁰⁸⁹.

L'institution créée autour de ce concept va alors nécessiter un « pouvoir de gouvernement organisé »¹⁰⁹⁰. Georges Renard va pour sa part prolonger la notion en affirmant que « l'institution est le siège d'une autorité »¹⁰⁹¹. C'est d'ailleurs sur ce point que l'élève emprunte un chemin légèrement différent du maître puisque pour lui, cette notion d'autorité est le premier critère de l'institution, suivi par une « vie juridique autonome » et une « justice intérieure » pour sanctionner les règles¹⁰⁹².

476. Du fait de l'aspect de justice intérieure, la théorie de l'institution va se rapprocher de la théorie romaniennne. Un autre point commun avec les réflexions de Santi Romano se retrouve par la reconnaissance de la possibilité pour une institution d'être le « support »

¹⁰⁸⁵ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁸⁶ G. Renard, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, Partie juridique, Sirey, 1930, p. 221, note 1.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 97-98.

¹⁰⁸⁹ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁹⁰ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁹¹ G. Renard, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁹² G. Renard, *op. cit.*, p. 215.

d'autres institutions¹⁰⁹³. Dès lors, « l'État n'est qu'un phénomène secondaire » ; il n'est « qu'une "espèce" dans le genre "institution" »¹⁰⁹⁴. Autrement dit, il existe d'autres institutions (en particulier en droit public)¹⁰⁹⁵, certaines au sein de l'État en tant qu'institution pouvant même se former contre lui¹⁰⁹⁶.

Cet institutionnalisme français par Maurice Hauriou s'est ainsi développé en parallèle de celui de Santi Romano. En effet, l'ouvrage de l'auteur italien est paru en 1947, soit près de vingt ans après la mort de l'auteur français¹⁰⁹⁷. Comme emprunts d'une pensée commune, ils se rejoignent par la place accordée à l'État, ordre juridique le plus accompli et la relation qu'il peut entretenir avec d'autres institutions. Ils ont néanmoins quelques divergences, les théories italiennes liant fondamentalement le droit et l'institution alors que les théories françaises dissocient bien l'institution du droit. Ces dernières vont d'ailleurs connaître des évolutions grâce au concept de « pouvoir social » de François Gény.

B. LE POUVOIR SOCIAL DE FRANÇOIS GENY

477. François Gény se rattache à une vision institutionnelle du droit et de l'ordre juridique par sa notion de « pouvoir social »¹⁰⁹⁸. Ce « pouvoir social », est le seul, selon lui, à permettre au droit d'acquérir son caractère positif. Pour qu'il puisse se former, il faut une « société fortement organisée »¹⁰⁹⁹ avec un pouvoir qui puisse « préciser » et « imposer » les règles. L'exemple parfait, le « type achevé » de cette société se trouve dans l'État moderne¹¹⁰⁰.

Néanmoins, Gény n'est pas fermé à d'autres « types » puisque si l'État est la forme parfaite, d'autres peuvent exister. Celles-ci doivent toutefois contenir un pouvoir social suffisamment puissant pour permettre de former un réel milieu spécial et capable de « porter et sanctionner des règles de conduite extérieure obligatoires »¹¹⁰¹.

¹⁰⁹³ G. Renard, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ Il existerait « une foule d'autres institutions » : *ibid.*

¹⁰⁹⁶ Georges Renard donne l'exemple du syndicat de fonctionnaires : G. Renard, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁹⁷ Maurice Hauriou est décédé le 12 mars 1929.

¹⁰⁹⁸ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Tome I, Sirey, 1914, p. 56.

¹⁰⁹⁹ F. Gény, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁰⁰ F. Gény, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁰¹ F. Gény, *op. cit.*, p. 58.

En outre, Gény limite rapidement les autres formes, que l'on peut qualifier d'imparfaites en évoquant, en France, les « groupements liés d'une véritable homogénéité corporative » sur lesquels il livre une réflexion intéressante : ceux-ci ne pourraient pas être des producteurs de droit positif de manière autonome car ils « ne lient leurs membres par des statuts que suivant la loi générale et dans les limites fixées par celle-ci »¹¹⁰². Ici, bien que Gény reconnaisse l'existence de groupes sociaux organisés, le fait qu'ils se constituent au sein de la sphère étatique les prive de production de droit positif : ils ne font qu'agir dans le cadre fixé par l'État. On retrouve en quelque sorte le principe de relevance de Santi Romano, mais avec une conclusion plutôt moniste : d'autres ordres juridiques existent, mais certains d'entre eux seraient imparfaits car non réellement autonomes par rapport à l'ordre juridique parfait de l'État.

478. Le pouvoir social de Gény se rapproche de l'institution telle que présentée dans les théories italiennes sans pour autant se confondre, le pouvoir social étant dissocié de la société dans lequel il naît. Dès lors, il diverge sur l'unité droit/institution, Gény admettant l'existence de sociétés sans droit positif propre alors que les auteurs italiens les unissent.

Il diverge également sur les conséquences de la reconnaissance d'une société fortement structurée telle que l'État et les relations qu'elle entretient avec les autres – notion de relevance chez Santi Romano. La société infra étatique – dont l'ordre juridique serait relevant par rapport à celui de l'État – ne produirait pas de droit de façon autonome, mais en fonction du droit imposé par la société structurée. L'absolutisme juridique étatique ressort avec une plus grande acuité.

479. Ces différentes théories présentées, nous avons pu détourner l'ordre juridique en tant qu'institution avec les différentes nuances apportées par chacun des auteurs. Tous se rejoignent quant à la place de l'État, forme la plus aboutie d'un ordre juridique ; c'est lui qui surpasse les autres sur lesquels il exerce une influence plus ou moins importante, notamment grâce à la relevance. Les différents auteurs divergent cependant s'agissant de la relation avec les autres ordres juridiques et la juridicité de ces derniers, les théories italiennes reconnaissant une juridicité dans toute institution alors que les théories françaises sont plus nuancées, certaines allant jusqu'à nier cette juridicité. De ces idées pluralistes, nous retiendrons que l'ordre juridique étatique est la principale forme d'ordre juridique : il

¹¹⁰² F. Gény, *op. cit.*, p. 59.

rayonne au-dessus des autres. Mais aussi et surtout que l'existence d'ordres juridiques autres que celui de l'État est permise.

S'agissant des ordres juridiques supra étatiques¹¹⁰³, leur consistance et leur juridicité sont admises. Néanmoins, concernant les ordres juridiques infra étatiques, nous l'avons vu lors de nos précédents développements, des difficultés apparaissent en doctrine pour admettre la juridicité propre aux normes qu'ils produisent. Cette juridicité peut passer par d'autres canaux que la voie institutionnelle. Les ordres juridiques – sociétés, institutions – forment un tout qui paraît uniforme à une échelle macroscopique.

480. Les théories pluralistes ont ainsi fait ressortir différents critères permettant d'identifier si l'on est en présence d'un ordre juridique indépendant ou non. Le critère principal permettant d'identifier un ordre juridique, notamment d'un point de vue romanien, est la production de règles applicables aux individus soumis à son influence. Le second critère, moins important, plus nuancé, est celui du contrôle des normes créées, notamment par un juge. Ces deux critères permettent la reconnaissance d'un ordre juridique.

Le pluralisme juridique permettant la reconnaissance d'ordres juridiques différents de l'ordre juridique étatique, il est alors permis de se demander si l'entreprise est une institution possédant un ordre juridique propre. Les développements sur l'autonomie de l'accord collectif par rapport à la loi renforcent l'intérêt du questionnement. Si un tel ordre juridique existait, la place des accords collectifs au sein de celui-ci permettrait d'aborder différemment la sécurité juridique de cette norme.

§3. L'ABSENCE D'ORDRES JURIDIQUES DES ENTREPRISES

481. Donc existe-t-il un ordre juridique de l'entreprise, où chaque entreprise posséderait son propre ordre juridique ? Si l'on procède à une analyse de la normativité de l'entreprise au regard des critères dégagés, on s'aperçoit qu'il existe bien une production normative de

¹¹⁰³ L'ordre juridique international issu des conventions internationales, mais aussi l'ordre juridique de la *lex mercatoria*. Sur ce dernier point, v. entre autres É. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23 ; A. Pellet, « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53 ; Ph. Kahn, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria*. À propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 125.

différents degrés (A). Cependant, le contrôle normatif s'avère insuffisant, la place du juge étatique étant centrale (B).

A. UNE PRODUCTION NORMATIVE AVEREE

482. L'existence de règles que l'on peut qualifier de « sociales », qui sont produites par des groupes sociaux déterminés comme la famille, l'entreprise ou la mafia, n'est pas contestée par les auteurs tant favorables que défavorables au pluralisme juridique. Les divergences apparaissent quant à l'appréciation de la portée, de la force et de l'autonomie de ces groupes sociaux et des différentes normes.

L'entreprise produit des normes, la plus marquante étant l'accord collectif d'entreprise. Nous l'avons vu dans nos développements sur l'évolution de la place de cette norme parmi les autres, notamment la loi. Il s'agit d'une réelle production normative aux effets sont connus et reconnus. Néanmoins, cette capacité à élaborer un tel acte juridique, dans sa conception actuelle est une délégation de l'État, une décentralisation de la production normative¹¹⁰⁴. Si l'on s'en tient à une vision purement actuelle, l'accord collectif d'entreprise ne pourrait démontrer une production normative indépendante permettant un début de reconnaissance d'ordre juridique autonome : l'entreprise ne tiendrait la normativité de ses actes que par délégation de l'État. Pourtant, l'histoire des conventions et accords collectifs de travail montre que ces normes ont commencé de façon parfaitement autonome avant que cette pratique ne soit reconnue et encadrée par l'État. Il s'agit d'un parfait exemple de relevance.

483. Toutefois, l'accord collectif d'entreprise n'est pas la seule représentation du phénomène normatif infra étatique. Celui-ci peut tout à fait se manifester de manière indépendante au sein d'une entreprise. Imaginons un accord collectif ou même une directive de l'employeur prévoyant que pour réaliser telle ou telle action – mettre en place des organisations de travail spécifiques, envisager le licenciement d'un salarié, etc. – il faille suivre une procédure spécifique avec consultation ; que cette procédure ne soit absolument pas envisagée par l'ordre juridique étatique. Nous serions bien en présence d'une création originale, totalement détachée – au moins sa production – des règles de conduite étatiques :

¹¹⁰⁴ V. supra.

l'entreprise se fixe ses propres normes de conduite, voire de management, ses propres normes du premier degré bobbiën.

484. Les entreprises produisent également des règles indépendantes dans le silence des normes déjà existantes. En effet, il peut arriver qu'un employeur ou un manager souhaite mettre en place une pratique en particulier par exemple qui ne serait pas expressément prévue – tant par la réglementation de l'État que celle de l'entreprise. Il regarderait les interdits fixés et, parce que ce qu'il souhaite mettre en place n'en fait pas partie, il le réaliserait. Le droit, vu comme concept général, sans différenciation de l'auteur, ne peut pas tout prévoir : il laisse alors une marge de manœuvre à la pratique qui va pouvoir produire des normes

Une phrase de Monsieur Jean-Philippe Robé est, au demeurant, très intéressante pour démontrer la capacité de production normative de l'entreprise : « Du principe qui veut que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé (...) les entreprises ont la capacité juridique de produire leurs propres normes de façon autonome dans ce domaine où l'État n'est pas intervenu (...) »¹¹⁰⁵. Le « principe » dont parle Jean-Philippe Robé n'est pas un principe officiellement reconnu par l'ordre juridique étatique – surtout pas parmi les principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps – mais il s'agit d'une manière de raisonner très courante en entreprise issue de la conception du droit comme dicteur d'interdits.

485. Certains auteurs ont proposé de regrouper les normes constituant l'ordonnement des relations de travail en « cinq figures ou familles de techniques juridiques que procure et régit le droit étatique »¹¹⁰⁶ : le contrat de travail, les pouvoirs patronaux, les procédés de défense des intérêts, la négociation collective et l'intervention publique. Il s'agit d'une vision centrée sur la figure de l'État. L'adoption d'un spectre plus large nous permet de distinguer concrètement deux espaces de production normative au sein de l'entreprise, mais aussi au sein de l'espace conventionnel du droit du travail en général : un espace de production contraint et un espace de production libre.

Le premier serait constitué des normes de l'entreprise directement issues de l'ordre juridique étatique. On y retrouverait tout ce qui touche aux négociations annuelles

¹¹⁰⁵ J.-P. Robé, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits* 1997/1, p. 163.

¹¹⁰⁶ A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », *D.* 1998, p. 359.

obligatoires, le contrat de travail, le règlement intérieur, etc. ; concrètement, l'essentiel de ce que l'on peut facilement identifier comme étant des produits de l'entreprise – reconnaissance aisée car on observe ce qui est clairement identifié par l'État.

Le second serait autrement plus vaste. On y retrouverait certaines règles d'entreprise corollaires à celles du premier espace, mais non prévues par lui ainsi que l'ensemble des pratiques et directives d'entreprise. Cette conception avec deux espaces se rattache à la théorie de Norberto Bobbio. Il s'agit de la face cachée de l'iceberg que constitue l'ordre juridique de l'entreprise : tout un pan échappe alors à la vision de l'État. Et plus on se rapproche de la frontière de l'espace contraint, plus la liberté du second espace de production se restreint¹¹⁰⁷. On peut néanmoins retrouver des normes issues de l'espace production normative libre reprises par l'État : cela va être le cas des usages d'entreprise¹¹⁰⁸, source autonome de droit utilisé par l'ordre juridique étatique¹¹⁰⁹.

486. L'entreprise est alors bien un espace de production normative, avec deux espaces distincts pouvant être identifiés. Le premier critère de distinction d'un ordre juridique distinct est rempli. Pour parachever cette reconnaissance, il est nécessaire de caractériser l'existence d'un contrôle des normes ainsi produites.

B. UN CONTROLE NORMATIF INSUFFISANT

487. L'entreprise produit des normes. En contrôle-t-elle leur application ? Autrement dit, est-elle capable de sanctionner, en autonomie, l'inapplication ou la mauvaise application d'une norme édictée dans son ordre juridique ? Si l'on observe ce critère par rapport aux normes produites identifiées précédemment, la réponse ne peut être que négative.

En effet, l'entreprise ne dispose pas d'un réel système de contrôle et de sanction du respect des normes de l'ordre juridique – classiquement, un juge. Ou plutôt, l'entreprise ne dispose d'un système de contrôle que sur tout ce qui est issu de l'espace de production contraint puisque, du fait de la contrainte de l'État, le juge étatique est le tiers qui intervient.

¹¹⁰⁷ J.-G. Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 2, 1991, p. 253.

¹¹⁰⁸ H. Guyot, L. Dauxerre, JCl. Travail Traité, Fasc. 1-20 : Usages.

¹¹⁰⁹ Le Code du travail fait parfois explicitement référence à l'usage. C'est le cas de l'article L. 2312-4 sur les attributions du CSE : « Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages ».

Cela signifie donc que le contrôle normatif est délégué à un organe d'un autre ordre juridique extérieur à l'entreprise. C'est le cas pour l'accord collectif de travail qui, bien qu'élaboré au sein d'une entreprise s'il s'agit d'un accord d'entreprise, voit son application contrôlée et sanctionnée le cas échéant par le juge étatique.

488. Au-delà de l'accord collectif, l'entreprise peut créer ses propres « instances » internes. Par exemple, dans la suite du licenciement, le « statut » de la SNCF¹¹¹⁰ prévoit la tenue de conseils de discipline pour certaines sanctions telles que la rétrogradation à la qualification inférieure ou la radiation des cadres¹¹¹¹. Certes, ces règles sont issues de l'époque où la réglementation de la SNCF était édictée de manière réglementaire par l'État. Néanmoins, il s'agit bien d'une création propre à une entreprise qui peut être mise en place dans une autre qui le souhaiterait. Ces ajouts procéduraux peuvent ainsi se retrouver dans des conventions collectives¹¹¹² ou des règlements spécifiques¹¹¹³. Or, leur inobservation par l'employeur ou la portée de ces dispositions se retrouvent là aussi sanctionnées par le juge étatique dès lors qu'elles sont reconnues comme étant une garantie de fond¹¹¹⁴. Il n'y a pas, là aussi, de contrôle normatif effectif et autonome permettant la reconnaissance d'un ordre juridique de l'entreprise.

489. Par conséquent, l'entreprise ne dispose pas d'un ordre juridique distinct de celui de l'ordre juridique étatique. Pourtant, nous avons vu que même en l'absence de contrôle

¹¹¹⁰ Statut des relations collectives entre SNCF, SNCF Réseau et SNCF Mobilités constituant le Groupe Public Ferroviaire et leurs personnels (GRH00001).

¹¹¹¹ Équivalent du licenciement.

¹¹¹² V. par ex. la Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 qui prévoit à son article 33 que « sauf en cas de faute grave, il ne pourra y avoir de mesure de licenciement à l'égard d'un salarié si ce dernier n'a pas fait l'objet précédemment d'au moins deux des sanctions citées ci-dessus, prises dans le cadre de la procédure légale ».

¹¹¹³ V. par ex. le statut de la SNCF préc., ou encore le règlement du personnel du CNES qui prévoit la présence d'un supérieur hiérarchique du salarié dans le conseil de discipline.

¹¹¹⁴ Sur l'article 33 de la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées précitée, v. Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 18-22.204, publié au bulletin : *D.* 2021, p. 1770 ; *ibid.* 2022, p. 132, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *RJS* 12/21, n° 633 ; *JCP S* 2021, 1275, obs. A. Barège. Sur le règlement du CNES, v. Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-17.381. V. égal. A. Fabre, « Procédure conventionnelle de licenciement et violation d'une garantie de fond : reculer pour mieux sauter ? », *RDT* 2021, p. 642, note sous Cass. soc., 8 septembre 2021, n° 19-15.039 rendu à propos de la convention collective nationale du Crédit agricole.

normatif autonome, l'entreprise produit des normes non seulement dans les limites accordées par l'État, lesquelles s'élargissent au fil des réformes, mais également à côté de celles-ci¹¹¹⁵.

Il existe donc quelque chose. Le concept d'ordre juridique tel que nous l'avons observé est trop limité pour l'identifier. Pour se représenter le phénomène normatif de l'entreprise, et plus généralement conventionnel, il est alors nécessaire de dépasser cette notion grâce à d'autres théories pluralistes plus modernes.

SECTION SECONDE : L'ORDRE JURIDIQUE, UNE NOTION DEPASSEE GRACE AU PLURALISME JURIDIQUE

490. L'ordre juridique semble insuffisant pour cerner la réalité juridique et sociale existante au niveau de l'entreprise : malgré les théories pluralistes institutionnelles, l'ordre juridique étatique semble tout englober. Pour combler les lacunes de la notion, d'autres théories pluralistes plus récentes permettent une ouverture de pensée centrée sur la notion d'individu (§1). Seule l'étude de ces théories peut mener à la reconnaissance d'un espace normatif, notion à même de dépasser celle d'ordre juridique (§2) et à permettre une analyse de la sécurité juridique de l'accord collectif à la lumière du pluralisme juridique.

§1. L'OUVERTURE DE PENSEE PERMISE PAR LA CONSTRUCTION D'UN PLURALISME CENTRE SUR L'INDIVIDU

491. « Individu » ne veut pas dire « individualisme ». Plutôt que de concevoir le pluralisme au travers des normes et leur articulation, il s'agit de l'aborder en plaçant l'individu au centre de l'analyse. Ce changement de perspective est essentiel pour comprendre les mécanismes profonds de la sécurité juridique de l'accord collectif, notamment en raison de sa proximité avec ses destinataires car ce sont eux qui décident de saisir le juge et influent ainsi sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle.

¹¹¹⁵ À tel point que certains auteurs s'interrogent sur son statut en tant que potentielle institution au sens de Maurice Hauriou : S. Fouquet, « Négociation(s) et intérêt(s) : l'entreprise deviendrait-elle une institution ? », *Négociations* 2021/1 (n° 35), p. 23. Plus généralement, l'on se référera au dossier « Entreprises et négociations » du n° 35 de la revue *Négociations*, avec notamment E. Peskine, « Établissement, entreprise ou groupe – La négociation d'entreprise en quête de ses espaces », *Négociations* 2021/1 (n° 35), p. 39.

Dès lors, étudier le pluralisme juridique par l'individu conduit nécessairement à s'intéresser aux réflexions issues de la sociologie du droit. Cet apport est sensible à la fois sur les premières théories pluralistes liées à l'individu (A) ainsi que sur les théories plus récentes (B).

A. UNE PRISE DE CONSCIENCE INITIÉE PAR LES PREMIÈRES THÉORIES PLURALISTES LIÉES À L'INDIVIDU

492. Prendre comme point central l'individu peut amener à des raisonnements diamétralement opposés à ceux que nous venons de voir. C'est la position adoptée par Georges Gurvitch. Contemporain de François Gény, il va d'ailleurs reprocher à ce dernier de ne pas avoir tiré « les conclusions qui s'imposent au sujet de l'équivalence absolue et de la relativité complète de toutes les sources du droit »¹¹¹⁶. S'inscrivant dans la lutte contre le libéralisme, Georges Gurvitch, considéré comme le père de la sociologie juridique, est un pluraliste radical. Il va développer des idées proches du marxisme : il affirmait que le droit des entreprises autogérées dépasserait le droit étatique¹¹¹⁷. Pour lui, ce dernier n'est qu'une forme de droit parmi plein d'autres, plus importants que lui.

La notion centrale du sociologue va être celle du « fait normatif ». Celui-ci est créé par la dynamique sociale à partir de la valeur de la société : tout part de l'individu en relation avec d'autres. L'élément de base est ainsi la société, mais pas en tant qu'institution¹¹¹⁸, en tant que réalité sociale.

Georges Gurvitch adopte donc une vision horizontale totale : toutes les normes se retrouvent au même niveau, celui du fait normatif et donc de l'individu. Toutefois, quand bien même les idées de Gurvitch sont intéressantes et permettent d'élargir notre appréhension du pluralisme juridique, l'adhésion à une vision plus verticale est préférable car elle permet de déterminer une hiérarchie entre les ordres juridiques nécessaire à la compréhension de la sécurité juridique des normes.

493. L'une des critiques adressées au pluralisme dans sa version verticale est le manque de juridicité des règles issues des groupes infra-étatiques. Ceux-ci ne bénéficieraient pas de

¹¹¹⁶ G. Gurvitch, *Le Temps présent et l'idée de droit social*, Vrin, 1932, p. 218.

¹¹¹⁷ J.-G. Belley, « L'État et la régulation des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, Vol. 18 (n° 1), p. 11. L'avenir ne lui a pas donné raison.

¹¹¹⁸ Au sens romanien du terme.

l'aura, de la force et de l'universalité de l'ordre juridique étatique. Cette critique peut être dépassée grâce aux idées développées par Léon Duguit dans son *Traité de Droit constitutionnel*¹¹¹⁹.

Duguit fait partie des juristes qui pensent que le droit vient des faits¹¹²⁰. Dans son *Traité*, il analyse ce qu'il qualifie de « norme sociale », à savoir le « rapport existant entre l'individu et le groupement social dont il fait partie, groupement social dont tous les éléments sont l'objet d'une constatation directe par l'observation et dont le rapport entre les individus et le groupe est un élément »¹¹²¹. Cette norme sociale, « une par son fondement, par son caractère général et par son objet »¹¹²², tout en étant « complexe et diverse par l'intensité de la réaction sociale que produit sa violation »¹¹²³ est un ensemble comprenant trois autres normes : les normes économiques, les normes morales et les normes juridiques, « lesquelles forment la partie la plus haute de la norme sociale »¹¹²⁴.

494. Pour dépasser les critiques, Duguit développe les éléments constitutifs des différentes normes faisant partie de la norme sociale. Tandis qu'une norme juridique est soit morale, soit économique, une norme économique (ou morale) ne peut pas être une norme juridique. Pour arriver à la conclusion qui suit, Duguit va mobiliser des notions sociologiques : « Seul un élément social naturel peut faire d'une norme économique ou morale une norme juridique et il appartient au sociologue de le déterminer par l'observation. Cet élément ne peut être que l'intervention de la contrainte sociale »¹¹²⁵.

Cette notion de contrainte sociale est fondamentale pour évacuer la critique du manque de juridicité des théories pluralistes. C'est elle qui permet de transformer la norme sociale en règle de droit :

« Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent

¹¹¹⁹ L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome I, Paris, 1927.

¹¹²⁰ « (...) je persiste à penser qu'on ne peut arriver à la connaissance de la petite part de réalité qu'il nous est permis d'atteindre que par l'observation directe des faits qui tombent sous la prise des sens ».

¹¹²¹ L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, p. 73.

¹¹²² L. Duguit, *op. cit.*, p. 89.

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ L. Duguit, *op. cit.*, p. 92.

intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée. Cette organisation peut ne pas exister ; elle peut être embryonnaire et sporadique ; peu importe. C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit »¹¹²⁶.

Il est important de souligner que l'acceptation de cette contrainte ne crée pas le caractère obligatoire de la règle de droit issue de la norme sociale : elle est un indicateur car pour Duguit, la norme sociale est déjà obligatoire puisque l'individu a conscience de devoir la respecter. L'acceptation de la contrainte ne fait que révéler le passage à la règle de droit¹¹²⁷.

495. Les premières idées pluralistes centrées sur l'individu ont apporté les bases d'une nouvelle vision du pluralisme juridique, mais elles restent encore très liées aux théories institutionnelles. Les théories pluralistes modernes vont adoucir les traits institutionnels pour élaborer des idées plus variées.

B. UN NOUVEAU PLURALISME DEVELOPPE PAR LES THEORIES MODERNES

496. Les théoriciens récents du pluralisme juridique se sont inspirés des divers courants que nous avons évoqués pour construire leurs réflexions. Celles-ci constituent en quelque sorte la synthèse des théories énoncées jusqu'alors en raison d'un positionnement entre les deux côtés du pluralisme que sont le pluralisme totalement institutionnel et le pluralisme totalement individuel. De ce courant post-moderne du droit, nous pouvons retenir deux auteurs en particulier : Boaventura de Sousa Santos et Jacques Vanderlinden.

497. Boaventura de Sousa Santos est un théoricien du droit portugais. Il va axer une partie de sa réflexion sur l'interlégalité. Pour lui, le droit serait constitué de « différents espaces juridiques se superposant, s'interpénétrant et se mélangeant dans nos esprits, comme dans

¹¹²⁶ L. Duguit, *op. cit.*, p. 94.

¹¹²⁷ L. Duguit, *op. cit.*, p. 93-94.

nos actions »¹¹²⁸. Cette vision dépasse celle d'un ordre juridique unique, l'ordre juridique étatique. L'auteur admet l'existence « de trois espaces juridiques différents et des formes de droit qui leur correspondent : légalité locale, légalité nationale et légalité mondiale », formant ainsi la base de l'interlégalité. De là, ces mélanges et superpositions conduisent à matérialiser des « intersections de différents ordres juridiques » lesquels se chevauchent et communiquent entre eux¹¹²⁹.

Cette théorie reconnaît bien l'existence d'ordres juridiques puisqu'elle étudie leurs relations entre eux. Néanmoins, l'élément qui est central ici est l'individu au sein duquel se mélangent les différents ordres juridiques, tant par ses actions que ses réflexions¹¹³⁰.

498. La notion d'interlégalité pousse de Sousa Santos à admettre que « chacun des ordres normatifs décelés dans la société aspire séparément à l'exclusivité, au monopole de la régulation et du contrôle de l'action sociale dans son territoire juridique »¹¹³¹.

L'auteur va, sur la base de cette phrase, appliquer sa réflexion au droit du travail. Ce droit, actuel, doit tenter de faire fi des autres ordres normatifs pouvant être informels « tels que les codes de l'usine », mais aussi les anciennes lois « qui auparavant avaient régulé les mêmes relations de travail ». Le professeur portugais poursuit alors : « Quoique abrogées, [ces lois du travail] restent inscrites dans la mémoire des gens et des choses. Abrogation juridique ne signifie pas éradication sociale »¹¹³². Nous venons de franchir les barrières du droit pour entrer dans le champ de la sociologie du droit.

En effet, l'interlégalité suppose non seulement des superpositions dans l'espace, mais également dans le temps. Il est tout à fait possible qu'une norme par exemple cesse de produire des effets au sein de l'ordre juridique duquel elle dépend, mais qu'elle survive au sein d'un autre ordre juridique peut-être moins formel. Si l'on adopte cette vision, alors une loi par exemple ne tient pas son existence par le simple fait qu'elle ait été élaborée selon les formes et procédures qu'il convient : elle tient son existence de son efficacité, laquelle est dictée par l'individu. C'est ce qu'un autre auteur a pu relever sans l'identifier aussi

¹¹²⁸ B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2nd ed., London, Butterworths, 2002, p. 347, cité par K. Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE* 2013/1-2, p. 9.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ V. G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, coll. Les voies du droit, 1993, p. 170.

¹¹³¹ B. de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit & Société* 1988 (n° 107), p. 363.

¹¹³² *Ibid.*

précisément en évoquant une « catégorie de normes tellement imbriquées dans le vécu quotidien d'un milieu social qu'elles s'imposent aux individus avec toute la force de l'évidence et du pragmatisme »¹¹³³ : pourtant, c'est bien l'individu qui matérialise cette force.

499. La place centrale de l'individu est également défendue par Jacques Vanderlinden, même si cela n'a pas toujours été le cas. En effet, le professeur belge a eu deux « mouvements » dans sa vie, deux conceptions du droit. Jusqu'en 1993, il considérait que le pluralisme ne pouvait se concevoir « qu'au sein d'une société, (...) d'un ordre juridique déterminé »¹¹³⁴, adoptant une vision institutionnelle du pluralisme. À partir de 1993, Jacques Vanderlinden va se détacher de l'institutionnalisme pour se rapprocher de l'individu en définissant le pluralisme juridique comme étant « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation »¹¹³⁵.

Ce changement progressif de vision est dû aux lectures et recherches menées par Jacques Vanderlinden, et plus particulièrement les écrits sur l'anthropologie juridique de Norbert Rouland. Jacques Vanderlinden va développer la notion de mécanisme pour exprimer l'articulation entre les ordres juridiques et les normes qui les composent, ainsi que la notion de réseaux au centre de quoi se situe l'individu : « Tout individu, sauf exception toujours possible, est, – c'est une constatation qui n'a rien d'original –, le point de rencontre de multiples réseaux sociaux »¹¹³⁶. Cette notion de réseau est centrale dans la théorie de Jacques Vanderlinden. L'utilisation du mot « rencontre » est pertinente pour comprendre la place de l'individu : sans celui-ci, les ordres juridiques ne seraient jamais en contact ; l'individu est en quelque sorte le connecteur de ces réseaux. En outre, ce phénomène de rencontre induit une relative passivité de l'individu. Relative car ce n'est pas lui qui crée les ordres juridiques, les réseaux – il n'en est que le point de rencontre –, mais c'est bien l'individu, par ses actions, qui va choisir de suivre un ordre juridique plutôt qu'un autre.

¹¹³³ J.-G. Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *Les Cahiers de Droit*, vol. 32, n° 2, 1991, p. 253.

¹¹³⁴ J. Vanderlinden, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 28, 1989, p. 149, reprenant ses réflexions exposées dans sa synthèse de 1971 (J. Vanderlinden, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique. Études publiées sous la direction de John Gilissen*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 19).

¹¹³⁵ J. Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ* 1993-2, p. 573.

¹¹³⁶ *Ibid.*

Tout cela a pour conséquence la mise en lumière du phénomène de forum-shopping. Grâce à la hiérarchisation que fait l'individu « en fonction de paramètres qui n'ont pas nécessairement un caractère institutionnel, ni même une grande stabilité (...) [i]l établit ainsi lui-même, pour la circonstance, une hiérarchie ad hoc des ordonnancements juridiques qui convergent vers lui »¹¹³⁷. On retrouve ici, présenté autrement, le concept d'interlégalité.

500. Sans prétendre à l'exhaustivité, ces diverses idées présentées, quelle conclusion tirer de tout cela ? Selon nous, les théories pluralistes modérées de la fin du XX^{ème} siècle sont les plus représentatives de la situation du droit. Elles permettent de saisir et comprendre les relations entre les individus, les institutions, les ordres juridiques. Le pluralisme permet alors d'aborder le droit comme étant dépendant de l'individu, mais pas en tant qu'individu isolé : en tant qu'individu regroupé en sociétés. Dès lors, l'addition « 1+1 » n'est pas seulement égale à deux. Deux individus, séparément isolés, qui se regroupent vont créer quelque chose ; ce quelque chose peut être le droit. Tout cela peut paraître très théorique, voire métaphysique, mais c'est la vision que nous apporte les réflexions des auteurs pluralistes. Au cours de l'histoire, l'homme a créé et défait un nombre incalculable de sociétés, d'ordres juridiques. L'individu s'est à chaque fois retrouvé au centre de ces réseaux.

Le pluralisme juridique paraît, dans une certaine mesure, rejeter l'État par une reconnaissance à part entière d'autres entités reconnues voire rejetées par lui où chacune de ces institutions produit son propre ordre juridique : leurs normes effaceraient celles de l'État. Cette possibilité n'est qu'une hypothèse parmi d'autres. Si tel était le cas, cela signifierait que l'ordre juridique étatique effacé l'est en raison d'un affaiblissement profond du pouvoir étatique. Le pluralisme juridique ne conduit pas nécessairement à un rejet de l'État, mais il permet de relativiser la place et le rôle de son ordre juridique. Ainsi, l'ordre juridique étatique demeure le principal ordre juridique, mais il n'est pas le seul puisque d'autres existent et constituent les réseaux des individus.

501. Une fois l'acceptation d'un pluralisme centré sur l'individu placé au centre de différents réseaux, la notion d'ordre juridique paraît, d'un point de vue essentiellement sémantique, inadaptée. En effet, l'ordre renvoie à une hiérarchie relativement stricte où les normes seraient profondément organisées, chacune étant à sa place et ayant un rapport bien déterminé avec les autres. Or, identifier le rôle de l'individu dans la détermination et la valeur

¹¹³⁷ *Ibid.*

des normes applicables conduit à changer notre perception des institutions au sens romanien du terme. Les différentes règles et normes ne seraient pas strictement organisées, mais existeraient au sein d'un espace défini, et ce, à plusieurs niveaux certains se mélangeant avec d'autres. Également, la notion de « juridique » paraît inappropriée car elle renvoie à un droit composé de normes exclusivement juridiques telles que la loi et exclut d'autres normes influençant l'individu comme les normes sociales. Il est alors plus pertinent de parler d'espace normatif. Cette nouvelle détermination permet alors le dépassement de la notion d'ordre juridique.

§2. LE DEPASSEMENT DE LA NOTION D'ORDRE PAR CELLE D'ESPACE

502. Les théories pluralistes modernes ont démontré l'aspect central de l'individu dans la détermination de la juridicité d'une norme et sa relation avec les autres. Avec elles, une question apparaît alors : combinées aux réflexions sur le développement de l'autonomie, certes encadrée, de l'accord collectif, pouvons-nous admettre une autonomie de l'espace normatif conventionnel, notamment celui de l'entreprise ? Répondre à cette question revient à s'intéresser à l'existence ou non d'une autonomie conventionnelle laquelle conduit à reconnaître en l'espace normatif conventionnel un espace semi-autonome (A).

Cette absence d'autonomie conventionnelle ne limite pas l'intérêt de la notion d'espace normatif, laquelle, grâce à une conception large de la juridicité des normes permet une meilleure représentation de la réalité juridique et sociale des entreprises (B).

A. L'ABSENCE D'AUTONOMIE COLLECTIVE : L'EXISTENCE D'UN ESPACE NORMATIF SEMI-AUTONOME PAR RAPPORT A L'ESPACE NORMATIF ETATIQUE

503. Beaucoup d'auteurs parlent de l'autonomie collective des partenaires sociaux. Cette notion d'autonomie collective telle que l'on se la représente en droit français est surtout issue de ce que l'on peut appeler la *Kollektivautonomie* du droit allemand. Or, cette vision allemande particulière n'est pas la vision française.

504. Deux sens peuvent être distingués au sein de la notion d'autonomie collective : un sens fort et un sens faible¹¹³⁸. Le sens fort correspond à la production de normes auxquelles s'ajoute un dispositif permettant de régler les conflits qui pourraient naître, représenté au minimum par le juge en tant que tiers¹¹³⁹. Dès lors qu'un groupe ne dispose pas des éléments précédents, on entre dans le sens faible de l'autonomie collective, à savoir une simple liberté accordée et contrôlée par l'État, aux acteurs d'un groupe¹¹⁴⁰.

Si l'on suit cette répartition entre sens fort et sens faible, le droit français accorde aux partenaires sociaux une autonomie collective au sens faible¹¹⁴¹ – les normes collectives du travail ne se développant que dans les limites accordées par le législateur¹¹⁴². Mais surtout, nous l'avons vu précédemment pour rejeter l'idée d'un ordre juridique de l'entreprise, le tiers qui vient arbitrer les conflits est le juge étatique. En cela, il ne peut y avoir de totale autonomie sans présence étatique¹¹⁴³.

505. Certains auteurs comme Monsieur Patrick Rémy parlent d'« illusion » d'autonomie collective. Pour lui¹¹⁴⁴, non seulement le développement de la négociation collective obligatoire par exemple ne signifie pas la reconnaissance d'une autonomie collective, mais en outre, la négociation collective ne fait que « compléter la loi ». Et ce, que la norme négociée soit plus favorable que la loi ou qu'elle lui soit moins favorable dans les domaines définis par elle. Cela rejoint le sens faible de l'autonomie collective. Quoique, compléter ne signifie pas obligatoirement combler par ce qui est prévu – ici prévu par l'espace normatif étatique – mais par ce qui est nécessaire – ici nécessaire à l'espace normatif de l'entreprise.

¹¹³⁸ M. Le Friant, A. Jeammaud, « Une réforme constitutionnelle, pour quelle "autonomie collective" », in *Droits du travail, emploi, entreprise, Mélanges en l'honneur du professeur François Gaudu*, Bibliothèque de l'URJS, Paris, 2014, p. 133.

¹¹³⁹ *Ibid.*, spéc. p. 142.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, spéc. p. 143.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, spéc. p. 146.

¹¹⁴² En particulier dans les limites de la loi (la convention collective ou même la négociation collective n'étant pas reconnues explicitement au sein du bloc de constitutionnalité, si ce n'est par interprétation de l'alinéa 8 du préambule de 1946). V. *Ibid.*, spéc. p. 145.

¹¹⁴³ M. Coutu, « Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail », *Droit et Société* 2015/2, n° 90, p. 351.

¹¹⁴⁴ P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *Sem. soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1508, p. 63.

506. L'autonomie collective ne doit cependant pas être entièrement rejetée ou limitée à une simple illusion : elle doit être tempérée. Nous avons vu que l'accord collectif gagnait en autonomie par rapport à la loi grâce à une décentralisation encadrée par l'État au fil des réformes¹¹⁴⁵ ; une plus grande liberté est accordée aux acteurs du travail. Les réflexions pluralistes, tant institutionnelles que celles centrées sur l'individu n'ont pas permis de reconnaître un ordre juridique conventionnel ou, plus spécifiquement, de l'entreprise. Elles ont cependant rendu possible la reconnaissance d'un espace normatif, distinct de celui de l'État et disposant d'une semi-autonomie par rapport à celui-ci. Une nouvelle approche de la réalité sociale des entreprises et de la sécurité juridique de la norme conventionnelle est alors possible.

B. UNE MEILLEURE REPRESENTATION DE LA REALITE JURIDIQUE ET SOCIALE DES ENTREPRISES GRACE A LA NOTION D'ESPACE NORMATIF

507. L'espace normatif, éclairé des réflexions pluralistes sur l'individu, permet d'abord une prise en compte des pratiques d'entreprise, lesquelles entrent en relation avec les autres normes issues de la vision classique du droit telle que la loi issue de l'espace normatif étatique ou l'accord collectif issu de l'espace normatif de l'entreprise. C'est le cas notamment du développement des politiques de Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE), thème qui gagne en popularité au fil des années.

D'abord simple pratique sans réelle portée normative au sein de l'espace normatif étatique, la RSE tend à se renforcer en juridicité¹¹⁴⁶. Comprise comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »¹¹⁴⁷, certains n'hésitent pas à voir en la RSE une « colonne vertébrale de l'entreprise ou du groupe »¹¹⁴⁸. Bien qu'il ne faille pas aller jusque-là, il n'en demeure pas moins que la RSE est bien une source

¹¹⁴⁵ V. supra.

¹¹⁴⁶ Le drame du Rana Plaza en 2013, en particulier, a contribué à favoriser son développement en affichant aux yeux du monde entier certaines méthodes socialement douteuses. V. F. Laronze, R. de Quenaudon, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *RDT* 2013, p. 487.

¹¹⁴⁷ Définition de la Commission européenne : COM(2001) 366 final, Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », 18 juillet 2001, §2.20.

¹¹⁴⁸ A. de Ravaran, « La place du dialogue social dans l'entreprise », *JCP S* 2017, 1158.

d'obligations juridiques au sein de l'espace normatif de l'entreprise¹¹⁴⁹. Elle met souvent en avant des pratiques plus favorables – souvent managériales¹¹⁵⁰ – que celles prévues par l'ordre juridique étatique et se matérialise au sein d'ordres juridiques d'entreprises en tant que norme suivie par l'employeur et les salariés. Ces pratiques peuvent ensuite être intégrées au sein de l'espace normatif étatique. Tel a été le cas du télétravail qui a été officiellement reconnu par une loi de 2012¹¹⁵¹ et renforcé par l'épidémie de Covid-19 en 2020.

508. L'exemple de la RSE permet aussi, grâce au prisme du pluralisme juridique et de la reconnaissance d'un espace normatif de l'entreprise, d'appréhender autrement les différents dispositifs de benchmark fondant certains classements tels que *Top Employers*¹¹⁵² : cette manière d'identifier et de récompenser certaines pratiques jugées bonnes et innovantes est alors plus qu'une simple vitrine car elle incite l'ensemble des entreprises s'intéressant à l'événement à suivre lesdites pratiques. Celles-ci, présentes dans l'espace normatif d'une entreprise en tant que normes – issues d'un accord collectif ou d'un engagement de l'employeur – s'intègrent alors dans l'espace normatif d'autres entreprises, démontrant une communication informelle entre eux.

En outre, ces normes peuvent intégrer d'autres espaces normatifs grâce aux contrats commerciaux. En effet, une entreprise peut choisir de ne traiter qu'avec des entreprises usant de pratiques ou règles de conduite bien précises ; les autres entités voulant commercer avec devront suivre les exigences de l'entreprise. Dans ce cas, le contrôle et la sanction sont faciles à trouver : en cas de violation attestée des règles exigées par l'entreprise par le cocontractant, ce dernier verrait la fin de la relation commerciale et donc la perte d'un client. Le contrat est un moyen de communication entre les ordres juridiques des entreprises et certaines, plus influentes que d'autres imposent leurs pratiques¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ E. Daoud, J. Ferrari, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S* 2012, 1391.

¹¹⁵⁰ B. Dubrion, E. Mazuyer, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques RSE », *Sem. soc. Lamy* 2013, suppl. n° 1576, p. 75.

¹¹⁵¹ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *JORF* n° 0071 du 23 mars 2012, texte n° 1, spéc. art. 46.

¹¹⁵² Plus un label qu'un véritable classement destiné à promouvoir certaines stratégies en ressources humaines. La SNCF a obtenu, pour la septième année consécutive, un trophée en 2019 pour les pratiques RH de l'entreprise : <https://www.sncf.com/fr/groupe/newsroom/7eme-certification-top-employer-sncf>.

¹¹⁵³ J.-G. Belley l'a très bien démontré : J.-G. Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 2, 1991, p. 253.

509. La fonction du contrat de travail est aussi revue. Plus qu'un « simple » outil de régulation des relations de travail entre le salarié et l'employeur¹¹⁵⁴, il est également la reconnaissance par l'espace normatif étatique de l'appartenance d'un salarié à l'espace normatif d'une entreprise. Par la signature du contrat de travail, l'individu intègre un nouvel espace normatif, un nouveau réseau pour reprendre le vocabulaire de Jacques Vanderlinden. La figure du contrat de travail est étatique, mais elle ne fait que traduire une situation de fait, produisant des effets juridiques dans les deux espaces de production normative : le salarié acceptant de travailler dans une entreprise dont l'employeur accepte de faire travailler le salarié en échange d'un salaire et créant un ensemble de devoirs et d'obligations réciproques selon les dispositions élaborées dans chaque espace.

Il en va de même pour le règlement intérieur, acte réglementaire de droit privé encadré par l'espace normatif étatique¹¹⁵⁵, qui, grâce à ce que nous venons d'établir sur le contrat de travail, fait néanmoins figure de véritable phare étatique au sein de l'espace normatif de l'entreprise. Implantation de l'État, sa lumière n'est pas moins dictée par l'entreprise. Et pour cause : l'employeur peut insérer des éléments de l'espace normatif de l'entreprise pour leur permettre la reconnaissance par l'État, comme nous l'avons vu lors du contrôle normatif et les procédures réglementaires contrôlées par le juge étatique.

510. Les accords collectifs, enfin, ne sont pas en reste. Sans aller jusqu'à considérer comme Hugo Sinzheimer que « la convention collective est la manifestation d'un ordre juridique autonome fondant un droit objectif spécifique »¹¹⁵⁶, en suivant la vision qui est la nôtre, les accords collectifs sont, au sein de l'espace normatif de l'entreprise, l'équivalent de la loi au sein de l'espace normatif étatique. Négociés et conclus par l'employeur et les représentants des salariés ou même directement avec les salariés grâce au référendum d'entreprise, les accords collectifs occupent une place centrale au sein de l'espace de production contraint, en particulier depuis 1982 où leur rôle gagne en importance au fil des années et des réformes. Ils occupent une place plus nuancée – mais n'en demeurent pas moins présents – au sein de l'espace de production libre. La vision pluraliste adoptée jusque-

¹¹⁵⁴ V. la chronique de F. Géa, « À quoi sert le droit du travail ? », *D.* 2020, p. 444.

¹¹⁵⁵ Art. L. 1321-1 et s. C. trav.

¹¹⁵⁶ M. Coutu, « Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail », *Droit et Société* 2015/2, n° 90, p. 351.

là permet de reconnaître une valeur juridique aux accords non reconnus par l'espace normatif étatique, de nommer ces « accords innommés »¹¹⁵⁷.

La pratique de l'accord collectif mondial¹¹⁵⁸ qui se développe grâce à la mondialisation¹¹⁵⁹ fait également repenser la relation entre les espaces normatifs et leur étendue. Les normes d'entreprise – en dehors de toute notion d'ordre juridique ou d'espace normatif – sont généralement considérées comme des normes infra-étatique, produites en-dessous de l'espace normatif étatique, dans son périmètre. Or, dans le cas des accords collectifs transnationaux, l'espace normatif de l'entreprise n'est plus « infra-étatique », mais il se chevauche avec l'espace normatif de plusieurs États ; il ne devient pas supra-étatique¹¹⁶⁰ : il devient extra-étatique.

511. Conclusion de chapitre. Certains auteurs affirment que le pluralisme juridique est confronté au « problème du critère de la juridicité des normes »¹¹⁶¹, en particulier parce que « le principe de pluralisme interdit toute recherche dans le domaine de l'origine institutionnelle de la règle »¹¹⁶². Selon nous, le pluralisme juridique ne doit pas conduire à nier le rôle de l'État : il doit conduire à le nuancer pour permettre la mise en lumière d'autres sources de droit comprises en tant que règles contraignantes¹¹⁶³. D'ailleurs, le pluralisme est surtout accepté en droit international et européen – autrement dit, ce qu'il y a « au-dessus » de l'État. Cependant, le pluralisme peut permettre, en particulier grâce aux apports de la sociologie juridique¹¹⁶⁴, d'inverser le prisme et de s'intéresser à ce qu'il y a en-dessous de l'État ; d'en reconnaître l'existence et l'efficacité. Or, les différentes normes de l'entreprise

¹¹⁵⁷ G. Loiseau, « Les accords d'UES, des accords innommés », *BJT* 2020, n° 01, p. 14.

¹¹⁵⁸ V. B. Teysié, « Les accords collectifs internationaux », *JCP S* 2017, 1343 ; T. Sachs, « L'accord d'entreprise transnational : un objet juridique en devenir », *Dr. soc.* 2020, p. 149.

¹¹⁵⁹ M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2006, p. 330 et s.

¹¹⁶⁰ Même si certaines entreprises mondiales sont tellement puissantes qu'elles peuvent presque être considérées comme formant un espace normatif supra-étatique.

¹¹⁶¹ P. Maisani, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit & Société* 1994, n° 27, p. 443.

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ Selon le Dictionnaire Cornu, « en un sens abstrait, juridiquement obligatoire ; doté de force obligatoire » (« Contraignant, ante », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011). Différentes perceptions de cette force obligatoire existent. V. infra.

¹¹⁶⁴ Pour une présentation de l'enseignement et de l'apport de la sociologie juridique, v. G. Richard, « Enseigner des matières extrajuridiques aux juristes : le cas de la sociologie du droit », *Les Cahiers Portalis* 2023/1 (N° 10), p. 111.

ont tendance à être considérées comme étant en-dessous de celles de l'État¹¹⁶⁵. Il n'en demeure pas moins qu'elles existent. Comme le rappelle Monsieur le Professeur Jacques Chevallier, « malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique ne parvient jamais à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il se trouve pris à revers et court-circuité par des règles juridiques qui se forment en de multiples lieux et échappent au moins partiellement à sa médiation »¹¹⁶⁶.

L'ordre juridique, notion inadaptée, est cependant dépassé grâce à l'espace normatif. Les théories pluralistes ont permis ce dépassement, lequel nous a permis de mettre en relation des normes et des pratiques issues de l'espace normatif de l'entreprise à la fois entre-elles, mais aussi avec l'espace normatif étatique. Un constat découle de ce que nous venons d'observer : les espaces normatifs communiquent entre eux. En effet, l'accord collectif tel que nous le concevons est une conception issue de l'espace normatif étatique. Pour autant, son lieu de création initial est l'espace normatif conventionnel, notamment celui de l'entreprise. L'individu joue alors un rôle central, évoluant au sein des espaces normatifs et choisissant la norme qu'il souhaite voir appliquer.

512. En application des théories pluralistes, une norme peut exister à l'intérieur de plusieurs espaces normatifs à la fois, lesquels se mêlent et se superposent parfois là où se rencontrent les réseaux des individus. L'accord collectif, selon son niveau de conclusion, peut ainsi être au sein de l'espace normatif conventionnel, étatique, d'une entreprise ou d'une branche. Néanmoins, ce n'est qu'après sa création qu'il passe de l'espace normatif conventionnel à l'espace normatif étatique grâce à une communication entre les espaces par l'action du juge, laquelle conditionne alors l'insécurité juridique de l'accord collectif.

¹¹⁶⁵ Cette phrase est à relativiser. Elle fait preuve d'une particulière acuité pour les entreprises françaises ayant une activité réalisée uniquement en France, mais elle perd en intérêt pour les entreprises multinationales.

¹¹⁶⁶ J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7. Pour lui, l'ordre juridique étatique se retrouve « pris en tenaille entre des ordres juridiques infra-étatiques (...), et des ordres juridiques supra-étatiques » tel l'ordre juridique européen. Or, même si cette idée détient une part de vérité grâce à l'établissement de différents ordres juridiques, la métaphore de la tenaille n'est pas la plus appropriée. L'ordre juridique étatique est, et a toujours été, en concurrence avec différents ordres juridiques à la portée plus ou moins grande, au territoire plus ou moins étendus. C'est ce que l'on peut déduire également quand Jacques Chevallier affirme que les ordres juridiques sont « nécessairement reliés les uns aux autres ».

CHAPITRE SECOND : L'INSECURITE JURIDIQUE NUANCEE PAR LA COMMUNICATION ENTRE L'ESPACE NORMATIF CONVENTIONNEL ET LES AUTRES ESPACES NORMATIFS

513. Nous avons vu que les individus reliés entre eux créent les réseaux, mais qu'une fois ces réseaux créés, les individus, isolés, choisissent – généralement inconsciemment¹¹⁶⁷ – la norme qu'ils souhaitent voir appliquée. Dès lors, l'individu est placé au centre d'un réseau de normes issues de divers espaces normatifs ; il oriente ses actions en fonction de ces normes et de ses propres souhaits. Si ces normes sont issues de l'espace normatif conventionnel et qu'il souhaite les contester, il va faire appel au juge étatique, seul organe de contrôle véritable, lequel va apporter sa vision issue de l'espace normatif étatique.

Dans l'histoire du forfait-jours, ce sont des individus, salariés, qui ont pu faire reconnaître l'invalidité des stipulations de l'accord collectif qui leur était applicable : tant que la question n'était pas portée devant le juge voire, a fortiori, devant la Cour de cassation, le dispositif du forfait-jours ne connaissait pas l'insécurité juridique que l'on observe aujourd'hui. L'accord collectif concerné était pleinement connu et applicable au sein de l'espace normatif conventionnel ou de l'entreprise ; ce n'est qu'une fois le contentieux porté devant le juge étatique que l'insécurité juridique est apparue. Jusqu'à cette action, l'accord était ainsi inconnu pour le juge et l'espace normatif étatique. Pourtant, l'accord collectif élaboré au sein d'un espace normatif différent de celui de l'État a une existence au sein de son espace normatif : il semble en connaître l'existence, mais ignorer le contenu.

514. Le recours aux théories pluralistes permet d'observer avec un regard neuf les phénomènes vus précédemment. Derrière l'insécurité juridique causée par le risque de disparition de l'accord collectif se cache la volonté de l'individu pris dans une acception large : salarié, employeur, partenaires sociaux. Le pluralisme ouvre alors de nouvelles perspectives pour appréhender la sécurité juridique de la norme conventionnelle, norme élaborée au sein d'un espace normatif – l'espace conventionnel ou de l'entreprise – et

¹¹⁶⁷ L'individu appliquera généralement tout simplement la règle de droit issue de l'ordre juridique étatique. C'est d'ailleurs pour cela qu'il est l'ordre juridique dominant ; voire unique pour certains, constituant « un tout homogène, un bloc sans fissure » (J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 356).

reconnu par un autre – l’espace étatique. Par sa volonté, l’individu peut agir sur la portée et la sécurité juridique de cette norme, qu’il en soit créateur ou destinataire, en recourant au juge, organe de contrôle de l’espace normatif étatique. Il est donc nécessaire de comprendre comment l’individu et le juge influent sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle.

Cependant, l’individu, notamment par la sélection de la norme qu’il souhaite voir appliquer dans son réseau de normes, peut décider d’agir ou pas : soit il accepte la norme, soit il la refuse. Et ce, même s’il la sait potentiellement non-conforme avec les exigences d’un espace normatif pouvant remettre en cause la norme. En effet, l’individu pourrait estimer la norme non-conforme comme étant suffisamment avantageuse pour son intérêt propre et ainsi ne pas saisir le juge étatique. Transparaît alors la notion d’intérêt à agir¹¹⁶⁸, de volonté subjective et donc d’évolution de celle-ci : l’insécurité juridique de l’accord collectif serait subjective et évolutive¹¹⁶⁹. Dans cette perspective, l’État fixe des règles, mais ceux qui les utilisent et choisissent de les suivre ou les enfreindre, ce sont bien les individus, notamment employeurs, représentants des salariés et salariés eux-mêmes.

515. Le pluralisme permet donc de concevoir des espaces normatifs distincts où, bien que l’État régule la négociation collective, celle-ci demeure au-delà de son champ de vision : les normes créées au sein des espaces normatifs conventionnels lui sont inconnues (**Section 1**). Cette cécité normative expliquée par la confiance accordée aux partenaires sociaux peut être levée grâce au juge, permettant alors aux espaces normatifs de communiquer (**Section 2**).

SECTION 1 : LA MECONNAISSANCE PAR L’ÉTAT DES NORMES CONVENTIONNELLES

516. L’adjectif « inconnue » peut paraître fort. En effet, un accord collectif, nous le verrons, est connu de l’État car il doit l’être si les partenaires sociaux veulent qu’il produise l’ensemble des effets permis par l’espace normatif étatique. Néanmoins, cette connaissance

¹¹⁶⁸ Nous ne traitons pas ici de l’intérêt à agir au sens de notion juridique. Pour autant, elle n’est pas totalement dénuée de pertinence car en accordant un intérêt à agir à l’individu, l’État accorde à l’individu la possibilité d’influer sur la norme conventionnelle. Il permet également à l’individu représentant du personnel d’agir pour le compte des individus salariés au titre de l’intérêt collectif. Sur ce dernier point v. infra les développements liés à Cass. soc., 15 décembre 2021, n° 19-18.226.

¹¹⁶⁹ Nous mettons de côté la mise en cause, vue supra, qui est davantage un impact lié à une circonstance « naturelle » essentiellement lors de restructurations ou disparition d’entreprises.

est limitée à la simple existence de la norme. Il ne connaît pas les stipulations exactes¹¹⁷⁰, ni la façon dont elles ont été négociées, même s'il pose des exigences de forme, de fond et de négociation, comme celle de loyauté.

Cette méconnaissance des normes s'explique premièrement par le fait que les normes conventionnelles sont négociées en dehors du champ de vision de l'État (§1) : celui-ci ne connaît que le produit fini, négocié et signé. Dès lors, il ne voit qu'un objet juridique portant le nom d'un objet qu'il connaît – convention ou accord collectif – autrement dit qu'une norme habillée selon les critères de l'espace normatif étatique (§2), sans réellement en connaître le contenu.

§1. DES NORMES NEGOCIEES EN DEHORS DU CHAMP DE VISION ETATIQUE

517. Les créateurs de la norme conventionnelle initient, négocient et signent au sein de leur milieu conventionnel, et même, pour l'accord d'entreprise, au sein des murs de leur entreprise. En raison de l'autonomie accordée aux partenaires sociaux, l'État est ainsi aveugle du processus d'élaboration (A). Or, cette autonomie s'est accrue au fil des réformes, notamment depuis 1982, où la polarisation normative en droit du travail s'est progressivement décentralisée, renforçant le sentiment de cécité de l'espace normatif étatique (B).

A. UNE CECITE LIEE A L'AUTONOMIE NORMATIVE ACCORDEE AUX PARTENAIRES SOCIAUX

518. La norme conventionnelle n'est pas créée par l'État comme peut l'être la loi, mais par les partenaires sociaux qui sont des individus agissant pour leur intérêt (en opposition à l'intérêt général) ou du moins celui de leur profession ou de leur entreprise : même avec un appui des services de l'Inspection du travail dans la négociation collective¹¹⁷¹, l'accord collectif est alors le résultat de la rencontre de volontés qui sont méconnues par l'État (1). Celui-ci, aveugle sur les intentions des créateurs de la norme conventionnelle, l'est aussi sur les raisons ayant conduit à la signature d'un accord collectif. Néanmoins, selon les cas,

¹¹⁷⁰ Bien qu'il puisse connaître le contenu grâce au dépôt des accords collectifs (v. infra), il – ses représentants et préposés – n'en contrôle pas la teneur.

¹¹⁷¹ V. Tiano, « L'inspection du travail en appui aux institutions représentatives du personnel et à la négociation collective », *Dr. soc.* 2023, p. 71.

l'espace normatif étatique peut parfois connaître le contexte de la négociation (2), permettant de réduire sa cécité.

1. La rencontre de volontés méconnues par l'État

519. Recourir à la négociation collective implique de faire ressortir avec une particulière acuité la double nature de l'accord collectif, réglementaire et contractuelle, notamment la seconde : en tant que contrat, il s'agit d'une rencontre entre plusieurs volontés, lesquelles peuvent influencer sur la sécurité juridique de la norme. Or, il peut parfois être difficile de cerner la volonté profonde des créateurs et leur objectif. Trois individus peuvent être identifiés : les créateurs traditionnels de la norme que sont l'employeur ou les organisations d'employeurs, les représentants du personnel, et l'individu salarié qui, essentiellement destinataire de la norme, peut être également créateur.

520. L'individu employeur peut être l'employeur individuel ou une organisation patronale de branche. Bien que de plus en plus de possibilités accordées par le législateur en matière sociale ne soient réalisables qu'avec la signature d'un accord collectif, pour l'essentiel, le pouvoir de direction de l'employeur lui permet de se dispenser de recourir à la conclusion d'une telle norme et d'appliquer ce qui lui est déjà accordé par principe.

Dès lors qu'il décide de signer un accord collectif, sa volonté peut être influencée par le contexte de signature, en particulier le thème. En effet, un accord salarial signé lors des négociations annuelles obligatoires n'induirait pas la même volonté qu'un accord conclu dans des conditions sociales particulièrement dégradées comme en cas de grève ou qu'un accord dit « donnant-donnant ». Une fois l'accord signé, la volonté de l'employeur sera généralement de voir appliqué l'accord collectif qu'il a signé – ou signé par les partenaires sociaux de la branche – tel qu'il l'interprète. À ce titre, pour reprendre l'exemple précédent, même pour un accord salarial signé pendant les négociations annuelles obligatoires (NAO), il est possible que l'interprétation de cet accord diverge¹¹⁷².

521. L'individu représentant du personnel aura généralement pour objectif d'améliorer les conditions de travail des salariés. Cet individu, en particulier le délégué syndical, exprime

¹¹⁷² Il n'est pas rare de voir dans des accords portant sur la rémunération d'accorder des compensations sous forme de repos ou des majorations salariales selon des conditions déterminées, lesquelles peuvent parfois être interprétées différemment.

sa volonté selon plusieurs facteurs, le premier étant celui de la « ligne politique » du syndicat, où ceux réputés conservateurs seront plus souvent réticents à signer des accords revenant sur des acquis sociaux, voire seront contestataires. Ce n'est bien évidemment pas une science exacte – le droit comme la sociologie sont justement des sciences dites « sociales » – mais c'est un point particulièrement prégnant à avoir en tête dans l'analyse des positionnements.

D'ailleurs, ce n'est pas parce qu'un élu est affilié à un syndicat qu'il va suivre le dogme « classique » : certains élus du personnel ne s'affilient à un syndicat que pour pouvoir être désignés délégués syndicaux et pouvoir négocier et signer des accords collectifs. À ce titre, le fonctionnement actuel est, d'un point de vue sociologique, essoufflé : avoir élargi les acteurs de la négociation collective en faisant tomber la représentativité de droit est une bonne chose, mais il semble peu pertinent de maintenir la priorité aux syndicats pour le premier tour des élections professionnelles et pour négocier les accords collectifs via les délégués syndicaux¹¹⁷³.

522. L'individu salarié est le principal destinataire de la norme conventionnelle. Depuis 2016 où le principe majoritaire a été reconnu¹¹⁷⁴, les accords signés par une minorité de représentants du personnel ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés lors des dernières élections doivent être validés par un référendum soumis aux salariés de l'établissement concerné par l'accord. Ici, il s'agit d'une rencontre entre trois volontés : celle de l'individu employeur et de l'individu représentant du personnel auxquelles s'ajoutent l'ensemble des volontés des individus salariés participant au référendum, réunies au sein d'une volonté majoritaire – pour ou contre l'accord négocié.

L'individu salarié a également la possibilité d'exprimer sa volonté pour valider un projet d'accord soumis par l'employeur. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la volonté de l'individu salarié n'est pas prise en compte de façon différente à celle du référendum pour l'accord minoritaire. La seule différence concerne le nombre de volontés rencontrées : dans cette situation, on revient à la rencontre de deux volontés que sont celle de l'employeur et celle de la majorité des individus salariés.

Par ces différentes volontés exprimées en raison de l'essence contractuelle de l'accord collectif, l'espace normatif étatique ignore les conditions de négociation et parfois les raisons exactes qui ont conduit à la rencontre des volontés et l'engagement des parties,

¹¹⁷³ Hors négociation dérogatoire, notamment avec les membres du CSE ou des salariés mandatés. V. supra.

¹¹⁷⁴ V. supra.

ainsi que les éventuelles attentes des salariés concernés par le texte, lesquels peuvent avoir des aspirations différentes, voire divergentes. Le contexte de négociation et de signature peut en revanche venir limiter cette ignorance.

2. Un contexte parfois connu

523. Les créateurs de la norme conventionnelle négocient dans l'autonomie normative accordée par l'ordre juridique étatique : par cette autonomie, cette délégation normative, l'État ne voit pas ce qui est négocié, ni comment le contenu l'a été : l'État ignore le contexte exact, notamment quand il s'agit d'accords signés en dehors des NAO. Pour ces dernières, la méconnaissance du contexte est limitée puisque l'État sait le type d'accord qui a été négocié¹¹⁷⁵. Mais même pour les NAO, l'État ignore¹¹⁷⁶ de nombreux détails comme les dates des réunions, les difficultés rencontrées, ou encore la motivation des stipulations finales ; il n'a connaissance que du produit fini grâce au dépôt de l'accord¹¹⁷⁷. Reviennent alors les éléments subjectifs liés à la volonté, vus précédemment, notamment pour l'individu employeur et l'individu représentant du personnel¹¹⁷⁸.

524. Pour l'individu employeur, tout va dépendre du type de négociation collective. En cas de grève, le contexte le poussera vers la recherche d'une fin de conflit afin de permettre la reprise de l'activité. Pour l'accord de performance collective, il s'agira d'une recherche de l'amélioration de la compétitivité de l'entreprise. Tant d'éléments qui échappent à l'espace normatif étatique et qui pourraient servir à faciliter une intégration de l'acte. Dans le cadre des NAO il aura moins d'impérativité à négocier un accord collectif car il s'agit d'une simple obligation à négocier, et pas une obligation à conclure d'accord¹¹⁷⁹.

525. Pour l'individu représentant du personnel, d'autres éléments de contexte vont jouer. Selon le type de négociation collective, il cherchera plus ou moins à obtenir la signature d'un

¹¹⁷⁵ Salarial, égalité femmes/hommes, etc.

¹¹⁷⁶ Il n'ignore pas totalement les détails qui suivent puisqu'il dispose d'une version numérisée de l'accord. Pour autant, il n'exerce aucun contrôle de fond : cela revient donc au même.

¹¹⁷⁷ V. infra.

¹¹⁷⁸ Il n'est pas pertinent d'aborder l'individu salarié car finalement, à part le salarié mandaté par une organisation syndicale représentative, il ne négocie pas tout seul : soit il exprime une volonté sur un projet d'accord soumis par l'employeur, soit sur un accord minoritaire négocié par les représentants du personnel.

¹¹⁷⁹ D'autant qu'en cas de désaccord, l'employeur peut appliquer unilatéralement ce qu'il souhaitait appliquer, voire rien du tout.

accord. En outre, les réflexions menées sur la légitimité des partenaires sociaux prennent une importance notable ici. En effet, tous les quatre ans, les élus – affiliés à un syndicat ou non – remettent en jeu leur rôle pour confirmer ou infirmer leur légitimité à représenter les salariés. Généralement, l'individu représentant du personnel voudra garder cette fonction représentative ; pour ce faire, il devra montrer les actions qu'il mène et qu'il a menées au cours de son mandat. À ce titre, cette périodicité conduit parfois à des comportements versatiles à l'approche des élections, influant sur le contexte.

526. Par l'aspect contractuel de l'accord collectif, l'espace normatif étatique ignore l'objectif et parfois le contexte ayant conduit à la signature. Il ne peut dès lors pas anticiper un éventuel contrôle ultérieur par le juge, ce qui aurait permis de renforcer en amont la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Surtout, lorsque le juge exercera son contrôle, il n'aura pas tous les éléments permettant de connaître les objectifs et contextes exacts d'élaboration de la norme. Cette méconnaissance est accentuée par les évolutions législatives déplaçant le centre de production normative de l'État vers les partenaires sociaux, en particulier en entreprise.

B. UNE CECITE ACCENTUEE PAR LA DECENTRALISATION

527. Après un renforcement du rôle de la loi et de la protection générale des salariés, partie faible au contrat de travail, l'évolution du droit du travail s'est orientée vers une reconnaissance de la négociation d'entreprise et une délégation du législateur. Malgré la cécité liée à ce développement de l'élaboration de la norme, subie en raison d'espaces normatifs cloisonnés (1), l'État a volontairement renforcé sa cécité au nom de la proximité et la pertinence de la norme (2).

1. Une cécité subie par des espaces normatifs cloisonnés

528. Le décalage du centre de production normative de l'État vers les partenaires sociaux a accentué la cécité du premier envers les normes produites par les seconds en raison du cloisonnement des espaces normatifs conventionnels. Cette sorte d'étanchéité normative est plus ou moins poreuse en fonction du niveau de négociation.

529. La branche¹¹⁸⁰ est le niveau le plus poreux. Les partenaires sociaux bénéficient d'une grande liberté sur les domaines que lui a réservés le législateur au sein de l'espace normatif conventionnel¹¹⁸¹. Cela leur permet de créer des normes théoriquement sans interférence étatique. Cependant, cette interférence est parfois présente : il peut arriver qu'un représentant du ministère du travail ou du ministère du domaine de la branche¹¹⁸² échange activement avec les partenaires sociaux lors de l'élaboration d'un accord collectif, notamment grâce à des bilatérales plus ou moins officielles¹¹⁸³.

En outre, l'État n'est pas totalement aveugle sur le contenu des accords collectifs de branches. Grâce à la procédure d'extension, « le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, les clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales. Il peut également refuser, pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi, l'extension d'un accord collectif »¹¹⁸⁴. Par cette capacité à interférer sur la norme conventionnelle de branche destinée à être étendue – et donc applicable à l'ensemble des salariés et entreprises concernés par son champ d'application – l'espace normatif étatique peut connaître les stipulations finales de l'accord signé. Toutefois, cette procédure d'extension ne purge pas les accords collectifs de toute instabilité puisque cela n'a pas empêché l'insécurité juridique du forfait-jours où les accords de branche invalidés avaient été préalablement étendus¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁰ Nous ne traiterons pas du niveau interprofessionnel qui est davantage poreux que la branche, mais qui dispose d'une juridicité différente des actes nés des négociations. Notamment grâce à l'article L. 1 du Code du travail, transformant les partenaires sociaux en lieutenants du gouvernement en matière sociale.

¹¹⁸¹ Art. L. 2253-1 C. trav.

¹¹⁸² Le ministère des transports pour la SNCF par exemple.

¹¹⁸³ C'est ainsi que les négociations de la branche ferroviaire ont été parfois guidées par le ministère du travail au gré des échanges avec la direction de la SNCF ou, surtout, des partenaires sociaux.

¹¹⁸⁴ Art. L. 2261-25 C. trav. Le ministre dispose d'ailleurs d'un pouvoir d'appréciation. V. réc. CE, 28 septembre 2022, n° 442574 : *RJS* 1/23, n° 29.

¹¹⁸⁵ Les services du Ministère du travail opèrent cependant un contrôle plus poussé lors des arrêtés d'extension d'un accord relatif au forfait-jours. Ainsi, dans la Convention collective du Bricolage (convention collective nationale du bricolage du 30 septembre 1991), l'avenant du 20 juillet 2022 relatif à la convention de forfait en jours à l'accord du 23 juin 2000 relatif à l'application de la réduction et de l'aménagement du temps de travail a été étendu avec des réserves sur certains points importants quant au déploiement du forfait-jours au sein des entreprises en raison des carences de l'accord de branche quant aux stipulations requises par l'article L. 3121-64 C. trav. (Arrêté du 3 février 2023 portant extension d'un avenant à un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale du bricolage (n° 1606), *JORF* n° 0036 du 11 février 2023, texte n° 80).

530. L'espace normatif de l'entreprise est quant à lui davantage cloisonné que celui de la branche. Les employeurs et les représentants du personnel ou les salariés de leur entreprise peuvent négocier sur l'ensemble des domaines ouverts à la négociation collective en totale autonomie, même quand celle-ci est encadrée par des périodicités comme dans le cas des NAO. Aucune procédure d'extension ne permet à l'espace normatif étatique de réaliser un contrôle des stipulations des accords signés¹¹⁸⁶. Il en résulte pour l'État une absence de maîtrise et de réelle connaissance sur l'espace normatif de l'entreprise.

Cette carence s'explique par plusieurs facteurs, le premier étant que l'entreprise est une personne morale de droit privé. De plus, le besoin de préservation du secret professionnel par rapport à la concurrence – qui est régulée dans la branche – renforce le cloisonnement. Pourtant, c'est essentiellement la proximité créée par la relation de travail, matérialisée par le contrat de travail, lequel permet l'appartenance à l'entreprise, qui cloisonne la vie normative au sein de l'entreprise : les représentants des salariés et l'employeur se connaissent, le « flou artistique »¹¹⁸⁷ se crée et se maintient. Cette proximité rend également plus pertinent l'espace normatif de l'entreprise comme lieu de production de la norme conventionnelle, amenant l'État à garder cette cécité volontairement.

2. Une cécité voulue pour des espaces normatifs plus pertinents

531. Nous avons vu précédemment qu'« au plus proche des conditions réelles d'organisation du travail (...), [l'accord collectif d'entreprise] répond de manière plus appropriée aux spécificités de la structure productive »¹¹⁸⁸. Cette proximité est ainsi le ciment qui permet de maintenir la structure de l'espace normatif conventionnel, et la source des évolutions en droit du travail au moins depuis 1982.

532. Observée au travers du prisme du pluralisme et de l'importance de l'individu, la décentralisation de la production normative en droit du travail permet de mieux comprendre l'intérêt du processus. En effet, l'évolution de l'accord d'entreprise par la proximité¹¹⁸⁹ prend tout son sens, voire s'accroît : l'individu étant plus proche de la production de la norme, il la comprend mieux et l'intègre alors mieux à son réseau. Dès lors, par cette

¹¹⁸⁶ V. infra.

¹¹⁸⁷ G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

¹¹⁸⁸ C. Nicod, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017, p. 657.

¹¹⁸⁹ V. supra.

proximité, il sélectionne plus facilement la norme qu'il souhaite voir appliquer à sa relation de travail et peut décider d'agir sur la sécurité juridique de celle-ci¹¹⁹⁰.

Grâce à la proximité de l'entreprise, il est possible de « contextualiser les normes juridiques applicables aux relations du travail »¹¹⁹¹. La norme conventionnelle est ainsi plus proche donc plus adaptée ; mieux connue également des destinataires elle est théoriquement mieux appliquée, tant par effectivité – j'applique une norme car je sais qu'elle existe – que par efficience – j'applique une norme telle qu'elle doit être appliquée – assurant finalement une meilleure efficacité à l'accord collectif.

533. C'est par cette reconnaissance de l'intérêt de la proximité que l'État a renforcé l'autonomie conventionnelle de l'espace normatif de l'entreprise au fil des réformes. En définissant un cadre au sein duquel les partenaires sociaux, en particulier ceux de l'entreprise, peuvent évoluer et créer des normes personnalisées à leurs besoins, l'espace normatif étatique a voulu la cécité qu'il connaît aujourd'hui.

Cet aveuglement, en grande partie volontaire, repose sur une illusion de validité puisque les normes produites au sein de l'espace normatif conventionnel n'étant pas connues en profondeur de l'espace normatif étatique, elles ne sont valides qu'a priori. L'État ignorant le contenu, il ne peut les valider et leur faire produire leurs effets au sein de son espace normatif qu'en présumant qu'elles sont valides, faisant confiance aux partenaires sociaux : la convention ou l'accord collectif est supposé sûr juridiquement car il en porte simplement le nom, revêtant en quelque sorte un habit correspondant aux critères posés par l'espace normatif étatique.

§2. DES NORMES HABILLEES SELON DES CRITERES ETATIQUES

534. Les accords conclus dans l'espace normatif conventionnel ne sont pas connus de l'espace normatif étatique. Ils en portent pourtant tous les attributs demandés. Grâce à une validité de principe (A), ils bénéficient d'une validité apparente (B).

¹¹⁹⁰ V. infra.

¹¹⁹¹ F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 516.

A. UNE VALIDITE DE PRINCIPE

535. Les normes élaborées au sein de l'espace normatif conventionnel ne sont pas totalement inconnues de l'État. Grâce à des procédures administratives, il est au courant des accords collectif signés ; ou plutôt, il les voit tels qu'ils lui sont présentés par les partenaires sociaux, habillés selon les codes de l'espace normatif étatique. Le respect de ces codes et procédures permet la reconnaissance de la validité de l'accord collectif aux yeux de l'État. Il s'agit alors d'une validité par un habillage administratif (1) témoignant d'une relevance de principe (2).

1. Un habillage administratif

536. L'État n'est pas totalement aveugle des normes conventionnelles négociées au niveau des branches et des entreprises dans leurs espaces normatifs respectifs. En fonction du niveau de négociation, il aura la possibilité de connaître des accords collectifs signés.

537. Au niveau de la branche, l'accord collectif fait l'objet d'une procédure d'extension au cours de laquelle, nous l'avons vu, le Ministre peut modifier les accords soumis à extension. Une institution en particulier intervient également : la Commission nationale de la négociation collective, au sein de laquelle-ci siège le Ministre – ou son représentant. Cette commission a diverses missions¹¹⁹², dont celle « de donner un avis motivé au ministre compétent sur l'extension et l'élargissement des conventions et accords collectifs ainsi que sur l'abrogation des arrêtés d'extension ou d'élargissement »¹¹⁹³. Elle effectue ainsi un véritable contrôle de fond des dispositions conventionnelles de l'accord de branche voué à être étendu.

Cette immixtion dans la volonté des partenaires sociaux signataires s'explique par le caractère règlementaire de la branche¹¹⁹⁴ qui est vue comme la loi de la profession, dont l'accord collectif conclu à ce niveau peut théoriquement être applicable au plus grand nombre de salariés. L'espace normatif étatique intervient alors pour adapter la norme

¹¹⁹² Art. L 2271-1 C. trav.

¹¹⁹³ Art. L 2271-1, 3° C. trav.

¹¹⁹⁴ V. supra les évolutions de la branche.

conventionnelle si celle-ci entre en contradiction avec ses propres normes : un habillage sur-mesure¹¹⁹⁵.

538. Au niveau de l'entreprise, un autre habillage de la norme conventionnelle s'opère. Sans avoir une intervention de l'État sur les stipulations conventionnelles, les créateurs de la norme collective ont cependant l'obligation de déposer sur la plateforme TéléAccords¹¹⁹⁶ – qui permet la transmission à l'Inspection du travail¹¹⁹⁷ et publiée sur le site internet Légifrance¹¹⁹⁸ les accords collectifs signés selon les modalités applicables¹¹⁹⁹.

Cette procédure a toutefois peu d'impact car il s'agit d'une pure formalité administrative : l'administration ne vérifie pas systématiquement les stipulations des accords. Seul un simple récépissé de dépôt est fourni. Dans le cas de l'accord collectif d'entreprise, il s'agit d'un habillage que l'on pourrait qualifier de prêt à porter où l'accord collectif portera les habits que propose l'espace normatif étatique sans que ce dernier ne s'assure de leur bonne conformité. En découle ainsi une sorte de relevance de principe de la norme négociée au sein de l'espace normatif conventionnel.

2. Une relevance de principe

539. La notion de relevance de Santi Romano est en effet pertinente. L'auteur italien l'identifiait dès lors « que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre [était] conforme aux conditions mises par un autre ordre »¹²⁰⁰. Or, pour qu'un accord collectif négocié et signé au sein de l'espace normatif conventionnel soit considéré comme conforme aux conditions de l'espace normatif étatique, il faut que celui-ci, une fois signé selon les modalités déterminées par ce dernier, ait réalisé la procédure administrative de dépôt ; tant

¹¹⁹⁵ En revanche, si l'accord n'est pas étendu, il demeure un accord collectif, mais ses effets seront limités aux entreprises membres de l'organisation patronale signataire de l'accord, sauf à ce que les partenaires sociaux aient conditionné l'application de l'accord à l'extension : il n'est pas rare de voir une stipulation prévoyant que « le présent accord est applicable à compter du 1^{er} jour du mois suivant la publication de son arrêté d'extension au Journal officiel ».

¹¹⁹⁶ <https://www.teleaccords.travail-emploi.gouv.fr/PortailTeleprocedures/#>.

¹¹⁹⁷ Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS).

¹¹⁹⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr>.

¹¹⁹⁹ Accord majoritaire, accord minoritaire, projet d'accord, etc.

¹²⁰⁰ S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, 2^{ème} édition, éd. G. C. Sansoni, Florence, 1946. Traduit en français par L. François et P. Gothot : S. Romano, *L'Ordre juridique*, trad. 2^{ème} édition, Dalloz, 1975, p. 106. V. supra.

que le dépôt n'a pas été réalisé, l'accord collectif n'a aucune existence au sein de l'espace normatif étatique. Il y a donc bien relevance par existence conforme.

540. Pour autant, le contenu de l'accord collectif n'est pas nécessairement conforme aux conditions de l'espace normatif étatique. Il s'agit d'une validité de forme : celle d'accord collectif. L'on voit que finalement, une simple formalité administrative détermine la validité d'une norme conventionnelle ; cette formalité serait donc la manifestation d'une relevance de principe, non pas de l'ensemble de l'espace normatif conventionnel, mais de certaines de ses normes. Cette relevance de principe implique alors une validité de l'accord, mais seulement en apparences.

B. UNE VALIDITE APPARENTE

541. L'accord collectif négocié et régulièrement déposé a une existence réelle au sein de l'espace normatif étatique. Toutefois, en raison de l'autonomie des partenaires sociaux et du cloisonnement de l'espace normatif conventionnel, cette validité étatique n'est qu'apparente. Plus précisément, elle paraît valide aux yeux de l'État par la validation préalable des créateurs de la norme conventionnelle (1) : ceux-ci la signent et cherchent à la faire reconnaître par l'État. Elle paraît également valide en l'absence d'action de l'individu une fois la norme intégrée au sein de son réseau (2) où la norme est considérée comme valide jusqu'à ce qu'un individu tente de la remettre en question.

1. Un semblant de validité grâce à la validation de fond conventionnelle

542. Les normes issues de l'ordre juridique conventionnel, même si elles portent l'habit de l'ordre juridique étatique sous la dénomination « accord collectif », car conclues selon les conditions posées par l'espace normatif étatique, elles ne sont valides pour l'État qu'en apparence. Avant d'être habillées par l'espace normatif étatique, les normes issues de l'espace normatif conventionnel sont préalablement validées au sein de ce dernier.

Les créateurs de la norme conventionnelle exercent, à la différence de l'État, un véritable contrôle de fond de l'accord collectif puisque ce sont eux qui le négocient : ils savent exactement les stipulations intégrées, même en cas de « flou artistique ». Dès lors que les partenaires sociaux signent un accord collectif, cela signifie qu'ils considèrent son contenu et sa forme comme valides à leurs yeux.

Toutefois, cette validation se fait sur la base des conditions existantes au sein de l'espace normatif étatique, et ce, grâce à l'intégration au sein du réseau des individus créateurs de la norme conventionnelle de la procédure de validation des accords collectifs énoncée par l'espace normatif étatique. Néanmoins, même avec des conditions posées, les partenaires sociaux ont la possibilité de signer un accord ne respectant pas les règles de l'espace normatif étatique, quitte à ce que cet accord soit reconnu valide ultérieurement¹²⁰¹. À nouveau, il ne s'agit, à l'égard de l'État, que d'une validité de forme et non de fond ; cette dernière validation s'opère uniquement au sein de l'espace normatif conventionnel grâce à la signature de l'accord : c'est elle qui matérialise la validation de fond.

543. Par conséquent, la relevance de principe de l'accord collectif au sein de l'espace normatif étatique grâce à la procédure administrative de dépôt s'explique par une validité préalable au sein l'espace normatif conventionnel, validité dont la valeur est renforcée par l'intégration des conditions étatiques dans le réseau des créateurs. Cette validité est réelle et sera plus forte à mesure que la proportion de signataires – représentants du personnel ou salariés – se rapprochera de 100 %. Une fois valide tant pour l'espace normatif conventionnel qu'étatique, la norme intègre le réseau de l'Individu, notamment l'Individu salarié.

2. Une validité par l'intégration de la norme au sein du réseau de l'Individu

544. L'accord collectif est un acte normatif ayant la double nature réglementaire et contractuelle. Par ce dernier aspect, dès lors qu'il est signé par les partenaires sociaux signataires, il devient valide à leurs yeux. En revanche, sa nature réglementaire ne se manifesterait qu'après un certain délai, essentiellement lié à la diffusion de la norme.

En effet, tant que l'individu n'aura pas la connaissance de l'acte et de son contenu, il ne pourra l'appliquer ou chercher à le faire appliquer. La nouvelle norme n'intégrera le réseau normatif de l'individu qu'une fois qu'il saura qu'elle existe. En pratique, notamment en entreprise, l'employeur et les représentants du personnel signataires informent par différents moyens de la signature des accords collectifs, notamment l'employeur lorsqu'il procède à l'affichage de l'accord.

¹²⁰¹ V. infra.

Toutefois, pour les salariés non-signataires, la validité de la norme va dépendre de celle accordée par les créateurs de celle-ci : c'est parce que les créateurs de la norme conventionnelle considèrent valide, par leur signature, l'accord collectif qu'ils ont élaboré qu'ils informent ensuite les salariés de la signature de l'acte, que ceux-ci, les destinataires, vont l'estimer valide également. C'est à ce moment que la nouvelle norme intègre le réseau normatif de l'individu.

545. Une fois intégrée, la norme acquiert une certaine autonomie. Les théories pluralistes, en particulier celles de Jacques Vanderlinden sur les réseaux, permettent de représenter cet effet de survivance et d'autonomie. D'un côté l'individu va conserver au sein de son réseau normatif des accords ou certaines stipulations ; d'un autre côté, l'État va légitimer le maintien d'accords mis en cause ou dénoncés par exemple afin de conserver l'aspect réglementaire de la norme et assurer sa continuité au sein de l'espace normatif conventionnel.

Ainsi, l'autonomie se manifeste dans les situations où un accord collectif ou du moins certaines de ses stipulations continuent de s'appliquer même en cas de disparition de l'accord¹²⁰². Elle se présente également sous d'autres formes quand l'individu change d'entreprise, surtout en cas de changement de branche, puisqu'il garde en mémoire au sein de son réseau les normes de l'ancien espace normatif conventionnel auquel il appartenait grâce à la possibilité qu'il a de saisir le juge étatique pour porter devant celui-ci un litige lié à son ancien contrat de travail : l'accord survit au sein de ce réseau aussi longtemps que l'individu peut agir – grâce à la prescription – et aussi longtemps que l'action en justice dure.

546. Normes négociées et élaborées en dehors du champ de vision de l'espace normatif étatique, c'est donc par une validité apparente, essentiellement de forme, que les accords collectifs sont connus de l'État tandis qu'une validité de fond se manifeste dans l'espace normatif conventionnel. Grâce à un habillage plus ou moins contrôlé, ces normes acquièrent une validité et une légitimité aux yeux des individus, intégrant par la même occasion leur réseau normatif.

Par cette validité à deux vitesses entre les deux espaces normatifs que sont l'espace étatique et l'espace conventionnel, les accords collectifs peuvent connaître une insécurité juridique en cas d'écart ou de défaut de validité. Or, la question de la validité réelle, de fond

¹²⁰² V. supra les développements sur la survie de l'accord collectif. Également, v. infra.

comme de forme, de l'accord collectif élaboré au sein de l'espace normatif conventionnel avec les dispositions de l'espace normatif étatique se pose lors de la communication entre ces espaces normatifs, opérée grâce au juge étatique.

SECTION 2 : LA RECONNAISSANCE PAR LE JUGE DES NORMES CONVENTIONNELLES

547. Les normes conventionnelles étant négociées et élaborées en relative autonomie au sein d'espaces normatifs plus ou moins étanches, l'État n'en connaît qu'une partie d'entre elles : tant qu'aucun litige n'apparaît, il reste dans ce flou éthéré.

Le juge est alors l'instigateur de la réelle connaissance par l'espace normatif étatique du contenu d'un accord collectif issu de l'espace normatif conventionnel. C'est lors de son action qu'un contrôle de la conformité des stipulations de l'accord ou de leur compréhension est effectué et que la sécurité juridique de l'acte normatif est mise à l'épreuve ; il fait communiquer les espaces normatifs entre eux grâce à une double action (§2). Or, pour que la double action soit réalisée, il faut que la communication soit initiée (§1).

§1. L'INITIATIVE DE LA COMMUNICATION

548. Le juge fait communiquer les espaces normatifs entre eux. Sans lui, l'espace normatif étatique serait presque entièrement aveugle des normes juridiques élaborées autour de lui, notamment au sein de l'espace normatif conventionnel. Par son action, le juge fait entrer l'accord collectif au sein de l'espace normatif étatique qu'il observe au travers de son prisme. Cette action est initiée par la motivation de l'individu (A), laquelle est particulièrement versatile (B).

A. LA MISE EN ACTION DU JUGE PAR LA MOTIVATION DE L'INDIVIDU

549. Apparaît ainsi la notion d'intérêt à agir en recourant au juge : c'est l'individu qui décide d'agir ou pas pour faire entrer l'acte conventionnel en tant que tel au sein de l'espace normatif étatique. Car avant qu'il soit analysé par le juge étatique, le contenu exact et l'application de l'acte collectif était inconnu de l'espace normatif étatique.

C'est par une motivation propre à l'individu que celui-ci aura un intérêt à mettre le juge en action (1). Dès lors, cette motivation peut apparaître comme elle peut rester à l'état d'hypothèse ; entre alors la notion de divergence (2).

1. L'intérêt d'une mise en action justifié par la motivation de l'individu

550. L'intérêt d'une mise en action du juge revient à s'intéresser à l'intérêt d'un individu à agir. Il s'agit d'une notion très subjective ; tout du moins dans son acception commune : « est-ce que j'ai envie de porter un litige devant le juge ? ». Se pose alors la question de la motivation pour laquelle, dans le cas de l'accord collectif, le principe de faveur est déterminant. Nous avons vu qu'il était un principe général du droit, selon la formulation du Conseil d'État, appartenant au domaine de la loi¹²⁰³. Or, une limite à ce principe de faveur est l'ordre public absolu auquel une norme conventionnelle ne peut déroger, même dans un sens plus favorable aux salariés.

Cependant, nourri des idées pluralistes, le principe de faveur prend une autre force, pouvant dépasser l'ordre public absolu : dans l'hypothèse où un individu est soumis à une règle plus favorable, pourtant illégale dans l'ordre juridique étatique, il choisira probablement l'application de la norme lui étant plus favorable ; ainsi, l'individu ne cherchera pas à remettre en cause¹²⁰⁴ cette norme qui perdurera au sein de l'espace normatif de l'entreprise. Néanmoins, la question de la détermination du caractère plus favorable ou non pour un individu donné reste difficile. Nous avons vu que le principe de faveur s'était construit dans un but de protection des salariés. Or, certains individus pourraient décider de se voir appliquer des normes plus favorables sur certains points et moins favorables sur d'autres en réalisant une balance d'intérêts personnels. Le principe de faveur tel qu'il est conçu dans l'espace normatif étatique est donc altéré par les théories pluralistes, extirpé de cet espace pour non seulement le dépasser, mais également prendre une tout autre nature axée sur les intérêts individuels des salariés, et non plus leur protection. Il demeure toutefois présent quand il est mobilisé lors d'un contrôle du juge lequel aura une vision essentiellement étatique et risquera d'altérer la sécurité juridique de la norme conventionnelle¹²⁰⁵.

¹²⁰³ Cons. const., 12 juillet 1967, Décision n° 67-46 L DC.

¹²⁰⁴ V. infra.

¹²⁰⁵ V. infra.

551. L'évolution des avantages individuels acquis permet de cerner l'une des principales motivations des individus salariés. Ayant presque disparus pour se fondre dans une garantie de rémunération, cette dernière fait apparaître avec une particulière acuité une vision économique prédominante : de tous les avantages que pouvaient avoir auparavant les salariés, c'est, pour le législateur, ceux liés à la rémunération qu'ils souhaitent garder plutôt que des jours de repos par exemple.

Dans le cadre du forfait-jours, cette idée ressort également des dispositions sur le dépassement de forfait où le législateur n'a pas fait le choix d'une transposition des dispositions sur les heures supplémentaires : il n'a pas envisagé, par exemple, une compensation en repos sur la période de référence suivante ; seule la rémunération majorée des jours est prévue. En effet, cette organisation du temps de travail est essentiellement destinée aux postes à responsabilités où la charge de travail est importante ; par conséquent, accorder des jours de repos qui ne seront pas pris – ou en compressant la charge de travail sur moins de jours travaillés – peut ne pas sembler intéressant¹²⁰⁶.

552. La motivation de l'individu salarié semble alors déterminée par une vision essentiellement économique. Toutefois, ce sentiment doit être nuancé car il s'agit de la manifestation d'une subjectivité totale où chaque individu n'aura pas la même volonté, laquelle sera probablement évolutive selon l'âge¹²⁰⁷.

Les individus créateurs de la norme seront également guidés par des motivations qui leur sont propres¹²⁰⁸ : interprétation différente, souhait de modification, etc. Ces motivations sont évolutives ; la question de leur apparition est alors importante.

2. L'apparition de la motivation par la divergence

553. La norme conventionnelle est un objet juridique vivant, élaboré d'une façon bien précise avec un contenu plus ou moins bien défini¹²⁰⁹, conditionnant son application. Quand

¹²⁰⁶ Surtout que les jours de réduction du temps de travail ne sont pas acquis définitivement : s'ils ne sont pas pris dans un délai imparti (généralement au cours de l'année de référence), ils sont perdus. Un des moyens possibles pour contourner cette difficulté serait d'épargner ces jours sur un Compte Épargne Temps, mais toutes les entreprises n'en ont pas.

¹²⁰⁷ Il est fréquent d'observer une recherche d'une qualité de vie et d'un meilleur équilibre entre vie personnelle et vie professionnelle chez les salariés plus près de leur fin de carrière que du début.

¹²⁰⁸ Même s'ils peuvent être communs à un ensemble d'individus, comme dans le cas des organisations patronales pour la branche ou, plus largement, les organisations syndicales.

¹²⁰⁹ Notamment en raison du « flou artistique ». V. supra.

la volonté de l'individu diverge de la finalité de la norme conventionnelle telle qu'elle est appliquée, celui-ci dispose d'une motivation, d'un intérêt à agir.

Avec l'apparition d'une divergence, l'individu pourra tenter d'agir pour essayer de faire correspondre à nouveau sa volonté et la finalité de la norme. Tout dépend de l'étendue de cette divergence, mais surtout de la « résistance » de l'individu. Dans le cadre de l'individu salarié, la résistance sera surtout influencée par sa présence dans l'entreprise, notamment dans le cadre du contentieux autour du forfait-jours par exemple puisque la majorité des actions contentieuses sont initiées par d'anciens salariés qui ne viennent à contester leur convention qu'une fois la relation de travail terminée.

554. Une fois la motivation suffisante, l'individu peut d'abord agir par une action amiable. Autrement dit, l'instabilité potentielle naissante n'apparaît pour le moment que dans l'espace normatif conventionnel. Cela permet alors à l'accord collectif de continuer d'être appliqué, peut-être différemment grâce à sa souplesse.

L'insécurité juridique est en revanche plus prégnante dès lors que l'individu souhaite agir par une action contentieuse, devant le juge étatique. Selon l'action, l'accord peut ainsi se trouver influencé par une interprétation s'imposant à tous¹²¹⁰, ou bien se faire invalider en tout ou partie comme dans le cas du forfait-jours. Or, cette motivation peut être altérée, voire limitée.

B. UNE MOTIVATION VERSATILE

555. Particulièrement subjective, la motivation peut évoluer dans le temps de façon spécifique, propre à chaque individu (1) ; elle peut également être limitée de la même manière, mais également par des normes étatiques (2).

1. Une évolution de la motivation propre à chaque individu

556. La volonté d'agir, la motivation peut tout d'abord évoluer dans le temps. Dans la continuité de la « résistance » de l'individu, celle-ci peut varier. En effet, la divergence entre les attentes des individus et les effets de l'accord collectif peut être plus ou moins importante : à ce titre, la motivation pourra être impactée par les stipulations de l'accord collectif puisque plus elles seront éloignées des souhaits de l'individu et plus celui-ci sera

¹²¹⁰ V. supra les développements sur l'interprétation des accords collectifs.

motivé à agir, aura un intérêt à le faire. Nous l'avons vu, la présence de l'individu salarié dans l'entreprise est un élément central à l'évolution de la motivation, surtout pour le forfait-jours.

La question des chances de succès de l'action du juge est également prégnante. Or, pour connaître les chances d'une action, il est utile de savoir la position de la jurisprudence. C'est la principale cause de l'insécurité juridique du forfait-jours : dès lors que l'arrêt de 2011 a été rendu, le nombre d'actions à l'encontre d'accords collectifs ayant institué le forfait-jours a fortement augmenté, avec en corrélation le nombre d'arrêt de la Cour de cassation invalidant des accords collectifs. L'accès à l'information juridique et à la jurisprudence, pourtant facteur de sécurité juridique, devient alors une cause d'insécurité juridique pour la norme conventionnelle.

557. La question de la légitimité des partenaires sociaux est également fondamentale dans la motivation de l'individu puisque la représentativité peut évoluer au fil des cycles électoraux. Tout dépend des élections professionnelles après lesquelles un changement de majorité peut défaire ce qui a été fait précédemment.

Il s'agit d'une conséquence de la qualité fréquemment associée à l'accord collectif : grâce à sa souplesse et son adaptabilité, il permet de mieux correspondre aux souhaits de la majorité des salariés, électeurs. Ici, la volonté de l'individu représentant du personnel – signataire ou pas de l'accord – peut changer du tout au tout, comme celle de l'individu salarié selon le crédit qu'il accordera à l'accord signé au regard de sa situation personnelle : l'individu représentant du personnel l'est dans les faits – il porte les intérêts collectifs et individuels des salariés – mais il ne s'agit pas d'une représentation juridique où le représentant devrait respecter un mandat donné par les salariés. Cette différence de conception est importante car elle peut créer des conflits entre les réseaux de l'individu représentant et ceux des individus salariés, sources d'insécurité juridique : l'individu destinataire de la norme pourra refuser de voir la norme négociée « pour » lui entrer dans son réseau.

558. Il est également possible d'identifier une variation liée à l'évolution globale des mentalités. En effet, aurait-il été possible d'envisager un accord tel que l'accord de performance collective, avec de tels effets sur le contrat de travail, sans une évolution des mentalités, en particulier des salariés et donc des organisations syndicales ? C'est la transformation initiée par les lois Auroux qui a progressivement inversé le mouvement de

renforcement des avantages pour les salariés pour arriver à l'acceptation de l'idée d'accords « donnant-donnant » : l'accord collectif n'est plus vu depuis quelques années comme devant être exclusivement mélioratif. Pourtant, des freins existent à la motivation et l'intérêt d'agir devant le juge étatique.

2. Des limites aux motivations individuelles et générales

559. En ce qui concerne l'individu salarié, la première limite à la motivation est, on l'a vu, l'existence d'un contrat de travail en cours entre l'individu et l'entreprise. Bien qu'aucun texte ne limite en théorie l'action, dans les faits, les salariés ne saisissent généralement le juge qu'une fois leur contrat de travail terminé. La capacité de résistance du salarié influe sur cette limite.

560. Plus généralement, et spécifiquement pour l'individu représentant du personnel, la principale limite va résider dans les délais de l'action en nullité de l'actuel article L. 2262-14 du Code du travail qui ont été drastiquement réduits¹²¹¹. Cette action est celle qui a le plus d'impact sur la pérennité de la norme conventionnelle car, contrairement à l'action « visant à obtenir l'exécution des engagements contractés »¹²¹² qui est destinée au respect des stipulations conventionnelles, celle-ci a pour objectif unique de faire disparaître tant pour le passé que l'avenir, tout ou partie de l'accord collectif.

Or, limiter cette action à un délai de deux mois revient à bloquer la motivation de l'individu. L'État maintient lui-même sa cécité au nom de la stabilité des accords collectifs et donc leur sécurité juridique¹²¹³. Il en découle que, potentiellement, des accords collectifs incompatibles avec l'espace normatif conventionnel pouvaient continuer de s'appliquer. L'exception d'illégalité, création prétorienne, perpétuelle, prend alors tout son sens car le juge intervient à la demande d'un individu et déforme l'espace normatif étatique ou prive

¹²¹¹ « Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois (...) ». V. supra.

¹²¹² Art. L. 2262-11 C. trav. Sur l'action en exécution d'un accord collectif, v. A. Martinon, « Les actions en exécution de l'accord collectif de travail », *Dr. soc.* 2023, p. 234. V. égal. G. François, « L'action syndicale demeure recevable nonobstant le nombre réduit de salariés concernés par l'inexécution de l'accord collectif », *BJT* 2023, n° 04, p. 18 (note sous Cass. soc., 15 février 2023, n° 21-22.030).

¹²¹³ Encore récemment, ce principe de sécurité juridique par la réduction du délai d'action a été rappelé par Cass. soc., 20 avril 2022, n° 19-17.614 : « Le délai de prescription applicable à toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail ne méconnaît pas les exigences de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que le délai biennal a pour finalité de garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions du salarié dûment informé des voies et délais de recours qui lui sont ouverts devant la juridiction prud'homale ».

l'accord collectif d'existence juridique au sein de cet espace alors que l'espace normatif étatique l'avait sécurisé juridiquement ; mais surtout, le juge force le législateur à voir ce qu'il s'est lui-même dissimulé.

561. La limite de l'accès au juge est la limite la plus significative pour assurer une sécurité juridique de l'accord collectif. Mais au-delà de l'accès en lui-même, l'étendue du contrôle accordé au juge exerce également une influence sur la motivation de l'individu. En effet, paradoxalement, le type d'accord collectif ayant le plus de sécurité juridique est celui ayant le plus d'impact, celui qui est le plus clivant : l'APC¹²¹⁴. Cette sécurité juridique s'explique principalement en raison d'un accès au juge restreint et d'un pouvoir limité de ce dernier : l'État bloque alors lui-même la communication entre les espaces normatifs.

562. Par cette approche de la motivation et de l'intérêt à agir, l'Individu devient l'acteur de l'existence réelle de l'acte juridique par sa mise en action du juge étatique : dans le cas du forfait-jours, même si juridiquement l'accord collectif a déjà été invalidé, la convention individuelle continue d'exister et de produire ses effets tant que les deux parties ne la remettent pas en cause, soit par la signature d'un avenant pour une mise en conformité, soit par l'action judiciaire – généralement par la partie lésée : l'accord collectif continue ainsi de vivre et produire ses effets dans l'espace normatif de l'entreprise et les réseaux des individus.

Ce point ressort avec une particulière acuité dans l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 décembre 2021¹²¹⁵ où un syndicat avait intenté une action – au titre du deuxième alinéa de l'article L. 2132-3 du Code du travail¹²¹⁶ – pour obtenir la nullité d'un accord collectif mettant en place le forfait-jours ainsi que, en même temps, la nullité des conventions individuelles. La Cour de cassation a rappelé explicitement que « si un syndicat peut agir en justice pour contraindre un employeur à mettre fin à un dispositif irrégulier de recours au forfait en jours, sous réserve de l'exercice éventuel par les salariés concernés des droits qu'ils tiennent de la relation contractuelle, (...) ses demandes tendant à obtenir (...) la nullité ou l'inopposabilité des conventions individuelles de forfait en jours des salariés concernés (...) ne sont pas recevables ».

¹²¹⁴ V. supra.

¹²¹⁵ Cass. soc., 15 décembre 2021, n° 19-18.226, publié au bulletin.

¹²¹⁶ Selon cet alinéa, les syndicats professionnels « peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Or, pour que les salariés exercent leurs droits, encore faut-il qu'ils aient connaissance de l'invalidation¹²¹⁷. C'est pourquoi cette vision de l'insécurité juridique modelée par l'individu est combattue, dans le cadre du forfait-jours, par le CEDS qui le rappelle en substance dans sa récente décision de 2021 quand il affirme qu'« un contrôle a posteriori par un juge d'une convention de forfait en jours n'est pas suffisant pour garantir une durée raisonnable de travail »¹²¹⁸ : non seulement l'intervention ne se fait qu'après le non-respect de la garantie, mais aussi, uniquement pour un salarié qui aura cherché à faire reconnaître ce non-respect.

Le développement du forfait-jours a conduit à ce que davantage de personnes soient soumises à cette organisation générant plus de risque d'une mise en action. Finalement, le forfait-jours en lui-même connaît beaucoup d'insécurité, mais pas forcément l'ensemble des accords collectifs le mettant en place car tout dépend de la motivation des individus, laquelle peut évoluer. Les premiers arrêts montrent que les salariés orientaient leur action généralement contre la convention individuelle, laquelle symbolisait, on l'a vu, l'entrée effective du salarié dans le dispositif. Dans le cas des accords collectifs relatifs au forfait-jours, la Cour de cassation a créé une nouvelle motivation avec l'arrêt fondateur de 2011¹²¹⁹ car l'action de l'individu a plus de chance d'aboutir à une sortie du réseau en se concentrant sur l'accord collectif que l'action à l'égard de la convention individuelle. Au-delà de la motivation de l'individu, c'est donc l'action, double, du juge qui module la sécurité juridique de l'accord collectif.

§2. LA DOUBLE ACTION DU JUGE

563. Une fois saisi, le juge va se mettre en action. Tel Janus, il voit de deux côtés et peut simultanément faire communiquer espace conventionnel, étatique, mais aussi européen et international (A). C'est par cette communication que le forfait-jours a connu l'insécurité

¹²¹⁷ Cette question ressort avec une particulière acuité à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 27 avril 2022 (CE, 27 avril 2022, n° 440521) où l'exception d'illégalité peut être soulevée à l'encontre des accords de branche supprimant de façon générale le délai de carence entre deux CDD tel que prévu à l'article L. 1244-4 du Code du travail : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1244-3 n'est pas applicable ». Cependant, là encore, comme dans l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2021, l'accord collectif continue d'exister dans les réseaux des individus tant que ceux-ci n'ont pas fait valoir l'exception d'illégalité pour obtenir la requalification de leur CDD en CDI.

¹²¹⁸ CEDS, 19 mai 2021, *Confédération générale du Travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. France*, récl. n° 149/2017, §143.

¹²¹⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *op. cit.*

juridique qui lui est attribuée depuis 2011. Nonobstant, le juge va parfois au-delà de la simple communication puisqu'il va jusqu'à déformer, voire figer au sein de l'espace normatif étatique les normes issues des autres espaces normatifs grâce à l'interprétation **(B)**.

A. L'ACTION COMMUNICATIVE

564. La première face de l'action du juge est ainsi l'action de communication entre les différents espaces normatifs. Il les connecte entre eux au niveau de l'espace normatif étatique dont il devient pour l'occasion les yeux de celui-ci **(1)**, mettant partiellement fin à la cécité de l'État sur certaines normes. Réunies au sein de l'espace normatif étatique, les différentes normes franchissent en quelque sorte des passerelles tendues par le juge lors de son action **(2)**.

1. La vision de l'espace normatif étatique

565. Une fois le juge étatique saisi d'un litige né de la signature ou de l'application d'un accord collectif, il fait entrer l'accord collectif issu de l'espace normatif conventionnel au sein de son propre espace normatif. Il devient alors les yeux de ce dernier, corrigeant la cécité initiale.

Cette cécité n'est que partiellement corrigée. Ou du moins est-elle différente de celle qu'aurait eu l'État s'il avait observé directement la norme. Dans ce cas, toute norme ne correspondant pas à celles que reconnaît l'État avec le contenu qu'il reconnaît entraînerait un rejet. L'espace normatif étatique ne chercherait pas à s'adapter dès l'observation d'une norme qui ne lui correspondrait pas¹²²⁰. C'est bien la vision du juge qui va s'imposer.

566. En faisant entrer l'accord collectif au sein de l'espace normatif conventionnel, le juge l'observe au travers de son prisme. Il va alors réaliser un véritable travail d'analyse de la norme qu'il a devant lui afin de la qualifier, elle et ses stipulations, pour parvenir à l'identifier et la faire correspondre aux critères de l'espace normatif étatique. En effectuant ce travail, il fait communiquer les espaces normatifs entre eux, à la fois les espaces normatifs extra-étatiques, ceux infra-étatiques et bien sûr l'espace étatique, formant de véritables passerelles entre les espaces normatifs.

¹²²⁰ V. infra.

2. L'intégration de normes issues d'espaces normatifs différents

567. Le juge, notamment lorsqu'il est saisi d'un contentieux lié à l'accord collectif de travail, se retrouve donc confronté à une norme issue d'un espace normatif différent du sien, conventionnel interprofessionnel, de branche ou d'entreprise. C'est grâce à sa saisine qu'une norme issue de ces niveaux, traditionnellement considérés comme infra-étatiques¹²²¹, peut entrer au sein de l'espace normatif étatique.

Par conséquent, dès lors qu'un individu soumet au juge un accord collectif issu de ces espaces normatifs, l'acte se déplace d'un espace normatif à un autre : le juge lui sert d'intermédiaire.

568. Pour observer ces normes issues de l'espace normatif conventionnel, le juge va mobiliser les normes de son espace normatif, l'espace étatique, comme les lois, la Constitution, etc. Or, certaines d'entre-elles sont reconnues par celui-ci, mais n'ont pas été produites par lui : elles viennent d'autres espaces normatifs, cette fois extra-étatiques. Tel est le cas des normes internationales et européennes.

Cette mobilisation a été particulièrement prégnante dans la jurisprudence entourant le forfait-jours, en particulier dans le visa adopté en 2011¹²²² et repris jusqu'à aujourd'hui à quelques subtilités près dès lors qu'un accord collectif est invalidé ou mal appliqué par l'employeur ; dans cet énoncé se mélangent traités, chartes, constitutions, lois et accords collectifs. Mais surtout, des normes sont mobilisées pour en interpréter d'autres à leur lumière, tel un prisme. Prisme que le juge va utiliser dans son rôle d'intermédiaire : les normes extra-étatiques sont directement mobilisées, en tant que telles ou à leur lumière, pour les confronter aux normes infra-étatiques.

569. Finalement, on se rend compte que les passerelles sont construites par le juge entre l'espace normatif étatique et les autres : l'espace normatif étatique est une sorte de zone

¹²²¹ Cette vision peut parfois interroger, comme dans le cas des entreprises multinationales.

¹²²² Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ».

tampon où les espaces normatifs extra et infra se retrouvent, bien que les premiers puissent pénétrer les seconds grâce aux individus.

Grâce au juge, les espaces normatifs communiquent. Or, c'est au cours de cette action de communication que l'insécurité juridique peut apparaître selon la vision que veut apporter le juge : si une norme conventionnelle n'est pas compatible avec les dispositions de l'espace normatif étatique – ou extra-étatique – il peut l'écarter. C'est ainsi que les accords instituant le forfait-jours ont pu être invalidés. Toutefois, le juge peut assouplir sa position et, dans son action de communication, déformer l'espace normatif étatique pour permettre une uniformisation des espaces normatifs.

B. L'ACTION DEFORMATIVE

570. La seconde face de l'action du juge est davantage une conséquence de la première. Bien qu'il soit les yeux de l'espace normatif étatique, qu'il soit normalement à son service, il se permet parfois de le déformer légèrement pour faire entrer une nouveauté issue d'un autre espace normatif. Le juge serait alors au service d'un tout pour permettre une homogénéité minimale sans conduire à une exclusivité totale grâce à une action de déformation, soit par l'interprétation (1), soit par l'adaptation (2).

1. La déformation interprétative

571. L'interprétation d'un accord collectif permet de déterminer les effets exacts de ses stipulations quand ces dernières ne sont pas suffisamment claires. Or, nous avons vu que la méthode d'interprétation adoptée par la Cour de cassation¹²²³ revenait à porter atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux, notamment quant à la nature contractuelle de l'accord collectif, mais aussi à reconnaître la théorie réaliste de l'interprétation.

572. Par son action, le juge ne déforme pas la lettre du texte : celle-ci reste intacte, même si elle est source d'ambiguïté. En revanche, il va déformer la portée reconnue à ce texte par l'espace normatif étatique. Son rôle d'intermédiaire ne peut impacter le texte de l'accord collectif.

Dès lors, ce n'est pas l'autonomie des partenaires sociaux au sens strict qui serait atteinte par le travail d'interprétation du juge ; ceux-ci peuvent toujours négocier et signer

¹²²³ Ass. plén. 23 octobre 2015, n° 13-25.279. V. supra.

les accords collectifs en pleine autonomie au sein du cadre accordé par le législateur. Il s'agirait plutôt d'une modulation des effets de l'accord qui échapperaient ainsi aux créateurs de la norme. Par cette action, la distinction entre le texte d'un acte – ici conventionnel – et ses effets ressort avec une acuité significative puisqu'un même texte pourra avoir plusieurs interprétations et donc plusieurs effets différents. Si l'on se reporte aux idées pluralistes, notamment celles sur les réseaux, l'on voit qu'une fois l'accord collectif créé, il sort de la sphère de contrôle des signataires pour rayonner sur l'ensemble de ses destinataires – en particulier l'individu salarié – qui deviennent, nous venons de le voir, les éléments déterminants de la fluctuation de la sécurité juridique de l'accord. La sécurité juridique de la norme conventionnelle est alors fondamentalement liée à la portée de l'acte juridique plus qu'à la lettre de son texte, même si l'une conditionne un minimum l'autre, le texte aiguillant l'interprétation pouvant être donnée.

573. Qu'importe la méthode adoptée pour interpréter un texte, le juge a pour rôle de tenter d'identifier la volonté réelle des créateurs de la norme afin de la faire rayonner et permettre la pleine application de ses effets, le tout en conformité avec les exigences de l'espace normatif étatique ; quitte à la modifier en lui faisant produire des effets qui n'étaient initialement pas recherchés. Par son action, initiée par l'individu, le juge substitue finalement sa vision à celle des signataires. La sécurité juridique de l'acte est alors fragilisée. Toutefois, son action de déformation n'est pas toujours négative : elle peut être adaptative, sécurisant la norme conventionnelle.

2. La déformation adaptative

574. Le juge peut également sécuriser par son action de déformation. L'hypothèse que nous touchons du doigt est autrement plus importante par ses effets et ses mécanismes. Pour mieux se la représenter, il est pertinent de revenir sur la reconnaissance par le législateur de l'accord de groupe. « Témoignage des capacités créatrices de la pratique conventionnelle »¹²²⁴, l'accord de groupe est l'exemple le plus marquant de sécurisation juridique d'un accord collectif puisqu'il s'agit d'une sécurisation de tout un type d'accord jusqu'alors non reconnu par l'espace normatif étatique.

¹²²⁴ Après tout, le groupe n'est finalement qu'un agglomérat d'entreprises sous le pilotage d'une seule, l'entreprise dominante. (M.-A. Rotschild-Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491).

575. Connue sans être légalement reconnue, l'existence d'un niveau de négociation situé entre la branche et l'entreprise est relativement ancienne¹²²⁵. Il s'agit d'un type d'accord conclu au niveau de plusieurs entreprises, comme la branche, à la différence qu'au lieu d'être des entités hermétiquement différentes, souvent en concurrence, l'une d'entre-elles domine les autres et toutes possèdent des sujets d'intérêt commun à leurs personnels. Il est alors presque naturel que les partenaires sociaux d'un groupe cherchent à définir des règles communes aux différentes entreprises grâce à l'accord collectif.

Il faudra cependant attendre 2003 pour voir ce type d'accord reconnu et validé, d'abord par le juge, puis par le législateur en 2004¹²²⁶. Dans l'arrêt *Axa*¹²²⁷, un syndicat reprochait à un accord conclu au niveau du groupe Axa d'avoir déterminé des conditions de représentativité syndicale permettant la négociation d'accords sur des thèmes communs aux différentes entreprises. Ayant refusé de signer cet accord, le syndicat était écarté de la « vie conventionnelle » au niveau du groupe. Bien que l'espace normatif étatique ne reconnaisse pas explicitement la validité d'un tel accord, la Cour de cassation va lui donner une consistance réelle en l'approuvant. Pour ce faire, tout comme les partenaires sociaux des espaces normatifs conventionnels jusqu'alors, elle étend la liberté contractuelle accordée en particulier à l'accord d'entreprise pour autoriser l'institution « par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, [d']une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies ». Elle se sert de cette extension de la liberté contractuelle pour « ouvrir la voie au législateur »¹²²⁸, le forcer en quelque sorte à ouvrir les yeux et corriger sa cécité sur ce type d'accords, et ainsi répondre à un réel besoin de la pratique.

576. Ici, le juge n'agit pas sur l'accord collectif, mais directement sur l'espace normatif étatique. C'est en cela que cette action est singulièrement plus marquante que la précédente : il ne déforme ni la norme, ni la portée de celle-ci, mais son propre environnement normatif pour assurer une meilleure communication entre les espaces normatifs et les normes

¹²²⁵ Certains auteurs rappellent des accords de groupe signés dans les années 1970. V. M.-A. Rotschild-Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491, note n° 2.

¹²²⁶ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹²²⁷ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 01-10.027 : *D.* 2003, p. 1336 ; *Dr. soc.* 2003, p. 732.

¹²²⁸ P.-H. Antonmattei, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601.

produites en leur sein. Le juge déforme les espaces normatifs afin de les aider à communiquer en faisant entrer une norme de l'espace conventionnel au sein de l'espace étatique en la raccrochant à ce que l'espace étatique connaît déjà.

577. La déformation peut également fragiliser la sécurité juridique des accords collectifs. La création d'une exception d'illégalité pour le contentieux des accords collectifs entre dans cette déformation. En effet, la Cour de cassation va s'inspirer de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018¹²²⁹ pour non seulement admettre le recours à l'exception d'illégalité pour la norme conventionnelle, mais surtout pour l'étendre au CSE¹²³⁰ ainsi qu'aux organisations syndicales non-signataires¹²³¹. Dans ce cadre, la Cour de cassation – donc le juge – déforme et façonne l'espace normatif étatique en allant à l'encontre de ce que le législateur souhaitait¹²³², fragilisant la sécurité juridique des accords collectifs au titre du droit à un recours juridictionnel effectif qu'elle rattache au droit national et européen¹²³³. Par cette action, le juge force les espaces normatifs à communiquer.

578. Dans le cas du forfait-jours, le juge va également adapter la portée des dispositions issues de l'espace normatif européen et de l'espace normatif étatique pour leur donner un sens nouveau afin de, certes, causer une importante insécurité juridique pour les partenaires

¹²²⁹ Cons. const., 21 mars 2018, Décision n° 2018-761 DC. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a notamment reconnu la validité de l'article L. 2262-14 du Code du travail en ce qu'il ne privait « pas les salariés de contester sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre » (cons. n° 36).

¹²³⁰ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, publié au bulletin.

¹²³¹ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, publié au bulletin. Si l'on se réfère à la note accompagnant cet arrêt, la Cour de cassation a étendu l'exception d'illégalité aux syndicats non-signataires car cela « aurait conduit à une situation étrange ».

¹²³² En se basant sur des sources constitutionnelles et européennes, le juge étatique use de son pouvoir créatif pour tordre l'action du législateur : « l'étranglement de l'action en nullité se révèle, in fine, contreproductif puisque sa rigueur est contournée par l'élargissement des cas d'exception d'illégalité » (A. Bugada, « L'exception d'illégalité dans le contentieux des conventions et accords collectifs de travail », *Procédures*, n° 4, avril 2022, comm. 99).

¹²³³ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, §8 : « Eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable en l'espèce du fait de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un comité social et économique est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif aux motifs que cette clause viole ses droits propres résultant des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi ». V. not. G. Auzero, L. Bento de Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », *Dr. soc.* 2022, p. 531.

sociaux négociant des accords collectifs permettant la mise en place du forfait-jours¹²³⁴, mais surtout sécuriser le dispositif tout entier du forfait-jours et éviter une potentielle suppression qui impacterait de facto l'ensemble des accords collectifs sur le sujet.

579. Conclusion de chapitre. La cécité normative de l'espace normatif étatique, causée par l'autonomie accordée aux partenaires sociaux, est ainsi corrigible au dépend de la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Les idées pluralistes nous ont permis d'identifier l'individu qui est au centre d'un réseau d'espaces normatifs lesquels produisent des règles qu'il décidera de suivre ou non selon sa volonté ; une volonté variable, évoluant selon plusieurs facteurs. Dans le cadre de l'accord collectif, ce n'est qu'une fois qu'il décide de rejeter l'application de cette norme, jusqu'alors sécurisée juridiquement, qu'il la fait entrer au sein de l'espace normatif étatique. Apparaît donc une sécurité juridique de l'accord collectif relative où l'accord est valide tant qu'il n'est pas analysé au travers d'un prisme : celui du juge. Par l'analyse qu'il effectue, l'accord peut se retrouver pleinement validé, plus ou moins modifié par une interprétation, ou pleinement invalidé. Le pouvoir du juge influe alors sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle par une influence sur la norme elle-même, mais aussi par une influence sur les réseaux des individus : c'est le juge qui décide de soustraire ou non la norme aux réseaux de l'individu ; ce dernier, en cas de refus du juge – donc de validation de la norme – se voit alors imposer la norme au sein de ses réseaux.

L'accord collectif, habillé selon les critères étatiques est en effet passé au crible par le juge ; celui-ci est mis en action par l'individu motivé par un intérêt propre et évolutif. La sécurité juridique de l'accord collectif n'est donc pas seulement relative, elle est également individuelle. Poussé à l'extrême, ce raisonnement induit des normes pouvant être pleinement appliquées, considérées comme valides au sein de l'espace normatif conventionnel, en particulier celui de l'entreprise, et pourtant illégales au sein de l'espace normatif étatique : tant que la norme ne franchit pas une passerelle bâtie par un juge mis en action par un individu, elle demeure valide.

580. Conclusion de titre. Grâce aux idées pluralistes, les relations entre la norme conventionnelle et l'espace normatif étatique donnent à voir une nouvelle approche de

¹²³⁴ Avec son arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation a ouvert la voie à un important contentieux fragilisant la sécurité juridique attendue par les partenaires sociaux – notamment les employeurs. V. supra.

l'insécurité juridique de cette norme. Le pluralisme permet de concevoir des espaces juridiques distincts où, bien que l'État régule la négociation collective, celle-ci demeure au-delà de son champ de vision ; les normes créées au sein des espaces normatifs conventionnels lui sont inconnues : il est aveugle. Cette cécité est accentuée par la décentralisation normative qui crée un cloisonnement des espaces normatifs avec plus ou moins de porosité. C'est pourtant par la recherche de la proximité de la norme au nom d'une meilleure pertinence de celle-ci que l'État a accentué volontairement sa cécité. Les réflexions pluralistes individuelles éclairent ce mouvement : l'individu étant plus proche de la production de la norme, il la comprend mieux et l'intègre alors mieux à son réseau. Ainsi, les normes produites au sein de l'espace normatif conventionnel n'étant pas connues en profondeur par l'espace normatif étatique, elles ne sont valides qu'a priori parce qu'elles portent, tel un habit, le nom d'accord collectif ou de convention collective. Elles sont habillées grâce à des procédures administratives faisant apparaître une relevance de principe. Cette validité apparente repose sur une validation de fond par les créateurs de la norme conventionnelle – matérialisée par sa signature – et se maintient au sein du réseau de l'individu en acquérant une sorte d'autonomie nouvelle.

C'est grâce au juge que le législateur connaît le contenu de la norme conventionnelle. Pour l'espace normatif étatique, il devient ses yeux, réduisant la cécité originelle et imposant sa propre vision. Par ce travail, il construit des passerelles entre les différents espaces normatifs, comme dans le cas du forfait-jours où il va relier l'espace normatif européen, étatique et conventionnel pour valider ou invalider les dispositions d'un accord collectif ; c'est avec une mobilisation importante de normes européennes, en appui sur des fondements n'ayant pas pu traverser les frontières de l'espace normatif européen¹²³⁵, que l'insécurité juridique est apparue. Le juge fait communiquer, mais déforme également les espaces normatifs et les normes, modulant la sécurité juridique de ces dernières¹²³⁶.

¹²³⁵ L'article 2 de la Charte sociale européenne n'ayant pas d'effet direct reconnu. Mais le juge peut décider de reconnaître une application directe d'une norme issue d'un autre espace normatif. Tel pourrait être le cas, par exemple, du Socle européen des droits sociaux (v. U. Becker, « Le socle européen des droits sociaux... Analyse d'un outil original », *Dr. soc.* 2023, p. 20).

¹²³⁶ V. encore récemment Cass. soc., 1^{er} février 2023, n° 21-15.371, publié au bulletin (*JSL* 2023, n° 559-3 ; *RDT* 2023, p. 130, obs. C. Wolmark ; *BJT* 2023, n° 03, p. 23, obs. G. Auzero), où le juge mobilise le Code du travail, une directive européenne et la Constitution pour limiter la liberté des partenaires sociaux quant aux stipulations d'un protocole d'accord préélectoral au nom de la bonne représentation des salariés. Le juge limite ici la liberté des partenaires sociaux. Il peut également prendre en compte des normes qui ne disposent pas d'une juridicité aussi nette et reconnue que la loi ou l'accord collectif par exemple, ce que la doctrine appelle la « soft law » ou encore le droit souple. Pour une étude récente, v. A. Lyon-Caen, « Le contentieux du droit souple en droit du travail », *RDT* 2022, p. 691.

581. Conclusion de partie. Aux côtés du législateur, le juge apparaît comme un modulateur de l'insécurité juridique de la norme conventionnelle ; il en est même le modulateur principal. C'est lui qui révèle l'insécurité juridique par le contrôle qu'il réalise sur les accords collectifs en faisant communiquer les espaces normatifs entre eux.

Grâce aux théories sur le pluralisme juridique, l'insécurité juridique de la norme conventionnelle, notamment celle développée dans le cadre du sauvetage du forfait-jours, apparaît différente. Ce n'est plus simplement une validation ou invalidation des stipulations d'un accord collectif ou sa disparition, mais plutôt une confrontation de la norme issue de l'espace normatif conventionnel aux normes issues d'autres espaces normatifs que le juge choisit ou décide d'écarter.

Plus encore, les théories pluralistes ont permis de reconnaître à l'individu, producteur ou destinataire de la norme, un rôle central dans la sécurité juridique des accords collectifs car c'est lui qui met en action le juge. Sans une volonté de l'individu de faire sortir la norme de son réseau, le juge ne peut contrôler et apporter sa vision pour réduire la cécité étatique qui permet à l'accord collectif de produire les effets qui lui sont accordés. Dans un sens, c'est également par rapport à lui que l'État module la sécurité juridique de la norme conventionnelle, encadrant ses possibilités d'action.

CONCLUSION GENERALE

582. Envisagée initialement comme étant un mal à éviter, l'insécurité juridique ne serait-elle finalement pas un mal nécessaire ? Le droit évolue car la société évolue. À l'heure de ce que d'aucuns appellent *l'ubérisation* du travail, la question de la place ainsi que la fonction du droit du travail et de sa capacité à sécuriser les relations de travail ressort avec une particulière acuité¹²³⁷.

583. Les réformes en droit du travail tendent essentiellement à encadrer la norme conventionnelle tout en lui donnant plus de pouvoir grâce à une délégation de la loi. L'histoire de la jurisprudence autour du forfait-jours a permis de nous donner un point d'entrée sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle grâce à sa construction et sa portée. Y aurait-il eu toute la série jurisprudentielle sur le forfait-jours que nous connaissons si le législateur n'avait pas étendu et assoupli au fil des réformes le dispositif ? Probablement pas ou peut-être dans une moindre mesure.

Avec la diminution des accords apportant exclusivement des avantages pour les salariés, corrélée à la progression des accords dits « donnants-donnants », la sécurité juridique de la norme conventionnelle paraît être surtout recherchée par et pour l'employeur¹²³⁸. Pourtant, il apparaît que la majorité des actions et évolutions sur la sécurité juridique de la norme conventionnelle tendent vers l'objectif commun de prévisibilité et d'application d'un accord collectif à une communauté de travail, indifféremment de la partie favorisée par les stipulations de l'accord : tout le monde gagne à voir les relations de travail régies par des normes adaptées, stables et prévisibles.

¹²³⁷ Les transformations induites par *l'ubérisation* du travail font apparaître les carences de l'État pour contenir le phénomène. Les premiers outils pour combler le vide juridique sont le dialogue social et la constitution de syndicats plutôt qu'une intervention législative. Sur les développements des droits des travailleurs de plateformes et de la construction d'une représentation grâce à la détermination de partenaires sociaux, v. le dossier dans la revue Droit social « Quel avenir pour les plateformes après le rapport Frouin ? », not. J.-Y. Frouin, « Réguler les plateformes numériques de travail », *Dr. soc.* 2021, p. 201. Sur la qualification du contrat de travail et les hypothèses de « forçage légal », v. B. Géniaut, « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », *Sem. soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1494, p. 34.

¹²³⁸ Monsieur le Professeur Bernard Teyslié a pu exprimer en filigrane cette idée de préservation de l'entreprise – au profit des salariés – rendue possible par un droit du travail modelé pour l'entreprise : B. Teyslié, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Dr. soc.* 2005, p. 127.

584. Ainsi, malgré l'interférence du législateur dans la mission du juge et celle du juge dans les carences de la loi, on s'aperçoit que l'État va avoir tendance à chercher la sécurité juridique de la norme conventionnelle avec plus ou moins de succès. C'est finalement le juge qui met en lumière une insécurité juridique qui souvent existait déjà, mais demeurait invisible ; la jurisprudence sur le forfait-jours l'a parfaitement montré. Par son rôle d'intermédiaire entre les espaces normatifs, le juge crée un paradoxe : en voulant ramener le « bon ordre », il crée parfois le désordre alors créateur d'insécurité juridique au sein des différents espaces normatifs, notamment étatique et conventionnel dans le cas du forfait-jours.

585. Or, en réalité, le juge ne se mettant pas en action seul, c'est l'Individu compris dans son sens large qui initie cette action. Nourris des réflexions pluralistes, nous avons vu que l'Individu, avec un grand I, était au cœur de la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Mais cette réflexion n'est pas propre aux accords collectifs : elle est propre au droit qui est une création humaine. Construit, déconstruit, reconstruit, le droit évolue par, grâce et avec les individus.

La particularité de la norme conventionnelle tient à sa singulière dichotomie entre son processus de création, emprunté partiellement au contrat, et la portée de ses effets, empruntée à la loi. C'est d'ailleurs cette singularité qui fait à la fois sa force – par son adaptabilité, sa pertinence dans la régulation des relations de travail – mais aussi sa faiblesse – en raison de la pluralité d'événements et d'individus pouvant agir sur elle.

586. Par conséquent, afin de sécuriser juridiquement cette norme, une vision simple serait de dire qu'il suffit juste de l'élaborer en fonction des attentes de ses destinataires et de l'adapter en fonction des évolutions. Mais une telle réalisation serait trop réductrice. Cette vision – qui doit être recherchée – doit cependant être intégrée au sein de nombreux autres facteurs qui entrent également en jeu. Les réflexions menées permettent de comprendre la relation entre espaces normatifs, normes et individus, et peuvent éclairer les créateurs et régulateurs de la norme conventionnelle dans le renforcement de sa sécurité juridique ; ils doivent ainsi accepter l'insécurité juridique de la norme conventionnelle comme étant un mal nécessaire d'une norme victime de sa principale qualité : sa proximité.

BIBLIOGRAPHIE

Traité et ouvrages généraux

P.-H. Antonmattei, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2022.

A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993.

J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18^{ème} édition, Sirey, 2020.

G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2022.

J. Carbonnier, *Introduction*, 27^{ème} édition, PUF, 2002.

J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 3^{ème} édition, Quadrige, PUF, 2017.

J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015.

J.-D. Combrexelle, *Rapport sur la réforme de la représentativité patronale*, Rapport au Ministre du travail, 2013.

G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^{ème} édition, Montchrestien, 2005.

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, 2011.

P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso, 6^{ème} édition, 2021.

L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome I, Paris, 1927.

J. Ghestin, G. Goubeaux M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1994.

F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, G. Duchange, *Droit du travail*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2022.

C. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 2004.

J. Le Goff, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, PUR, 2019.

P. Morvan, *Restructurations en droit social*, 5^{ème} édition, LexisNexis, 2020.

N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011.

J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, 28^{ème} édition, Wolters Kluwer, 2020.

E. Serverin, *Sociologie du droit*, La Découverte, 2000.

F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2009.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, rapports

N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980.

D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003.

D. Andolfatto (dir.), *Chemins de Fer et cheminots en tension*, EUD, 2018.

R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.

J. Barthélemy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 2010.

J. Barthélemy et G. Cette, *Réformer le droit du travail*, Terra nova, Odile Jacob, 2015.

N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, coll. « La pensée juridique », LGDJ, Paris, 1998.

J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969.

R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, 1920, réédition 1962.

J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, Rapport sur la dynamisation de la négociation collective, 2016.

C. Chaussard, C. Fortier, D. Jacotot (dir.), *Le sport au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Gérald Simon*, LexisNexis, 2021.

F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

J. Chorin, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994.

J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris, 1908.

M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La Documentation Française, 2004.

R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911.

- P. Deumier**, *Le droit spontané*, thèse, Economica, 2002.
- J. Dirringer**, *Les sources de la représentation collective des salariés*, thèse, LGDJ, 2015.
- P. Durand**, *Le Dualisme de la convention collective de travail*, thèse, Sirey, 1939.
- F. Favennec-Héry**, *La sécurité juridique en droit du travail*, Lexis Nexis, 2014.
- Y. Ferkané**, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, thèse Nanterre, 2015.
- E. Filipetto**, *Le juge et l'accord collectif de travail*, thèse, LGDJ, 2022.
- C. Fourcade**, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, thèse, LGDJ, 2006.
- S. Frossard**, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, thèse, LGDJ, 2000.
- F. Géa**, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme (4 volumes)*, IUUV, LGDJ, 2009.
- B. Géniaut**, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, thèse, Dalloz, 2009.
- F. Gény**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} édition LGDJ, 1919 (deux tomes).
- F. Gény**, *Science et technique en droit privé positif*, Tome I, Sirey, 1914.
- G. Gurvitch**, *Éléments de sociologie juridique*, préf. F. Terré, Dalloz, réédition de l'ouvrage de 1940, 2012.
- G. Gurvitch**, *Le Temps présent et l'idée de droit social*, Vrin, 1932.
- R. Hadas-Lebel**, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, 2006.
- M. Hauriou**, *Aux sources du droit*, Paris, 1933.
- C.-M. Herrera**, *Les droits sociaux*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009.
- T. Katz**, *La négociation collective et l'emploi*, thèse, LGDJ, 2007.
- H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1962.
- S. Jean**, *L'acte unilatéral de l'employeur*, thèse Paris-1 Panthéon-Sorbonne, 1999.
- J. Le Goff**, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 4^{ème} édition, 2019.

Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, thèse, LGDJ, 2011.

R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso, 2013.

É. Loquin, C. Leben, M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000.

N. Luhmann, *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale* (traduction par Lukas K. Sosoe), Presses de l'Université Laval, coll. Intersophia, Québec, 2010.

N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence - Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, LexisNexis, 2005.

M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2006.

P. Morvan, *Le principe de droit privé*, thèse, LGDJ, 1999.

N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2011.

F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002.

J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008.

C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, thèse, LGDJ, 2004.

F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, thèse, LGDJ, 2000.

J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, rapport au Premier Ministre remis au Ministre du Travail, La Documentation Française, 2009.

V. Pontif, *La sécurité juridique et le droit du travail*, thèse Paris X, 2011.

G. Renard, *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933.

G. Renard, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, Partie juridique, Sirey, 1930

G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949.

G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, 2^{ème} édition, G. C. Sansoni, Florence, 1946. Traduit en français par L. François et P. Gothot : S. Romano, *L'Ordre juridique*, trad. 2^{ème} édition, Dalloz, 1975.

N. Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1991.

G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, thèse, LGDJ, 1990.

A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002.

F. Terré, P. Catala, J. Béguin, P. Simler et P. Maistre du Chambon (dir.), *Le discours et le Code 1804-2004. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004.

G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, coll. Les voies du droit, 1993.

M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. Léviathan, 2001.

M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 2001.

M. Troper, V. Champeil-Desplats et G. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, 2005.

J. Vanderlinden, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Penser le droit », Bruylant, Bruxelles, 2013.

A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, LGDJ, 2005.

A. Verderosa, *Cheminots. Portrait d'une communauté de travail*, Autrement, 2020.

A. Verderosa, *Trains de vies, Enquête sur la SNCF d'aujourd'hui*, Autrement, 2004.

A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010.

M. Weber, *Sociologie du droit*, Quadrige, PUF, 2013.

L. Willemez, *Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017)*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017.

C. Wolmark, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, thèse, Dalloz, 2007.

Articles

B. Acar, G. Bélier, « "Astreintes" et temps de travail », *Dr. soc.* 1990, p. 502.

P. Adam, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p. 1039.

P. Adam, « Le "prodigieux" accord de maintien de l'emploi. Escapade en Pays de Rouffach », *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1611, p. 7.

J.-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 1014.

J.-F. Akandji-Kombé, « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2001, p. 977.

D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits* 2002/1 (n° 35), p. 79.

S. Amrani-Mekki, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 293.

P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RD Publ.*, 1978, p. 5.

P.-H. Antonmattei, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2018, p. 160.

P.-H. Antonmattei, « À propos du temps et de la sécurité juridique en droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1671, p. 11.

P.-H. Antonmattei, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », *Dr. soc.* 2004, p. 839.

P.-H. Antonmattei, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p. 1027.

P.-H. Antonmattei, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601.

P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 513.

P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Dr. soc.* 2017, p. 425.

P.-H. Antonmattei, « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre ! », *Dr. soc.* 2000, p. 159.

P.-H. Antonmattei, « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1781, p. 3.

P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *Dr. soc.* 2019, p. 198.

P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 933.

P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, C. Mariano, S. Selusi, B. Siau, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2021, 992.

V. Armillei, « Vote électronique : cantonnement de l'obligation de négocier », *JCP S* 2021, 1037.

C. Atias, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 298.

C. Atias, « Coûteuse insécurité juridique », *D.* 2015, p. 167.

T. Aubert-Monpeyssen, « Temps de travail : processus probatoire des heures supplémentaires », *JCP E* 2020, 1328.

T. Aubert-Monpeyssen, « Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi », *D.* 1998, p. 480.

X. Aumeran et J. Nicolau, « Retour sur... le séminaire "Les événements sportifs internationaux et le droit", du 18 mars 2022 », *Les Cahiers Louis Josserand*, juillet 2022.

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

G. Auzero, « La nullité de l'accord collectif invoquée par les syndicats », *Dr. soc.* 2023, p. 212.

G. Auzero, « Le Conseil d'État aux prises avec les "salaires minima hiérarchiques" », *Dr. soc.* 2021, p. 1003.

G. Auzero, « Les syndicats, mandataires des salariés », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1666, p. 10.

G. Auzero et J.-M. Chonnier, « Les conventions et accords collectifs à l'épreuve de l'égalité de traitement », *Dr. soc.* 2011, p. 52.

G. Auzero, L. Bento de Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », *Dr. soc.* 2022, p. 531.

A. Bailleux et F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* 2013/1 (Vol. 70), p. 25.

E. Barbara, « Le droit du travail à l'épreuve du management, le grand écart », *Dr. soc.* 2019, p. 520.

B. Barraud, « L'anthropologie du droit », in B. Barraud, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 129.

J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Cah. DRH* 2019, n° 265, p. 59.

J. Barthélémy, « Ordre public et droit du travail », *Cah. DRH* 2011, n° 172, p. 41.

J. Barthélémy, « Préambule de l'accord collectif », *Cah. DRH* 2017, n° 242, p. 50.

J. Barthélémy, G. Cette, G. Koudadje, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.* 2020, p. 455.

B. Baudin, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.* 2018, p. 682.

D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », *JCP S* 2019, 1297.

D. Baugard, « L'ordre public social », *Archives de philosophie du droit* 2015-1 (Tome 58), p. 129.

S. Béal, « L'accord de préservation et de développement de l'emploi », *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1743, p. 14.

O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *Droits* 2001/1 (n° 33), p. 73.

U. Becker, « Le socle européen des droits sociaux... Analyse d'un outil original », *Dr. soc.* 2023, p. 20.

J.-G. Belley, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », *Droit et Société*, 1986/4, p. 353.

J.-G. Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 2, 1991, p. 253.

J.-G. Belley, « L'État et la régulation des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* 1986, vol. 18 (n° 1), p. 11.

J.-G. Belley, « Le Droit comme terra incognita : Conquérir et construire le pluralisme juridique », *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* 1997, vol. 12 (2), p. 1.

J.-G. Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135.

J.-G. Belley, « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », *Les Cahiers de droit (ex Sociologie et sociétés)*, Vol. 33, n° 1, 1992, p. 21.

N. Belloubet, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. soc.* 2017, p. 388.

J.-M. Belorgey, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2007, p. 226.

L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Première partie) », *Dr. soc.* 2019, p. 867.

L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2019, 950.

J.-M. Béraud, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *RDT* 2010, p. 564.

F. Bergeron, « Accords collectifs : l'exception d'illégalité est ouverte aux syndicats non-signataires et aux CSE », *BJT* 2022, n° 05, p. 30.

F. Bergeron, « L'illégalité de l'accord collectif invoquée par voie d'exception », *Dr. soc.* 2023, p. 217.

F. Bergeron-Canut, « Dispositions relatives à la fusion des branches : une déclaration d'inconstitutionnalité et deux réserves d'interprétation », *BJT* 2020, n° 01, p. 25.

F. Bergeron-Canut, « Interprétation de la CCN des agents de direction des organismes de sécurité sociale », *BJT* 2020, n° 05, p. 43.

F. Bergeron-Canut, « L'architecture "ordre public, champ de la négociation, dispositions supplétives", facteur de conventionnalisation », *BJT* 2019, n° 12, p. 51.

F. Bergeron-Canut, « Ordonnancement des conventions collectives entre elles : panorama des cas de concours et des règles d'articulation », *BJT* 2020, n° 4, p. 58.

F. Bergeron-Canut, « Révision d'un "accord forfait en jours" avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 : l'employeur doit soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait », *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1881, p. 10.

P.S. Berman, « Le nouveau pluralisme juridique », *RIDE* 2013/1-2, p. 229.

E. Bernheim, « Le "pluralisme normatif" : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques », *RIEJ* 2011/2, p. 1.

M.-F. Bied-Charreton, « Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales », *Dr. ouvr.* 2010, p. 418.

B. Boissard, « La contribution du comité européen à l'effectivité des droits sociaux », *RD Publ.* 2010, n° 4, p. 1083.

G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712.

G. Borenfreund, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail. Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 781.

G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *RDT* 2008, p. 360.

G. Borenfreund et F. Favennec-Héry, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle des salariés ? », *RDT* 2016, p. 309.

M. Brillat, « Chronique sur le Comité européen des droits sociaux », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1790, p. 8.

S. Brissy, « Regroupement de conventions collectives de branche et substitution aux conventions collectives antérieures », *JCP S* 2021, 1301.

J. Brockmann, B. Gomes, F. Jault-Seseke, J. Kenner, A. Lyon-Caen, T. Pasquier, A. Perulli, D. Perez del Prado, T. Sachs et S. Vernac, « Quel(s) droit(s) du travail pour les travailleurs des plateformes numériques ? », *RDT* 2021, p. 339.

É. Buat-Ménard, « La justice dite "prédictive" : prérequis, risques et attentes – l'expérience française », *Cah. de la justice* 2019/2 (N° 2), p. 269.

A. Bugada, « La primauté stratégique de la branche (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S* 2019, 1115.

A. Bugada, L'exception d'illégalité dans le contentieux des conventions et accords collectifs de travail, *Procédures*, n° 4, avril 2022, comm. 99.

A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis. Étude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 51.

G.-H. Camerlynck, « La clause de maintien des avantages acquis dans les conventions collectives », *Dr. soc.* 1959, p. 406.

G. Canivet, « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p. 951.

F. Canut, « Augmentation du temps de travail sans augmentation de salaire, l'affaire Sogerma (fin) », *RDT* 2011, p. 581.

F. Canut, « Forfait en jours : censure de la convention collective du commerce et de la réparation de l'automobile », *Cah. soc.* 2017, n° 292, p. 33.

F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. soc.* 2016, p. 519.

F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouvr.* 2017, n° 827, p. 342.

F. Canut, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379.

F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998, p. 194.

L. Casaux-Labrunée, « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique », *Dr. soc.* 2019, p. 617.

H. Cavat, « Les accords de performance collective », *RDT* 2020, p. 165.

H. Cavat, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un "véritable contrôle judiciaire" des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022, p. 300.

J.-F. Cesaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306.

J.-F. Cesaro, « La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ? », *JCP S* 2015, 1288.

J.-F. Cesaro, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Dr. soc.* 2006, p. 734.

J.-F. Cesaro, « Restructuration des branches, révision et fédération », *JCP S* 2019, 1254.

J.-F. Cesaro, « Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016 », *JCP S* 2016, 1301.

Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243.

R. Chambon, « Les pouvoirs des branches professionnelles en matière de "salaires minima hiérarchiques" », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1971, p. 7.

F. Champeaux, « Les principes directeurs de la négociation collective », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1960, p. 9.

F. Champeaux, « Les salaires minima hiérarchiques devant le Conseil d'État », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1967, p. 5.

J.-P. Chazal, « Une figure légistique insolite : la loi duplice », *D.* 2021, p. 1665.

J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7.

A. Chevillard, « La notion de disposition la plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p. 422.

M. Cointepas, « La mise en œuvre de la loi des huit heures de 1919 », *Cah. CHATEFP* 2000, n° 4, p. 21.

M. Coutu, « Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail », *Droit et Société* 2015/2, n° 90, p. 351.

J.-D. Combrexelle, « La branche, objet social non identifié », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 109.

J.-D. Combrexelle, « La qualité de la norme en droit du travail », *Sem. Soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1508, p. 57.

J. Commaille, « La construction d'une sociologie juridique spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2 (Vol. 57), p. 275.

J. Commaille, « Les enjeux politiques d'un régime de connaissance sur le droit. La sociologie du droit de Georges Gurvitch », *Droit et société* 2016/3 (n° 94), p. 547.

J. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 13.

A. Cormier Le Goff et J. Krivine, « De la négociation sur le CSE à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019, p. 204.

C. Cosme, « Quelle réception des normes issues de l'OIT en droit français ? », *Dr. soc.* 2019, p. 500.

P.-A. Côté, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1995, p. 189.

J.-B. Cottin, « Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs », *JCP E* 2015, 1080.

M. Coutu, « Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail », *Droit et Société* 2015/2, n° 90, p. 351.

G. Couturier, « Droit du travail : le renouvellement des techniques », *Dr. soc.* 2019, p. 471.
G. Couturier, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p. 17.

A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, Chron. p. 2814.

J. Daniel, « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

E. Daoud, J. Ferrari, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S* 2012, 1391.

D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.

A. de Ravaran, « La place du dialogue social dans l'entreprise », *JCP S* 2017, 1158.

O. De Schutter, « La Charte sociale européenne par temps de crise », *Louvain-la-neuve, Working Paper* 2016-1.

B. de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit & Société* 1988 (n° 107), p. 363.

Y. Delbrel, « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 334.

J. Déprez, « Sois-juge et tais-toi (réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1978, p. 503.

P. Deumier, « Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée », *RTD civ.* 2019, p. 67.

P. Deumier, « Interpréter la loi absurde », *RTD civ.* 2018, p. 61.

P. Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques » *RTD civ.* 2006, p. 516.

P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD. civ.* 2006, p. 510.

B. Domergue, « Réforme du code du travail : et maintenant, l'ordonnance balai », *D. actualité* du 5 décembre 2017.

J.-B. Donnier, « La légitimité en droit civil : une notion insaisissable ? », *Les Cahiers Portalis* 2020/1 (N° 7), p. 41.

B. Dubrion, E. Mazuyer, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques RSE », *Sem. soc. Lamy* 2013, suppl. n° 1576, p. 75.

F. Ducloz, P. Florès, « Chronique rémunération et durée du travail - second semestre 2016 (2^{ème} partie) », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1759, p. 11.

F. Ducloz, P. Florès « La sauvegarde du forfait en jours : le juge et la combinaison des normes », *RDT* 2016, p. 140.

O. Dufour, « Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2019, n° 14, p. 5.

A. Dupays, M. Hautefort, F. Vélot, « Les nouvelles règles du jeu applicables aux cadres », *Cah. DRH* 2000, n° 19.

O. Dutheillet de Lamothe, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1533, p. 7.

O. Dutheillet de Lamothe, « Le juge doit-il créer la norme sociale ? », *JCP S* 2015, 1287.

C. Eberhard, « Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste. Défi pour une théorie interculturelle du droit », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2003, p. 35.

A. Fabre, « L'arrêt du 29 juin 2011 sur les forfaits-jours : un début plutôt qu'une fin », *JSL* 2020, n° 500-14.

A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 539.

A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 630.

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

A. Fabre, « Procédure conventionnelle de licenciement et violation d'une garantie de fond : reculer pour mieux sauter ? », *RDT* 2021, p. 642.

A. Fabre, « Regard constitutionnel sur la "négociation" dans les très petites entreprises », *Dr. ouvr.* 2018, n° 840, p. 441.

A. Fabre, M.-C. Escande-Varniol, « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », *RDT* 2017, p. 166.

A. Fabre, M. Grévy, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362.

F. Favennec-Héry, « Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail », *JCP S* 2017, 1309.

F. Favennec-Héry, « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », *Dr. soc.* 2005, p. 1126.

F. Favennec-Héry, « Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Godot », *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1896, p. 8.

F. Favennec-Héry, « Loi Fillon : quels cadres pour quel régime ? », *Sem. soc. Lamy* 2003, suppl. n° 1122, p. 21.

F. Favennec-Héry, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.

F. Favennec-Héry, « Vers l'autoréglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 794

F. Favennec-Héry, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel », *JCP S* 2015, 1237.

J.-P. Feldman, « L'inflation normative et la complexité du droit », *D.* 2022, p. 1145.

Y. Ferkane, « L'accord collectif : une brève histoire de temps à l'aune de la loi du 8 août 2016 », *RDT* 2016, p. 832.

Y. Ferkane « L'"évolutivité" de la représentativité », *RDT* 2017, p. 807.

Y. Ferkane, « L'illégalité d'un accord collectif de travail : causes et conséquences », *RDT* 2018, p. 689.

N. Ferrier, « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », *D.* 2008, p. 2011.

E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT* 2016, p. 415.

A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cah. Cons. Const.* 2007, n° 21, p. 75.

S. Fouquet, « Négociation(s) et intérêt(s) : l'entreprise deviendrait-elle une institution ? », *Négociations* 2021/1 (n° 35), p. 23.

G. François, « L'action syndicale demeure recevable nonobstant le nombre réduit de salariés concernés par l'inexécution de l'accord collectif », *BJT* 2023, n° 04, p. 18.

G. François, « L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour », *Dr. soc.* 2022, p. 11.

G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.* 2018, p. 126.

G. François, « Négociation collective et accord collectif : quelle classification des sanctions ? », *Dr. soc.* 2023, p. 196.

G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises », *Dr. soc.* 2019, p. 1066.

M.-A. Frison-Roche, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 310.

M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, p. 178.

S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

S. Frossard, « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *Sem. soc. Lamy* 2015, suppl. n° 1680, p. 62.

C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », *JCP S* 2018, 1058.

J.-Y. Frouin, « L'interprétation de la norme collective de travail », *RJS* 3/96, p. 137.

J.-Y. Frouin, « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, 1501.

J.-Y. Frouin, « Réguler les plateformes numériques de travail », *Dr. soc.* 2021, p. 201.

J.-Y. Frouin, « Sur les règles d'interprétation d'un accord collectif de travail », *BJT* 2020, n° 06, p. 7.

H. Fulchiron, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », *RTD civ.* 2017, p. 271.

E. Gaillard, « Dialogue des ordres juridiques : ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques », *Revue de l'arbitrage* 2018-3, p. 493.

L. Gamet, « L'autonomie collective », *Dr. soc.* 2020, p. 448.

L. Gamet, « Le droit pénal conventionnel », *Dr. soc.* 2023, p. 239.

L. Gamet, « Les Gilets jaunes et la question sociale », *Dr. soc.* 2019, p. 564.

A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, doct. 31.

M. García Villegas et A. Lejeune, « La sociologie du droit en France : De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire », *RIEJ* 2011/1 (vol. 66), p. 1.

A. Gardin, « Le régime de l'accord collectif dérogatoire. De la dérogation à la supplétivité », *Dr. soc.* 2017, p. 722.

J.-J. Gatineau, « L'accueil du droit européen en droit français : des progrès notables », *Dr. soc.* 2019, p. 498.

J.-J. Gatineau, C. Fattaccini, « La prescription en droit social et le principe de sécurité juridique », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1671, p. 9.

B. Gauriau, « L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2017, 1131.

B. Gauriau, « Méthode d'interprétation d'une convention collective », *JCP S* 2020, 2079.

F. Géa, « À quoi sert le droit du travail ? », *D.* 2020, p. 444.

F. Géa, M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* n° 768, octobre 2012, p. 40.

F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2016, p. 516.

F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », *Sem. soc. Lamy* 2016, n° 1717, p. 7.

F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 4.

B. Géniaut, « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », *Sem. soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1494, p. 34.

J. Gilissen, « Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique », in *Le pluralisme juridique. Études publiées sous la direction de John Gilissen*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 7.

B. Gomes, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », *Dr. soc.* 2020, p. 366.

S. Grévisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884.

M. Grévy, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. soc.* 2013, p. 311.

J. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 1986, 24, 1.

C. Grzegorzcyk, « Ordre juridique comme réalité », *Droits* 2002/1 (n° 35), p. 103.

E. Guénot, « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 05.

F. Guérandier, « Réflexions sur la justice prédictive », *Gaz. Pal.* 2018, n° 13, p. 15.

G. Guiheux, « La théorie générale de l'État de Raymond Carré de Malberg », *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial 1999, p. 81.

F. Guiomard, « Exercice de style à la chambre sociale. Première partie », *RDT* 2019, p. 348.

F. Guiomard, « Exercice de style à la chambre sociale. Deuxième partie », *RDT* 2019, p. 433.

F. Guiomard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.

M. Hautefort, « Accords de mobilité, une réponse, deux questions en suspens », *JSL* 2020, n° 491-4.

C.-M. Herrera, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch », *Droit et société* 2016/3 (n° 94), p. 513.

C.-M. Herrera, « La radicalisation sociologique de la pensée juridique. Lévy, Lambert, Gurvitch », *Droits* 2015/2 (n° 62), p. 189.

V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, I, 130.

J.-G. Huglo, « Le rôle de la Cour de cassation dans l'articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2017, p. 404.

J. Icard, « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », *Sem. soc. Lamy* 2019, n° 1871, p. 5.

J. Icard, « Convention de forfait en jours : de l'inefficacité à la nullité », *Cah. soc.* 2013, n° 253.

D. Iweins, « Justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 2017, n° 01, p. 5.

M.-L. Izorche, « À propos du "mandat sans représentation" », *D.* 1999, p. 369.

D. Jacotot, « Les relations entre l'accord collectif et le contrat liant le salarié à l'employeur en matière de forfait-jours annuel », *JCP S* 2014, 1435.

A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 228.

A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement », *Dr. soc.* 1998, p. 211.

A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

A. Jeammaud, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 617.

A. Jeammaud, « Les principes dits "de faveur" ont-ils vécu ? », *RDT* 2018, p. 177.

A. Jeammaud, M. Le Friant, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2001, p. 417.

A. Jeammaud, M. Le Friant, « Une réforme constitutionnelle pour quelle autonomie collective », in *Droits du travail, emploi, entreprise, Mélanges en l'honneur de François Gaudu*, Bibliothèque de l'IRJS, 2014, p. 133.

A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, p. 359.

É. Jeansen, « Contribution à la définition de l'avenant de révision », *JCP S* 2016, 1063.

M. Jestaedt, « Validité dans le système et validité du système. À quoi sert la norme fondamentale, et à quoi elle ne sert pas », in T. Hochmann, X. Magnon et R. Ponsard (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Éditions Mare et Martin, 2019, p. 233.

P. Jestaz, « François Gény : une image française de la loi et du juge », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz 2005, p. 155.

P. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD. civ.* 1996, p. 299.

A. Jobert, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 370.

E. Juen, « Les irrégularités dans la mise en œuvre d'un forfait annuel en jours : quelles sanctions ? », *Dr. soc.* 2015, p. 528.

D. Julien-Paturle, « Forfait-jours : l'avenant de 2004 retoqué », *JSL* 2015, n° 394-35.

Ph. Kahn, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria*. À propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 125.

J.-Y. Kerbourc'h, « L'électorat et l'éligibilité après la loi du 21 décembre 2022, *JCP S* 2023, 1088.

A. Lacabarats, « La création de la norme sociale par le juge », *JCP S* 2015, 1286.

N. Laffue, « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2018, p. 428.

F. Lalanne, « Forfait-jours : la Cour de cassation conforte un contrôle strict de l'amplitude et de la charge de travail », *JSL* 2016, n° 421-422-5.

P. Langlois, « Une loi négociée », *Dr. soc.* 2008, p. 346.

F. Laronze, R. de Quenaudon, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *RDT* 2013, p. 487.

O. Laroque, « Contre les lois symboliques. Réflexions sur l'office du législateur », *Droits* 2018/1 (n° 67), p. 219.

V. Lasserre-Kiesow, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

S. Laulom, « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, p. 298.
S. Laulom, N. Merley, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

J.-B. Le Bohec, « Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre », *Droit et société* 2022/3 (N° 112), p. 511.

M. Le Friant, A. Jeammaud, « Une réforme constitutionnelle, pour quelle "autonomie collective" », in *Droits du travail, emploi, entreprise, Mélanges en l'honneur du professeur François Gaudu*, Bibliothèque de l'URJS, Paris, 2014, p. 133.

J. Le Goff, « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. soc.* 2003, p. 703.

C. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* 2001/1 (n° 33), p. 19.

H.-J. Legrand, « Les accords collectifs "de maintien de l'emploi" : entre deux "frontières" de la négociation collective », *Dr. soc.* 2013 p. 245.

Y. Leroy, « Paradoxe(s) sur ordonnances », *Dr. soc.*, 2018, p. 784.

G. Lhuillier, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1995, p. 162.

G. Loiseau, « Conventiounnalité du barème : le débat est ouvert » *JCP S* 2018, 1367.

G. Loiseau, « Travailleurs des plateformes de mobilité : où va-t-on ? », *JCP S* 2021, 1129.

G. Loiseau, « Les accords d'UES, des accords innommés », *BJT* 2020, n° 01, p. 14.

G. Loiseau, A. Martinon, « Dessine-moi un cadre », *BJT* 2020, n° 05, p. 3.

G. Loiseau, S. Bloch, « Les techno-normes », *Dr. soc.* 2021, p. 484.

P. Lokiec, « Avis de tempête sur le droit du travail », *RDT* 2014, p. 738.

P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », *Dr. soc.* 2019, p. 201.

P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *Sem. soc. Lamy* 2020, n° 1918, p. 3.

P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », *Dr. soc.* 2020, p. 511.

P. Lokiec et J. Rochfeld, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr. soc.* 2017, p. 5.

É. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23.

N. Luhmann, « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, T. 31, 1986, p. 163.

A. Lyon-Caen, « Le contentieux du droit souple en droit du travail », *RDT* 2022, p. 691.

A. Lyon-Caen, « Le maintien dans l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 655.

A. Lyon-Caen, T. Sachs, « ADN d'une réforme », *RDT* 2013, p. 162.

G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *Dr. soc.* 2019, p. 524 (rééd. *RTD civ.* 1974, p. 229).

G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355.

P. Lyon-Caen, « Faut-il vraiment retarder les effets des revirements de jurisprudence ? », *Dr. ouvrier* 2005, p. 139.

L. Machu, J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie I) : la dérogation dans l'histoire du droit du travail », *RDT* 2019, p. 407.

L. Machu, J. Péglise, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie II) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019, p. 559.

D. Mainguy, « De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP G* 2011, doct. 250.

P. Maisani, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit & Société* 1994, n° 27, p. 443.

L. Malfettes, « Gestion de crise et droit social : vers un nouveau modèle normatif ? », *RJS* 10/20, p. 677.

L. Malfettes, « Précisions sur les conséquences d'un forfait en jours conventionnel irrégulier », *D. actualité* du 7 décembre 2021.

C. Mariano, « La caducité de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2023, p. 225.

A. Martinon, « Les accords de maintien de l'emploi », *Cah. soc.* 2013, p. 309.

A. Martinon, « Les actions en exécution de l'accord collectif de travail », *Dr. soc.* 2023, p. 234.

A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectifs. Regards croisés », *Dr. soc.* 2017, p. 115.

B. Mathieu, « La Cour de cassation et l'art de la rhétorique », *RTD civ.* 2023, p. 45.

B. Mathieu, « La sécurité juridique ; un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 301.

A. Mazeaud, « Dynamique des conventions et accords collectifs à durée déterminée », *Dr. soc.* 2016, p. 508.

A. Mazeaud, « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p. 744.

I. Meftah, « L'accord de performance collective », *RJS* 10/20, chron.

G. Mégret, « Preuve des heures supplémentaires : bis repetita », *Gaz. Pal.* 2023, n° 08, p. 58.

R. Melot et J. Péliasse, « Prendre la mesure du droit : enjeux de l'observation statistique pour la sociologie juridique », *Droit et société* 2008/2-3 (n° 69-70), p. 331.

Y. Meneceur, « Quel avenir pour la "justice prédictive" ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G* 2018, doct. 190.

S. Mitterrand, I. Odoul-Asorey, « Décision de l'OIT sur la loi du 20 août 2008, quelles suites ? », *RDT* 2012, p. 107.

N. Molfessis, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD civ.* 2000, p. 662.

N. Molfessis, « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660.

N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.

J. Monéger, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 323.

H. Mongon, « Négociation collective : un contrôle du juge à exercer avec discernement », *Dr. soc.* 2020, p. 491.

M. Morand, « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S* 2016, 1295.

M. Morand, « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », *JCP S* 2015, 1024.

M. Morand, « L'appréciation judiciaire des accords collectifs », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1671, p. 13.

M. Morand, « La face cachée des accords d'adaptation », *RJS* 10/13, chron.

M. Morand, « Le droit du travail supplétif », *RJS* 1/22, chron.

M. Morand, « Le forfait en jours sous conditions », *JCP S* 2011, 1333.

M. Morand, « Les forfaits enfouis », *JCP S* 2019, 1064.

M. Morand, « Les minima conventionnels. Questions et propositions de réponses », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1977, p. 5.

M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995, p. 171.

M.-A. Moreau, « Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail », *RJS* 4/00, chron.

F. Morel, « Trois propositions pour améliorer la sécurité juridique », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1671, p. 4

F. Morel, A. Cormier Le Goff, « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1971, p. 13.

J. Moret-Bailly, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits* 2002/1 (n° 35), p. 195.

J. Moret-Bailly, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits* 2000 (n° 32), p. 171.

M.-L. Morin, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », *Dr. ouvr.* 2017, p. 590.

P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005. 247.

P. Morvan, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique », *Dr. soc.* 2006, p. 707.

J. Mouly, « Les indemnisations en matière de licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 10.

J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? », *Dr. soc.* 2019, p. 814.

S. Nadal, « Le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », *Dr. soc.* 2017, p. 123.

S. Nadal, « Maintien de la valeur hiérarchique des conventions de branche conclues antérieurement à la réforme du 4 mai 2004 : sens et portée », *RDT* 2011, p. 324.

C. Nicod, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017, p. 657.

C. Nicod, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? – Les rapports entre accords collectifs », *RDT* 2016, p. 800.

S. Niel, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1785, p. 6.

P. Noreau, « La norme, le commandement et la loi », *Politique et Sociétés* 2000, vol. 19, n° 2-3, p. 153.

I. Odoul Asorey, E. Peskine, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement », *RDT* 2016, p. 803.

F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les Cahiers de droit*, Vol. 59, n° 1, 2018, p. 7.

F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Archives de philosophie du droit*, T. 31, 1986, p. 133.

F. Ost, « Les enjeux éthiques du pluralisme juridique : le libéralisme politique est-il la solution ? », in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 201.

B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° HS p. 151.

Y. Pagnerre, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - *De lege lata*, une action en inopposabilité », *JCP S* 2019, 1298.

Y. Pagnerre, « La négociation sur le CSE », *RJS* 4/19, chron.

Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, p. 694.

Y. Pagnerre, « Modulation judiciaire de l'annulation d'une clause d'un accord collectif », *JCP S* 2021, 1081.

Y. Pagnerre, « Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2012, 1001.

C. Pays, « La sécurité juridique en matière sociale », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1671, p. 2.

L. Pécaut-Rivolier, « L'accord collectif et le juge », *Dr. soc.* 2017, p. 96.

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

L. Pécaut-Rivolier, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 791.

L. Pécaut-Rivolier, F. Petit, « Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. soc.* 2010, p. 1168.

L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, « La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008 », *RDT* 2009, p. 490.

A. Pellet, « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53.

C. Pernot, L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les "ordonnances Macron" ? », *Dr. soc.* 2020, p. 43.

E. Peskine, « Établissement, entreprise ou groupe – La négociation d'entreprise en quête de ses espaces », *Négociations* 2021/1 (n° 35), p. 39.

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

E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168.

E. Peskine, « Modulation des effets de l'annulation d'un accord collectif, la Cour de cassation ouvre le bal », *Sem. soc. Lamy* 2021, n° 1943, p. 8.

E. Peskine, « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », *RDT* 2021, p. 118.

F. Petit, « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *Dr. soc.* 2011, p. 1063.

F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.* 2016, p. 903.

F. Petit, « Le référendum visant à sauvegarder un accord collectif "minoritaire" », *Dr. soc.* 2020, p. 96.

J. Peuch, « "Participer" à la Charte sociale à travers une épreuve quasi judiciaire : enjeux, intérêts et limites du système de réclamations collectives », *JEDH* 2018-3, p. 202.

O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFD const.* 2002/2, n° 50, p. 279.

O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFD const.* 2002/2, n° 52, p. 759.

G. Pignarre, « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours », *RDT* 2014, p. 746.

F. Pinatel, « Salaire minimum hiérarchique et négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre », *JCP S* 2021, 1300.

M. Poirier, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885.

F. Pollaud-Dulian, « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487.

X. Prétot, « La sécurité juridique et les décisions de l'Administration du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 753.

P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

P. Quinqueton, « Comment passer de 700 à 100 branches ? Entretien avec Patrick Quinqueton », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1703, p. 3.

H. Rabault, « Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société* 2014/1 (n° 86), p. 209.

C. Radé, « De la conventionnalité du barème Macron », *Dr. soc.* 2019, p. 324.

C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005. 988.

C. Radé, « L'ordre public social et la renonciation du salarié » *Dr. soc.* 2002, p. 931.

C. Radé, « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », *Dr. ouvr.* 2010, p. 319.

C. Radé, « Le principe de faveur, arbitre du conflit entre le maintien unilatéral d'un accord caduc et l'accord collectif normalement applicable dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2021, p. 665.

J.-E. Ray, « Juges en première ligne et dernier mot », *Dr. soc.* 2017, p. 384.

J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887.

J.-E. Ray, « La nécessaire métamorphose du droit du travail », *Commentaire* 2016-1 (n° 153), p. 129.

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

J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

J.-E. Ray, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », *Dr. soc.* 2001, p. 244.

P. Rémy, « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT* 2020, p. 701.

P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *Sem. soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1508, p. 63.

G. Richard, « Enseigner des matières extrajuridiques aux juristes : le cas de la sociologie du droit », *Les Cahiers Portalis* 2023/1 (N° 10), p. 111.

J.-P. Robé, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits* 1997/1, p. 163.

G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de Droit*, vol. 29, n° 1, mars 1988, p. 91.

D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Revue des droits de l'homme* 2012-1.

M.-A. Rotschild-Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491.

M.-N. Rouspide-Katchadourian, « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », *JCP S* 2019, 1139.

F. Rouvière, « La distinction des normes juridiques et des normes morales : un point de vue constructiviste », *Les Cahiers de droit*, Vol. 59, n° 1, 2018, p. 261.

D. Roux-Rossi, « D'une pratique d'entreprise à un droit à dérogation : le cas des avenants temporaires des contrats à temps partiel. La dérogation, le droit et le travail (XIXe-XXIe siècle) », *Cah. CHATEFP* 2018, p. 79.

P. Rozec, « La négociation de branche : enjeux et méthode au cœur de la réforme », *JCP S* 2016, 1302.

T. Sachs, « L'accord d'entreprise transnational : un objet juridique en devenir », *Dr. soc.* 2020, p. 149.

T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017, p. 585.

T. Sachs, « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *Dr. soc.* 2015, p. 1019.

T. Sachs, « Vers un droit du marché du travail », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1569, p. 9.

P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit, libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence" », *Dr. soc.* 2005, p. 123.

P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Les garde-fous des excès du droit », *JCP G* 2001, I, 306.

J. Savatier, « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991, p. 413.

I. Sayn, « Connaître la production des juridictions ou prédire les décisions de justice ? », *Cah. de la justice* 2019/2 (N° 2), p. 229.

J.-E. Schoettl, « Le forfait-jours des salariés non cadres devant le Conseil Constitutionnel », *Petites Affiches* 2005, n° 200, p. 7.

J.-C. Sciberras, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2019, p. 224.

G. Simon, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits* 2001/1 (n° 33), p. 97.

L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.* 11 déc. 1999, n° 345, p. 2.

J. Siro, « Forfait-jours : sanction du "système auto-déclaratif" sans contrôle de l'employeur », *D. actualité* du 14 décembre 2016.

D. Soulas de Russel, P. Raimbault, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, Vol. 55, p. 85.

Y. Struillou, « Ouverture de la journée d'études sur La dérogation, le droit et le travail (XIXe-XXIe siècle) du 21 septembre 2018 », *Cah. CHATEFP* 2019, p. 5.

A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195.

A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 63.

A. Teissier, « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020, 3029.

D. Terré, « Le pluralisme et le droit », *Archives de philosophie du droit*, T. 49, 2005, p. 69.

F. Terré, « Jurisimprudence ? », *RTD civ.* 1992, p. 354.

B. Teyssié, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *JCP S* 2017, 1179.

B. Teyssié, « L'environnement, l'entreprise et la norme », *JCP S* 2021, 1322.

B. Teyssié, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *JCP S* 2016, 1019.

B. Teyssié, « La négociation collective d'entreprise ou l'enclos des illusions », *Dr. soc.* 2022, p. 377.

B. Teyssié, « Le maintien de la "valeur hiérarchique" des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », *Sem. soc. Lamy* 2004, n° 1175, p. 6.

B. Teyssié, « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », *JCP S* 2019, 1096.

B. Teyssié, « Les accords collectifs internationaux », *JCP S* 2017, 1343.

B. Teyssié, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Dr. soc.* 2005, p. 127.

B. Teyssié, « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 703.

C. Thibierge, « Rapport de synthèse, » in *Le droit souple, Journées nationales*, t. XIII, Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 156.

A. Thurillet-Bersolle, « L'adaptation du droit du travail aux entreprises de moins de 50 salariés », *Petites affiches* 2018, n° 161-162, p. 4.

V. Tiano, « L'inspection du travail en appui aux institutions représentatives du personnel et à la négociation collective », *Dr. soc.* 2023, p. 71.

G. Timsit, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits* 2001/1 (n° 33), p. 3.

H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 114.

H. Tissandier « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045.

C. Touboul, « Le Conseil d'État valide le référendum dans les très petites entreprises », *Dr. soc.* 2019, p. 627.

S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011 p.45.

A.-M. Tournepiche, « La dynamisation du droit au logement par le Comité européen des droits sociaux », *RDSS* 2015, p. 232.

M. Troper, « La constitution comme système juridique autonome », *Droits* 2002/1 (n° 35), p. 63.

M. Troper, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RD Publ.*, 1978, p. 1523.

M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFD const.* 2002/2, n° 50, p. 335.

M. Troper, « Système juridique et État », *Archives de philosophie du droit*, T. 31, 1986, p. 29.

D. Tricot, « L'interrogation sur "la jurisprudence aujourd'hui" », *RTD civ.* 1993, p. 87.

K. Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE* 2013/1-2, p. 9.

Q. Urban, « Ce que dit le texte, ce que fait le juge », *RDT* 2020, p. 476.

G. Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté », *Dr. soc.* 2009, p. 896.

G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, 186.

G. Vachet, « Règles d'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 2020, 1299.

A.-L. Valembois, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : "je t'aime, moi non plus..." », *Titre VII* 2020, n° 5, p. 1.

B. Van Craeynest, P. Masson, « Comment réglementer le temps de travail des cadres ? », *RDT* 2011, p. 474.

M. Van de Kerchove, « La diversité des rapports entre ordres juridiques. L'exemple des ordres sportifs et des ordres ecclésiastiques », in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 235.

R. Vander Elst, « Justice et sécurité juridique », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, rassemblés par Guy Haarscher et Léon Ingber, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 19.

J. Vanderlinden, « À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique », in J. Vanderlinden, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Penser le droit », Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 233.

J. Vanderlinden, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique. Études publiées sous la direction de John Gilissen*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 19.

J. Vanderlinden, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 28, 1989, p. 149.

J. Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ* 1993-2, p. 573.

L. Vapaille, « Le principe de sécurité juridique réalité et avenir en droit administratif français », *Petites affiches* 1999, n° 158, p. 18.

P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation. À propos de l'articulation des normes en droit du travail », *JCP S* 2016, 1159.

P.-Y. Verkindt, « L'interprétation des accords collectifs », *Sem. soc. Lamy* 2008, suppl. n° 1361, p. 45.

P.-Y. Verkindt, « L'ordre public, clé de la refondation du Code du travail ? », *JCP S* 2017, 1137.

P.-Y. Verkindt, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.* 2006, p. 720.

P.-Y. Verkindt, « Résiliation judiciaire du contrat de travail et versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement », *JCP S* 2005, 1177.

P.-Y. Verkindt, D. Simonneau, « Convention collective et loi professionnelle », *Dr. soc.* 2022, p. 935.

A. Viala, « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis* 2020/1 (N° 7), p. 27.

V. Vigneau, « Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive », *D.* 2018, p. 1095.

G. Wicker, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.* 2016, p. 1942.

L. Willemez, « Les prud'hommes et la fabrique du droit du travail : contribution à une sociologie des rôles judiciaires », *Sociologie du travail* 2012, vol. 54 (1), p. 112.

C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », *Dr. ouvr.* 2017, n° 833, p. 733.

F. Zenati-Castaing, « La jurisprudence révélée », *RTD civ.* 2023, p. 1.

INDEX

A

Accord collectif

Accord collectif d'entreprise.....	51
Accord de groupe.....	338
Accord de maintien de l'emploi.....	53
Accord de mobilité interne.....	58
Accord de performance collective <i>Voir ce mot.</i>	
Accord de préservation ou de développement de l'emploi.....	62
Accord de substitution.....	168
Accord majoritaire.....	109
Accord minoritaire.....	113
Avantages individuels acquis.....	173, 329
Avenant de révision.....	150
Avenant interprétatif.....	156
Convention collective.....	82
Dénonciation.....	170, 176
Dérogation.....	<i>Voir Loi</i>
Dualisme.....	4, 274
Durée indéterminée.....	176
Egalité de traitement.....	<i>Voir ce mot.</i>
Exception d'illégalité.....	182, 332, 340
Garantie de rémunération.....	174
Garanties équivalentes.....	90, 93
Histoire.....	12
Interprétation.....	<i>Voir ce mot.</i>
Mise en cause.....	171
Nullité.....	<i>Voir ce mot.</i>
Opposition.....	106
Préambule.....	155, 270
Projet d'accord.....	142
Rapport entre accords collectifs.....	85
Stabilité.....	176
Validité.....	104, 321

Accord de performance collective

Contrôle.....	65
Effets.....	70
Elaboration.....	67
Motif.....	64

Administration

Autorité administrative.....	126
------------------------------	-----

B

Branche professionnelle

Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation.....	157, 272
Création.....	81
Définition.....	78
Extension.....	319, 322
Fusion.....	79, 166
Notion.....	77
Restructuration.....	165
Rôle.....	83

C

Code du travail

Recodification.....	6, 205
Triptyque.....	<i>Voir Loi</i>

Comité européen des droits sociaux

Charte sociale européenne..	131, 195, 206, 216
Condamnation.....	211, 236
Effet direct.....	<i>Voir Norme</i>
Procédure de réclamation collective.....	207
Recommandations.....	215

Comité social et économique

Anciennes institutions représentatives du personnel.....	163
Conseil d'entreprise.....	135
Cycle électoral.....	134, 152
Elections professionnelles.....	127, 331

Négociation avec un membre de la délégation du personnel <i>Voir</i> Négociation collective	
Protocole d'accord préélectoral	136
Représentant du personnel	315
Vote.....	<i>Voir</i> Salarié
Conseil d'adhésion.....	<i>Voir</i> Comité social et économique
Constitution	
Conseil constitutionnel....	40, 143, <i>Voir</i> ce mot.
Constitution de 1946 ...	114, 123, 143, 204, 242
Constitution de 1958	40, 119, 336
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen	179, 217
Grundnorm.....	20
Question prioritaire de constitutionnalité... 131, 179	
Contrat d'adhésion	144, 270

Contrat de travail	
Avantages individuels acquis.....	<i>Voir</i> Accord collectif
Fonction	309
Garantie de rémunération	<i>Voir</i> Accord collectif
Modification.....	70
Norme	296
Principe d'intangibilité.....	52
Théorie de l'incorporation	172
Convention collective.....	<i>Voir</i> Accord collectif
COVID-19.....	75, 308

D

Dénonciation.....	<i>Voir</i> Accord collectif
Dialogue social.....	<i>Voir</i> Partenaires sociaux
Durée du travail	

Charge de travail	<i>Voir</i> Forfait-jours
Durée raisonnable	209
Durées maximales.....	204
Forfait-jours	<i>Voir</i> ce mot.
Horaire collectif	197
Lois Aubry	15, 161, 209
Lois Auroux	12, 29, 38, 110, 173, 331

E

Egalité de traitement	248
Employeur	
Changement d'employeur.....	168
Obligation de sécurité	74
Organisation patronale.....	167
Volonté.....	315
Entreprise	
Accord collectif d'entreprise	<i>Voir</i> Accord collectif
Evolution structurelle.....	168
Mise en cause d'un accord collectif.....	<i>Voir</i> Accord collectif
Espace normatif	<i>Voir</i> Pluralisme juridique
Exception d'illégalité	<i>Voir</i> Accord collectif

F

Forfait-jours	
Autonomie	<i>Voir</i> Salarié
Charge de travail.....	224, 227
Convention individuelle.....	15, 162, 224, 238
Dépassement de forfait	329
Dispositif d'alerte	229, 230
Éligibilité	196
Historique.....	14, 196
Jurisprudence	198
Nombre de jours travaillés.....	205

G

Garanties équivalentes	<i>Voir</i> Accord collectif
Grève.....	11

I

Individu.....	189, 298, 315, 327
Insécurité juridique	<i>Voir</i> Sécurité juridique
Inspection du travail.....	314, 323
Intérêt	
Intérêt à agir	313, 331
Intérêt collectif	331
Intérêt général	73

Intérêt individuel	331
Interprétation	245
Avenant interprétatif	<i>Voir</i> Accord collectif
Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation <i>Voir</i> Branche professionnelle	
Conséquences de l'interprétation	337
Exégèse	256
Interprétation téléologique	249
Loi interprétative	<i>Voir</i> Loi
Méthode	247, 274
Recherche de la volonté des parties	267
Théorie de la libre recherche scientifique...	263
Théorie réaliste de l'interprétation.....	263

J

Juge

Contrôle lourd	188
Gouvernement des juges	279
Interprétation	<i>Voir</i> ce mot.
Jurisprudence	221
Justice prédictive.....	9
Modulation des effets de la nullité.....	185
Revirement de jurisprudence	241, 249
Source de droit	191

L

Législateur

Rôle	36
------------	----

Légitimité

Définition	103
Légitimité des partenaires sociaux.....	123, 331

Licenciement

Barème	9, 242
Indemnité de licenciement	248, 257

Loi

Délégation	318
Dérogation.....	26, 105
Dispositions transitoires.....	160
Loi interprétative	158

Ordre public	<i>Voir</i> ce mot.
Principe de faveur	<i>Voir</i> ce mot.
Supplévitivité	32
Triptyque.....	35, 47

N

Négociation collective

Négociation avec un membre de la délégation du personnel	139
Négociation avec un salarié mandaté.....	138
Négociations annuelles obligatoires	296

Négociations annuelles obligatoires

Norme

Confiance légitime.....	7
Effet direct	218
Juridicité de la norme.....	310
Norme sociale	300

Nullité.....

O

Ordre juridique.....*Voir* Pluralisme juridique

Ordre public

Identification	46
Ordre public absolu.....	45, 328
Ordre public social.....	46, 90

P

Partenaires sociaux

Audience électorale.....	127
Autonomie	261, 273, 305, 314, 337
Dialogue social	104, 167
Effet de seuil	132
Elections professionnelles... <i>Voir</i> Comité social et économique	
Légitimité des partenaires sociaux..... <i>Voir</i> Légitimité	
Présomption de représentativité.....	126
Recherche de la volonté des parties	<i>Voir</i> Interprétation
Représentativité	110, 124, 169, 316

Pluralisme juridique

Définition	19
Espace normatif	281, 305
Individu	<i>Voir ce mot.</i>
Institution	284, 289
Interlégalité	301
Juridicité de la norme	<i>Voir Norme.</i>
Monisme juridique	19
Ordre juridique	19, 293
Relevance	284
Réseau	303, 326
Prescription	177, 326
Principe de faveur	39, 56, 91, 156, 328
Privation d'effet	224
Proximité	4, 13, 94, 121, 268, 298, 320, 342

R

Règlement intérieur	296, 309
Responsabilité Sociétale des Entreprises	307
Rétroactivité	158, 180, 188, 238

S

Salaires minima hiérarchiques	88
Salarié	
Accord	71
Autonomie	199
Avantages individuels acquis	<i>Voir Accord collectif</i>
Cadre	196
Communauté des salariés	145

Garantie de rémunération <i>Voir Accord collectif</i>	
Intérêt collectif	<i>Voir Syndicat</i>
Intérêt individuel	122
Négociation avec un salarié mandaté	<i>Voir Négociation collective</i>
Non-cadre	201
Référendum	113, 141
Refus	73
Santé au travail	242
Vie personnelle	233
Volonté	120, 169, 190, 316
Vote	129, 147

Sécurité juridique

Insécurité juridique	10
Objectif	1

Sociologie du droit

Syndicat

Délégué syndical	123, 315
Délégué syndical (carence)	139, 153
Intérêt collectif de la profession	188, 239
Liberté syndicale	129
Organisation syndicale	167
Organisation syndicale représentative	122
Représentativité	<i>Voir Partenaires sociaux</i>
Section syndicale	126
Syndicat catégoriel	128

T

Télétravail	308
Travailleurs de plateforme	149

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
§1. Le caractère protéiforme de la sécurité juridique	5
A. La clarté	5
B. La stabilité.....	6
C. La prévisibilité	8
§2. L'accord collectif comme vecteur de sécurité juridique.....	10
A. Une apparition spontanée et progressive	11
B. Une norme adaptée à la relation de travail.....	13
§3. L'accord collectif comme vecteur d'insécurité juridique	14
PREMIERE PARTIE : L'INSECURITE JURIDIQUE MODULEE PAR LE LEGISLATEUR.....	23
TITRE PREMIER : L'EMANCIPATION DE L'ACCORD COLLECTIF.....	24
<i>Chapitre premier : Une redéfinition progressive du rapport entre la loi et l'accord collectif.....</i>	<i>25</i>
Section 1 : Une émancipation progressive de l'accord collectif par rapport à la loi.....	25
§1. Une émancipation naissante : les accords dérogoires	26
A. Un concept ancien.....	27
B. Un concept dépassé.....	29
§2. Une émancipation affirmée : la supplétivité	32
A. Le discret développement d'une supplétivité affirmée.....	33
B. La discrète évolution du rôle du législateur	36
Section 2 : Une émancipation limitée de l'accord collectif par rapport à la loi.....	39
§1. L'effacement du principe de faveur.....	39
A. Une double reconnaissance d'un principe cardinal	39
1. Une reconnaissance unanime progressive du principe de faveur.....	39
2. Deux aspects complémentaires générateurs de difficultés d'application.....	42
B. Un principe limité	44
§2. Le recours à un ordre public renforcé.....	45
A. Un ordre public protéiforme	45
1. La nécessité de distinguer deux types d'ordre public	45
2. Une identification améliorée mais imparfaite	46
B. Un ordre public à double face.....	48
<i>Chapitre second : Le rôle normatif central conféré à l'accord collectif d'entreprise.....</i>	<i>51</i>
Section 1 : L'émancipation de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail au nom de l'emploi	52
§1. L'émancipation initiée par les accords de préservation de l'emploi.....	53
A. Une pratique tolérée par la jurisprudence	54
1. Un légitime besoin de la pratique.....	54
2. Une nécessaire sécurisation jurisprudentielle	55
B. Une pratique reconnue par le législateur	58
1. Une reconnaissance sous condition.....	59
2. Une reconnaissance inefficace	61

§2. L'émancipation renforcée par l'accord de performance collective	63
A. L'émancipation facilitée par les conditions de fond et de forme.....	64
1. Une motivation facilitée.....	64
2. Un accord original aux conditions d'élaboration communes.....	67
B. L'émancipation par les effets sur le contrat de travail.....	70
1. La modification ou rupture forcée du contrat de travail.....	70
2. L'intérêt général comme justification	73
Section 2 : L'émancipation de la « loi » d'entreprise au profit de la « loi » de la profession.....	75
§1. La sanctuarisation de la branche	76
A. Une notion indéfinie et évolutive	77
1. Une notion communément indéfinie	77
2. Une notion en évolution	81
B. Une notion au champ d'action restreint	85
1. Un strict cantonnement.....	85
2. Une sécurité juridique imparfaitement renforcée.....	87
§2. L'expansion de l'entreprise.....	90
A. La primauté de l'équivalence.....	90
1. Un principe de faveur source de difficultés	91
2. Des garanties équivalentes a priori source de facilité	93
B. La primauté de la proximité.....	94
1. Une primauté étendue.....	95
2. Une proximité assumée	96
TITRE SECOND : LA SECURISATION JURIDIQUE DE L'ACCORD COLLECTIF	101
<i>Chapitre premier : La sécurisation par la légitimité.....</i>	<i>103</i>
Section 1 : La légitimité assurée par les conditions de validité	104
§1. La validité fondée sur l'adhésion des partenaires sociaux.....	104
A. Le passage d'une légitimité administrative à une légitimité conventionnelle.....	104
1. L'instauration d'une légitimité administrative	105
2. L'avènement d'une légitimité conventionnelle.....	106
B. L'évolution de la légitimité conventionnelle	108
1. Une nouvelle légitimité progressive.....	109
2. Une nouvelle légitimité plus exigeante	111
§2. La validité fondée sur l'adhésion implicite des salariés	113
A. Une validité par la consultation	114
1. Une décision entre les mains des signataires de l'accord minoritaire.....	114
2. Une validation entre les mains des destinataires de l'accord minoritaire	117
B. Une validité par l'acceptation	119
1. L'acceptation d'une majorité de salariés.....	120
2. L'acceptation d'une minorité d'organisations syndicales.....	121
Section 2 : La légitimité assurée par les auteurs	123
§1. Une légitimité fondée sur la représentativité	124
A. Un besoin d'évolution de la représentativité	124
1. Les limites d'une représentativité basée essentiellement sur la présomption	125
2. L'intérêt d'une représentativité basée essentiellement sur l'élection.....	127
B. Une légitimité des auteurs redéfinie	129

1. Une discutable atteinte à la liberté syndicale	129
2. Une indiscutable sacralisation du vote des salariés	132
§2. Une légitimité fondée sur l'adhésion implicite des salariés	135
A. Une modulation de la légitimité traditionnelle	135
1. Un remodelage de la légitimité négocié	135
2. Un remodelage de la légitimité imposé	138
B. L'avènement d'une nouvelle légitimité	141
1. Les souplesses de la ratification par référendum d'un projet d'accord	142
2. Les interrogations liées à la ratification par référendum d'un projet d'accord	144
<i>Chapitre second : La sécurisation par la stabilité</i>	149
Section 1 : La stabilité assurée par l'adaptabilité	150
§1. L'adaptabilité intérieure de l'accord collectif	150
A. L'évolution par le nouveau : l'avenant de révision	150
1. Une procédure en apparence suffisamment encadrée	151
2. Une procédure comblant l'absence de définition de l'avenant de révision	155
B. L'évolution par l'existant : l'avenant interprétatif	156
1. Une pratique peu encadrée	157
2. Une pratique à l'insécurité juridique limitée	158
§2. L'adaptabilité extérieure de l'accord collectif	160
A. La stabilité face aux évolutions législatives	160
1. Un recours fréquent à la régulation des effets de la loi	160
2. Un recours efficace à la régulation des effets de la loi	162
B. La stabilité face aux évolutions structurelles	164
1. La sécurisation des évolutions structurelles des branches	165
2. La sécurisation des évolutions structurelles des entreprises	168
Section 2 : La stabilité assurée par la continuité	170
§1. La stabilité peu fragilisée par la mise en cause et la dénonciation	171
A. Le maintien des dispositions de l'accord dénoncé ou mis en cause : une survie au-delà de la disparition de l'accord	171
1. Un maintien total provisoire	172
2. Un maintien partiel définitif	173
B. L'encadrement des auteurs de la dénonciation	176
1. La dénonciation limitée de l'accord signé par les partenaires sociaux	176
2. La dénonciation personnalisable du projet d'accord approuvé par les salariés	178
§2. La stabilité peu perturbée par la nullité	180
A. La stabilité face au risque de nullité	180
1. La réduction drastique du délai d'action en nullité	181
2. L'apport limité de l'exception d'illégalité	182
B. La stabilité face à la nullité prononcée	185
1. La création d'une faculté de modulation des effets de l'annulation	185
2. La souplesse reconnue par la Cour de cassation : une contribution au besoin de stabilité des accords collectifs	187

SECONDE PARTIE : L'INSECURITE JURIDIQUE MODULEE PAR LE JUGE 191

TITRE PREMIER : LE JUGE, REVELATEUR DE L'INSECURITE JURIDIQUE 193

Chapitre premier : Le contrôle judiciaire du forfait-jours, illustration de l'insécurité juridique révélée par le juge 194

Section 1 : Le contrôle judiciaire provoqué par un développement du forfait-jours	195
§1. L'expansion progressive du forfait-jours	196
A. Une création initialement prudente	196
1. Des débuts limités	196
2. La consécration de l'autonomie des salariés	199
B. Une éligibilité et une durée annuelle étendues	201
1. L'extension aux salariés non-cadres	201
2. L'extension de la durée annuelle maximale	204
§2. La tentative européenne de freinage	206
A. L'invalidation systématique par le CEDS du dispositif du forfait-jours français	208
1. Des saisines similaires axées sur le respect des durées raisonnables de travail	209
2. Des condamnations similaires grâce à une analyse méthodique des critères de la Charte sociale	211
B. La portée limitée des décisions du CEDS	213
1. L'inefficacité de la procédure	214
2. Les carences de la Charte sociale européenne	216
Section 2 : Le contrôle judiciaire provoquant l'insécurité juridique du forfait-jours	220
§1. Une jurisprudence hésitante et imprécise	221
A. Les hésitations jurisprudentielles	222
1. Des décisions contraires	222
2. L'incertaine sanction des conventions individuelles de forfait-jours irrégulières	224
B. L'identification des critères dégagés par la jurisprudence	227
1. Le contrôle et le suivi régulier de la charge de travail	227
2. La réaction en temps utile	229
§2. Des conséquences importantes sur les relations de travail	232
A. La tentative tardive de sécurisation du législateur	232
1. Une reprise partielle tardive des critères jurisprudentiels	233
2. Une sécurisation insuffisante	236
B. L'impossible préservation des conventions individuelles	238
1. Une influence extérieure parfois non-maîtrisée	238
2. L'absence d'atteinte à une situation juridiquement acquise au nom de la santé et de la sécurité au travail	240

Chapitre second : L'interprétation judiciaire génératrice d'insécurité juridique..... 245

Section première : Une méthode d'interprétation critiquable	247
§1. La longue recherche d'une méthode d'interprétation des accords collectifs	247
A. Les hésitations de la chambre sociale	248
1. Le choix d'une interprétation stricte	248
2. L'évolution vers une interprétation extensive par la recherche de l'objectif social	249
B. Les prémices d'un cadrage par l'assemblée plénière	251
1. La confirmation des dernières positions de la chambre sociale	251
2. La première reconnaissance d'une méthode d'interprétation	252
§2. La consécration d'une méthode d'interprétation à l'application confuse	256
A. Une méthode fixée, mais non appliquée	257
1. Une application qui fait défaut	257

2. Une argumentation qui ne convainc pas	259
B. Les conséquences de l'application de la méthode d'interprétation	261
1. Une atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux	261
2. Une reconnaissance implicite de la théorie réaliste de l'interprétation.....	263
Section seconde : Proposition d'une méthode d'interprétation des accords collectifs	266
§1. Prolégomènes nécessaires à la détermination de la méthode.....	267
A. Les difficultés dans la détermination d'une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs.....	267
1. La difficulté inhérente aux niveaux de négociation différents	267
2. La difficile recherche de volontés	269
B. Les aides à la détermination d'une méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs	270
1. L'intérêt absolu du préambule.....	270
2. L'intérêt relatif des commissions d'interprétation	272
§2. La méthode d'interprétation des conventions et accords collectifs	274
A. La priorité au texte de l'accord collectif dans son ensemble.....	275
B. Le besoin d'adapter la norme conventionnelle sans la dénaturer	276
TITRE SECOND : LE JUGE, INTERMEDIAIRE ENTRE LES ESPACES NORMATIFS	281
<i>Chapitre premier : Le pluralisme juridique au service d'une nouvelle approche de l'insécurité juridique</i>	283
Section première : L'ordre juridique, une notion limitée par le pluralisme juridique	283
§1. Un pluralisme radical : L'institutionnalisme italien	284
A. Des bases posées par Santi Romano et l'idée de relevance.....	284
B. Des bases prolongées par Norberto Bobbio et les normes du premier et second degré	287
§2. Un pluralisme modéré : L'institutionnalisme français.....	289
A. La théorie de l'institution de Maurice Hauriou	289
B. Le pouvoir social de François Gény	291
§3. L'absence d'ordres juridiques des entreprises	293
A. Une production normative avérée.....	294
B. Un contrôle normatif insuffisant.....	296
Section seconde : L'ordre juridique, une notion dépassée grâce au pluralisme juridique	298
§1. L'ouverture de pensée permise par la construction d'un pluralisme centré sur l'individu.....	298
A. Une prise de conscience initiée par les premières théories pluralistes liées à l'individu	299
B. Un nouveau pluralisme développé par les théories modernes	301
§2. Le dépassement de la notion d'ordre par celle d'espace.....	305
A. L'absence d'autonomie collective : l'existence d'un espace normatif semi-autonome par rapport à l'espace normatif étatique.....	305
B. Une meilleure représentation de la réalité juridique et sociale des entreprises grâce à la notion d'espace normatif	307
<i>Chapitre second : L'insécurité juridique nuancée par la communication entre l'espace normatif conventionnel et les autres espaces normatifs</i>	312
Section 1 : La méconnaissance par l'État des normes conventionnelles	313
§1. Des normes négociées en dehors du champ de vision étatique	314
A. Une cécité liée à l'autonomie normative accordée aux partenaires sociaux	314
1. La rencontre de volontés méconnues par l'État	315

2. Un contexte parfois connu.....	317
B. Une cécité accentuée par la décentralisation	318
1. Une cécité subie par des espaces normatifs cloisonnés.....	318
2. Une cécité voulue pour des espaces normatifs plus pertinents	320
§2. Des normes habillées selon des critères étatiques.....	321
A. Une validité de principe.....	322
1. Un habillage administratif.....	322
2. Une relevance de principe	323
B. Une validité apparente	324
1. Un semblant de validité grâce à la validation de fond conventionnelle.....	324
2. Une validité par l'intégration de la norme au sein du réseau de l'Individu	325
Section 2 : La reconnaissance par le juge des normes conventionnelles	327
§1. L'initiative de la communication	327
A. La mise en action du juge par la motivation de l'individu	327
1. L'intérêt d'une mise en action justifié par la motivation de l'individu.....	328
2. L'apparition de la motivation par la divergence	329
B. Une motivation versatile	330
1. Une évolution de la motivation propre à chaque individu	330
2. Des limites aux motivations individuelles et générales	332
§2. La double action du juge.....	334
A. L'action communicative	335
1. La vision de l'espace normatif étatique.....	335
2. L'intégration de normes issues d'espaces normatifs différents	336
B. L'action déformative.....	337
1. La déformation interprétative.....	337
2. La déformation adaptative.....	338
CONCLUSION GENERALE.....	345
BIBLIOGRAPHIE	347
INDEX	373
TABLE DES MATIERES.....	377

Titre : L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du travail : l'exemple du forfait-jours.

Mots clés : Insécurité juridique, Sécurité juridique, Norme conventionnelle, Accord collectif, Droit du travail, Forfait-jours, Législateur, Juge, Individu, Pluralisme juridique.

Résumé : La norme conventionnelle en droit du travail a la particularité de mettre au cœur de sa création les partenaires sociaux dont leur rôle s'accroît au fil des évolutions législatives. Néanmoins, il peut exister un manque de précision de la part du législateur, lequel se trouve alors comblé par la jurisprudence. Même si ce travail prétorien est salubre, il intervient malheureusement après l'application de la norme invalidée, créant des situations complexes et parfois coûteuses tant pour les salariés que pour les employeurs. L'exemple des conventions de forfait annuel en jours est particulièrement évocateur. Ce dispositif créé en 2000 pour pallier la réduction du temps de travail a connu de nombreux précédents jurisprudentiels du fait d'un manque de précision de la phrase « garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ». Loin d'être le seul exemple, l'étude de la sécurité juridique de la norme conventionnelle, de ses évolutions et influences, notamment par l'application des théories sur le pluralisme juridique, permet une meilleure compréhension des mécanismes à l'œuvre ainsi qu'un renforcement de la sécurité de la norme conventionnelle.

Title: The legal insecurity of conventional norm in labor law: the example of day-rate agreements.

Keywords: Legal insecurity, Legal security, Conventional norms, Collective agreement, Labor law, Day-rate agreements, Legislator, Judge, Individual, Legal pluralism.

Abstract: The conventional norm in labor law has the particularity of putting social partners in the middle of its elaboration, whose role increases with every legislative development. Nevertheless, legislation can lack in accuracy finding itself completed by the jurisprudence. Even if this judicial work is welcome, it regrettably intervenes only after the application of an invalidated norm. This generates complex situations that are sometimes costly, both for the employer as for the employee. The example of yearly day-rate agreements is particularly revealing. This mechanism, created in 2000 to compensate the reduction in working hours, has known many jurisprudential precedents due to the lack of clarification regarding the sentence: "guaranteeing the respect of maximum working hours, as well as daily and weekly breaks". Far from being the only example, the study of the legal insecurity of the conventional norm, its evolutions, and influences, especially through the application of theories on legal pluralism, allow a better understanding of the mechanisms used as well as a reinforcement of the security of the conventional norm.