

Le juge qui invite à la négociation collective*

Jurisprudence de la Cour de cassation et négociation collective

Agnès MARTINEL,

Conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de cassation

PLAN

I. Les invitations du juge à la négociation collective

II. Les limites aux invitations à la négociation collective

Les rapports entre juges et partenaires sociaux sont peu étudiés par les juristes, philosophes et sociologues du droit. Pourtant, ils participent, selon l'expression du Doyen Carbone, "des effets de la condition humaine sur le droit".

L'histoire de ces rapports est celle d'une évolution progressive vers une reconnaissance mutuelle entre ces deux acteurs, "agents du droit". Certes, cette évolution est lente. Comment ne pas citer ici, avec une certaine ironie, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 avril 1970, qui a jugé que les accords de Grenelle n'avaient pas force obligatoire puisque, bien que très largement appliqués, ils n'avaient pas été signés ?

Mais pouvait-on en vouloir aux juges ? Cette frilosité ancienne était celle de leur temps. A cette époque, le législateur entretenait aussi des relations plutôt froides, sinon ambiguës, avec la notion de négociation collective. Est-il besoin de rappeler que ni la Constitution ni son Préambule ne se réfèrent à la négociation collective.

Mais les temps changent. Sans doute fallait-il une clarification des domaines propres à chacune des sources. Aussi la reconnaissance de la négociation collective au rang constitutionnel a-t-elle marqué un tournant dans cette évolution. La décision 77-79 DC du 5 juillet 1977 a posé pour la première fois le principe en se fondant sur l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Affirmation timide certes. C'est finalement en 1996 que le Conseil constitutionnel va consacrer le droit à la négociation collective (1).

Confirmé par deux décisions récentes (2), le caractère constitutionnel de ce droit de négociation collective ne fait désormais plus aucun doute : " il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, 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".

C'est donc bien de la Constitution que les accords collectifs tirent leur validité. Cette évolution initiée en 1996 inaugure le début d'une nouvelle ère : le législateur accepte désormais de partager son pouvoir. En 1998, la loi Aubry I naît sous le signe de la négociation collective en matière de temps de travail. Par la suite, les textes législatifs commenceront à laisser davantage de place à la négociation collective. Les avancées sont donc là, même si, pour certains, cela demeure encore trop à la marge.

La jurisprudence a connu aussi un long cheminement. Certes, depuis toujours, les juges appliquent la convention ou l'accord collectif en tant que source de droit autonome. Toutefois, il semble que l'on assiste aujourd'hui aussi dans ce

* Le colloque "Juge et négociation : être (jugé) ou avoir (négocié)" s'est tenu le 8 décembre 2007 à l'Université de Paris-Dauphine.

(1) Décision 96-383 DC du 6 novembre 1996, à propos de laquelle G. Lyon-Caen « La Constitution française et la négociation collective - Commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil

constitutionnel par un esprit "non prévenu", Dr. Ouv. 1996 p. 499.

(2) Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004 et 2006-545 DC du 28 décembre 2006.

domaine à ce qu'Alain Supiot désigne comme "un mouvement de transformation des sources du droit". Loin de se limiter à l'application de la norme conventionnelle, le juge invite lui-même à la négociation collective, une invitation qu'il décline suivant plusieurs modes (I), une invitation qui cependant doit contenir des limites incontournables (II).

I. Les invitations du juge à la négociation collective

Constatant le développement croissant du contentieux d'annulation des conventions collectives ou accords collectifs, certains auteurs ont pu dire que l'action du juge pouvait avoir un effet négatif sur la dynamique de la négociation collective. De telles actions auraient pour effet de créer un climat d'incertitude juridique avec pour risque l'annulation, susceptible de remettre en cause l'équilibre atteint lors des négociations. Ce constat semble aujourd'hui être contredit par les faits. Même si le contentieux de l'annulation demeure très important, de plus en plus de décisions juridictionnelles sont des invitations du juge à la négociation collective, le plus souvent de manière directe avec les décisions rendues par le juge des référés prud'homal ou du Tribunal de grande instance, mais aussi de manière indirecte. Ce mouvement touche toutes les juridictions du Conseil de prud'hommes à la Chambre sociale de la Cour de cassation. Notre propos se limitera ici aux arrêts de cette dernière. Non pas que son action soit la plus efficiente sur ce plan. En effet, le juge des référés statuant en droit social est sans nul doute l'agent le plus actif dans cette invitation du juge à la négociation collective. Mais il est difficile d'échapper à la réalité de l'expérience, de la pratique qui est la nôtre aujourd'hui et qui seule, à nos yeux, dans ce domaine, peut fonder la réflexion.

Comment ce mécanisme d'invitation à la négociation collective se manifeste-t-il devant la Chambre sociale de la Cour de cassation ? Il semble que, de manière générale, il se conçoive essentiellement comme une incitation à la négociation. Par l'instauration d'une règle jurisprudentielle, le juge de cassation rend la négociation entre partenaires sociaux plus attractive, voire même parfois quasiment nécessaire.

Les arrêts du 26 novembre 2003 (3) sur les contrats à durée déterminée d'usage ont été un exemple éloquent de cette évolution. Le renvoi à la négociation collective y transparaissait en creux comme une invitation à prévoir à l'avance, à fixer de manière claire et précise les emplois pour lesquels il était d'usage de ne pas recourir à un contrat de travail à durée indéterminée (4).

La discussion perd aujourd'hui de son acuité. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, dans deux arrêts du 23 janvier 2008 (5), modifié la donne. Elle a ainsi affirmé que, s'il résulte de la combinaison des articles susvisés du Code du travail que, dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi (6).

Par cet arrêt, la Haute juridiction pose les conditions de contrôle de la succession des contrats à durée déterminée d'usage à la lumière du droit communautaire. Un arrêt rendu par la CJCE (7) avait en effet semé le trouble sur cette question et certains auteurs s'étaient interrogés sur la validité de la jurisprudence de 2003 au regard de l'accord-cadre et de la directive. Les ambiguïtés sont aujourd'hui levées. Cependant, la définition de l'emploi par nature temporaire n'étant pas strictement posée par la loi, un espace restera ouvert à la norme conventionnelle, qui pourra notamment définir par secteur d'activité certains types d'emplois considérés comme temporaires par nature. Mais désormais, ce recours à la définition de l'emploi par nature temporaire par la convention collective sera plus encadré, la jurisprudence exigeant l'existence d'éléments concrets. Ainsi, on peut se demander s'il reste aujourd'hui une place pour les conventions collectives qui seraient très vagues sur la notion d'emploi temporaire.

(3) Soc. 26 novembre 2003 Bull. civ. V n° 298 (quatre arrêts), Dr. Ouv. 2004 p.217 n. M-F. Bied-Charreton et M. Henry.

(4) Les CDD d'usage, P. Bailly.

(5) Reproduits *supra* avec les obs. de Julie Guyon.

(6) Soc. 23 janvier 2008 pourvoi n° 06-43.040, voir sur ce point rapport de D. Ludet RJS 03/2008.

(7) CJCE 4 juillet 2006, Dr. Ouv. 2006 p. 553 n. M. Bonnechère, RJS 10/06 n° 1139, Droit social 2007 page 97 commentaire C. Vigneau.

Il est d'autres domaines dans lesquels la Chambre sociale de la Cour de cassation se traduit par une incitation à la négociation collective. La durée du travail bénéficie ainsi d'une nouvelle approche en pleine évolution dans l'interprétation de la norme conventionnelle. Une telle évolution a fait ainsi écho à la volonté affichée du législateur de favoriser le dialogue social. Les lois Auroux avaient lancé les premiers pas de cette révolution. Les lois *Aubry* avaient donné du contenu à ce débat sur la négociation collective. La loi du 4 mai 2004 est venue s'inscrire dans cette évolution. La jurisprudence a traduit cette volonté dans des décisions de plus en plus audacieuses.

La durée du travail apparaît ainsi comme un lieu d'examen des pratiques judiciaires face à la question des négociations collectives. La Cour suprême n'échappe pas à cette réalité.

Un exemple éloquent se trouve dans les arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la question des majorations salariales pour travail de nuit. Dans plusieurs arrêts du 21 juin 2006, la Haute juridiction, opérant un revirement de jurisprudence, a considéré que des accords collectifs pouvaient fixer librement des tranches horaires pour le bénéfice des majorations salariales, dès lors que la loi ne rend obligatoire que les contreparties en termes de repos (8). Ce faisant, elle invite *de facto* à la négociation de tels accords, seuls susceptibles de permettre la création de majorations salariales.

Mais, au-delà d'une approche très stricte des domaines de la loi et de l'accord collectif, la jurisprudence peut également inciter à la négociation collective en veillant au respect des termes de l'accord. Dans un certain nombre d'arrêts rendus en matière d'accords sur la réduction du temps de travail, la Chambre sociale a mis en oeuvre un contrôle très strict dans l'interprétation des dispositions conventionnelles. Chaque accord étant différent, la Cour de cassation s'attache à vérifier si les dispositions conventionnelles visent ou non à rendre obligatoire la réduction ou l'aménagement du temps de travail dans la branche concernée. Nous mentionnerons ici à titre d'exemple l'arrêt rendu sur l'accord Syntec (9). Mais il en existe d'autres.

La question de l'application du principe "à travail égal salaire égal" connaît souvent des interférences avec la mise en oeuvre d'accords collectifs. Elle est également au coeur des évolutions récentes. En outre, depuis quelques

années, la question de l'incidence d'une disposition conventionnelle sur l'application du principe d'égalité des rémunérations se pose de plus en plus fréquemment. Dans ce domaine très sensible, il s'agit de faire preuve de prudence. En effet, une décision peut directement ou indirectement avoir pour effet d'inciter à une négociation collective susceptible d'avoir des conséquences négatives sur le principe d'égalité. Ainsi, dans un arrêt du 18 janvier 2006, dit arrêt *Carrefour* (10), la Cour de cassation a affirmé qu'un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités spécifiques de rémunération seront déterminées par voie d'accord d'établissement. Une invitation "à jouer avec les sources" commenteront certains auteurs (11).

Aussi la Haute juridiction a-t-elle par la suite abordé la question avec une nouvelle approche visant à harmoniser les conditions d'application du principe. Un arrêt du 21 février 2007 affirme ainsi qu'au regard de l'application du principe "à travail égal salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif (12). La même solution a été réaffirmée s'agissant de différences de rémunérations concernant des salariés ayant été engagés, pour les uns avant la dénonciation d'un accord collectif, pour les autres après cette dénonciation (13).

Cette question de la négociation collective demeure donc essentielle. Et les champs d'investigation, loin de s'amoinrir, deviennent de plus en plus vastes. La formation professionnelle est le dernier chantier ouvert par la Cour de cassation dans ce domaine. Un arrêt récent rendu pose les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que l'indemnité de précarité est réduite à 6% en application des dispositions de l'article L. 122-3-4, alinéa 2, du Code du travail. Cette réduction n'est possible que si des contreparties sont offertes à ces salariés, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle (14). Cette décision présente un intérêt particulier dans la mesure où elle pose les conditions de la validité de l'accord conclu en matière de formation professionnelle de manière à

(8) Soc. 21 juin 2006 Bull. civ. V n° 227, Dr. Ouv. 2007 p. 47 n. N. Bizot.

(9) Soc. 31 octobre 2006 pourvoi 05-10.051.

(10) Dr. Ouv. 2006 p. 491 n. A. de Senga.

(11) Thérèse Aubert-Monpeyssen *Principe "à travail égal salaire égal" Quels éléments objectifs justifient une différence de*

rémunération ? JCP Ed. Entreprise et affaires n° 30, 26 juillet 2007.

(12) Bull. civ. V n° 27, Dr. Ouv. 2007 p. 351 n. M.F. Bied-Charreton.

(13) Soc. 11 juillet 2007 Bull. civ. V n° 119.

(14) Soc. 11 juillet 2007 Bull. civ. V n° 118, Dr. Ouv. 2008 p. 69 n. G. Jacquemet.

rendre effectif le droit individuel à la formation professionnelle. Et ce contrôle de légalité de la norme conventionnelle, loin d'affaiblir le droit à la négociation collective, le renforce par les exigences minimales qu'elle impose aux partenaires sociaux, créant ainsi les conditions de la sécurité juridique nécessaire pour la mise en oeuvre de la convention ou de l'accord collectif.

Cependant, cette ouverture vers les partenaires sociaux par une invitation à la négociation collective ne va pas sans susciter un certain nombre d'interrogations notamment en ce qui concerne les pouvoirs du juge. Quelles sont les limites à ces invitations à la négociation collective ?

II. les limites aux invitations à la négociation collective

La limite du juge c'est la loi, entendue bien évidemment au sens large du terme. La norme conventionnelle en tant que source de droit est soumise à une hiérarchie des normes, qui la place après la loi, les normes internationales et la Constitution.

Il s'en déduit deux principes essentiels :

- seule l'invitation est permise,
 - l'invitation du juge est limitée par le contenu de la loi.
- * Seule l'invitation est permise.

Le juge ne peut contraindre à la négociation collective, sauf si la loi en dispose autrement. Et à notre avis, à l'instar de ce que souligne le professeur Teyssié, il convient de considérer que les obligations de négocier créées par la loi doivent demeurer des obligations de moyens et non des obligations de résultat.

* L'invitation du juge est limitée par le contenu de la loi.

La loi prime sur les accords collectifs et les partenaires sociaux ne peuvent se substituer au législateur dans son domaine réservé de l'article 34 de la Constitution : la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical et la réglementation de la liberté de la négociation collective. En revanche, les partenaires sociaux peuvent se substituer au pouvoir réglementaire, devenant ainsi leur alter ego.

La loi est ainsi l'extrême et infranchissable limite. Et parfois au silence d'un texte qui laisse la place à l'imagination du juge, s'oppose la règle posée par un autre texte. Prenons l'exemple de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juillet 2007 (15) qui affirme qu'un accord collectif emportant reconnaissance d'une UES entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place des institutions représentatives du personnel. Si ces arrêts ouvrent la voie à la négociation collective au sein de l'UES, ce n'est que dans la limite des domaines visés aux articles L.131-1 et suivants du Code du travail.

Mais le législateur peut aussi nous réserver des surprises. Et loin de limiter le juge dans son invitation à la négociation collective, la loi le jette parfois inévitablement dans les bras des partenaires sociaux. Ce fut le cas avec la loi du 19 janvier 2000. La notion de sécurisation des accords collectifs consacrée par la loi *Aubry II* a sans nul doute révolutionné les rapports entre le juge et la négociation collective. La Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas dérobée face à ce nouveau standard. Elle a veillé ainsi à une réelle mise en oeuvre de ce principe parfois d'ailleurs en allant très loin dans son interprétation. Ainsi dans un arrêt du 28 mars 2006, elle a utilisé ce principe en admettant l'existence d'une protection s'attachant à un salarié mandaté pour la négociation et le suivi d'un accord collectif conclu en application de la loi *Aubry I* licencié après la promulgation de la loi *Aubry II* (16). Elle a adopté la même logique s'agissant de la question des conditions de validité du licenciement *sui generis* de l'article 30 de la loi *Aubry II* (17).

En conclusion de ces quelques réflexions, qui sont loin d'être exhaustives, il convient d'observer que les invitations du juge à la négociation collective – et plus particulièrement celles du juge de cassation –, présentent un aspect protéiforme. Certes, de manière générale, il s'agit d'inciter. Mais l'incitation peut se faire sous de multiples formes et selon différentes méthodes.

Cette facette de l'office du juge social ne doit cependant pas faire oublier que le rôle fondamental du juge demeure défini autour de la notion des contrôles. Or, tous ces aspects de l'acte de juger sont déterminants au regard du développement de la norme conventionnelle. De vastes champs d'investigation sont aujourd'hui ouverts. Il appartiendra aux juges de s'en saisir afin de créer les conditions d'un essor de la norme conventionnelle dans le cadre d'une jurisprudence claire et précise, seule garante des droits de chacun au sein d'une nécessaire démocratie sociale.

Agnès Martinel

(15) Soc. 10 juillet 2007 pourvoi 04-40.332 et 04-40.334 ; en ce sens déjà Soc. 12 juillet 2006 Dr. Ouv. 2007 p. 317 n. F. Saramito.

(16) Soc. 28 mars 2006 Bull.civ. V n° 129.

(17) Soc. 15 mars 2006 Bull. civ. V n° 107.