

INTERPRÉTER LA LOI PAR L'ANI QUI PRÉCÈDE

Alexis Bugada

► **To cite this version:**

Alexis Bugada. INTERPRÉTER LA LOI PAR L'ANI QUI PRÉCÈDE. Mélanges Laborde, Dalloz, 2015. hal-01696331

HAL Id: hal-01696331

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01696331>

Submitted on 30 Jan 2018

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.

INTERPRÉTER LA LOI PAR L'ANI QUI PRÉCÈDE

par Alexis BUGADA

*Professeur à l'université d'Aix-Marseille
Centre de droit social EA 901*

1. – L'ANI a le vent en poupe. Ceux des 11 janvier 2008¹ et 2013² l'attestent. Leur rôle n'est pas nouveau. Mais l'impulsion décisive donnée à une réforme systémique du marché du travail, nécessairement relayée par le législateur, ne cesse d'interroger. Ce type d'acte vise la forme du « contrat-loi ». Il intensifie le droit de participation plaçant parfois, sur un plan symbolique, les partenaires sociaux à égalité avec les parlementaires. Le constat n'est pas juridique. Mais certains effets induits le sont dès lors que la production législative apparaît liée à l'accord qui l'a précédée. Il est vrai qu'au niveau national, un tel accord couvre un champ d'application très large. De multi-professionnel³ à omni-professionnel, il peut avoir vocation à embrasser l'ensemble des activités économiques selon son objet et la qualité de ses signataires⁴. La technique réglementaire de l'extension et de l'élargissement permet cette généralisation ; mais c'est la loi qui doit relayer

¹ ANI sur la modernisation du marché du travail, étendu par arrêté du 25 juill. 2008, *JO* n° 1072, p. 11996.

² ANI intitulé « Pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ».

³ *Cf.* art. 29-I L. n° 2014-288, du 5 mars 2014 relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (C. trav., nouv. art. L. 2152-2). – P. Caillaud, « La représentativité patronale multi-professionnelle : la consécration du « second cercle » de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014. 214.

⁴ Sur la question, avant la loi du 5 mars 2014 : A. Sauret, « Le dialogue social au niveau interprofessionnel et professionnel », *LP.A.*, 14 mai 2004, n° 97, p. 30 ; P. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005. 56 ; J. Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008. 566 ; C. Radé, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010. 284 ; A. Bugada, « Contribution à l'étude de l'interprofession : à propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010. 1039 ; J. Barthélémy, « L'interprofession en débat », *Sem. soc. Lamy* 2011, 1512, p. 4. – N. Maggi-Germain, J.-P. Le Crom, *La construction de la représentativité patronale*, rapport, DARES, 2014.

la proposition d'initiative paritaire lorsque celle-ci propose une réforme systématique empiétant sur le domaine législatif⁵. Dans ce cas, l'ANI est dit pré législatif. Il n'est pas pour autant sans valeur⁶. L'intérêt est de faire naître, à partir d'un processus contractuel, une norme qui offre à la loi l'acceptabilité du socle professionnel : une sorte de brevet de recevabilité, pour ne pas dire de légitimité. La négociation interprofessionnelle devient ainsi l'antichambre de la loi pour conférer un second sceau au texte finalement promulgué : celui d'un « parlement » social historiquement écarté par les institutions de la V^e République. Cette influence rayonne nécessairement à travers la loi reprenant l'ANI. Il en constitue la *ratio legis* et contribue à en délivrer le sens. Un tel pronostic (II) et ses prolongements (III) nécessitent des prolégomènes (I) pour asseoir la conviction.

I. – PROLÉGOMÈNES

2. – Parmi les promesses de campagne précédant son élection, l'actuel Président de la République envisageait d'inscrire le dialogue social dans la Constitution. La chose fut dite mais non faite, une telle réforme constitutionnelle nécessitant l'assise politique pertinente pour réunir le congrès. Il n'empêche que l'utilité d'un tel projet interroge la négociation interprofessionnelle⁷. D'abord parce que le Préambule de 1946 garantit déjà la liberté syndicale⁸ et le droit de participation⁹. Ensuite et surtout, parce que l'article 1^{er} de la Constitution consacre le modèle de la République « *démocratique et sociale* »¹⁰. La promesse interroge aussi l'histoire politique. Car, à bien y réfléchir, un État dit « *social* » ne peut que péniblement évincer du processus démocratique une représentation sociale¹¹ cantonnée au rôle lointain que lui réserve le Conseil économique social et environnemental (CESE)¹², de surcroît rétif à la consultation populaire¹³. De grands « patrons » de centrales syndicales n'hésitent plus à comparer le nombre de leurs militants à celui des partis politiques. Et pas des moindres. D'autres organisations syndicales osent parfois des conseils de vote, notamment lors des élections présidentielles. La sociologie du mélange des genres s'avère plus forte que la charte d'Amiens. On peut achever la conviction en se

⁵ C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014.

⁶ Surtout s'il est également étendu.

⁷ F. Morel, « Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ? », *JCP S* 2013. 1460 ; V. Bonnin, « La "Démocratie sociale" constitutionnalisée ? », *Dr. soc.* 2014. 428.

⁸ Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix (al. 6).

⁹ Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises (al. 8).

¹⁰ V. Bernaud, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », *Dr. soc.* 2007. 174.

¹¹ E. Aubry, « L'article L. 1 du Code du travail : Dialogue social et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010. 517.

¹² Art. 69, 70 et 71 C. 1958 : le CESE « peut » être consulté par le Gouvernement et le Parlement sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental. Le Gouvernement peut aussi le consulter sur les projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques. Tout plan ou tout projet de programmation à caractère économique, social ou environnemental lui est soumis pour avis.

¹³ Cf. à propos du rejet de la saisine populaire effectuée à l'occasion de la loi sur le mariage homosexuel sur la base de l'article 4-1 de ordonnance n° 58-1360 du 29 déc. 1958 (mod.).

référant au financement de la sécurité sociale, dont la gestion reste d'obédience paritaire, rapporté au PIB (un quart) ou à la dépense publique (moitié). Ce constat invite à tirer des conséquences logiques quant à l'impact politique de l'action syndicale dont la négociation collective est la partie la plus visible. Le principe de spécialité¹⁴ ne fait qu'imparfaitement sectoriser la réalité. Le Général de Gaulle le ressentait nettement au regard de ce qu'il percevait des corps intermédiaires au sortir de la guerre¹⁵ d'une part, et des événements de mai 1968 d'autre part. Mais avoir raison trop tôt, c'est avoir tort. L'échec du référendum du 27 avril 1969 laisse penser que la V^e République reste inachevée. Cette consultation populaire promouvait une large réforme des régions¹⁶ et surtout du Sénat, mâtinée de la doctrine de la participation. Pour s'en tenir à la réforme de la chambre haute, l'idée était d'y introduire, outre des sénateurs territoriaux, des sénateurs socioprofessionnels à partir d'une fusion avec le Conseil économique et social¹⁷. On connaît la suite. Faute d'ouverture de la chambre haute, il est permis de croire à l'une des causes de l'ancrage d'un syndicalisme de lutte et d'opposition si caractéristique du rapport de force français¹⁸.

3. – Pour autant, la place politique de la négociation interprofessionnelle se révèle majeure. Ce qui s'explique aussi par ses vertus, d'autant que les figures de l'ANI sont multiples (accord pré législatif ou infralégislatif)¹⁹. D'abord, certains piliers de l'État interventionniste reposent nettement sur l'interprofession. Sans être exhaustif, on songe au régime d'indemnisation « chômage » (ANI de 1958 et ses avenants) comme aux CCN fondant les régimes AGIRC ou ARRCO. Ensuite, l'histoire enseigne que ce niveau de négociation s'est révélé outil de paix sociale. On songe alors aux accords de Matignon de 1936, au protocole de Grenelle de 1968, ou au Pacte social du 20 octobre 2000 concernant la Nouvelle Calédonie²⁰, même si dans ces cas le format tripartite a été privilégié. Sa géométrie est également variable, ce qui permet l'activation de politiques sociales coordonnées pour faire face à des enjeux communs, tels l'ANI du 8 juillet 2009 relatif à la gestion sociale des conséquences de la crise économique. Le champ matériel peut s'avérer très large, sur un territoire donné, à l'instar de l'Accord interprofessionnel territorial de Nouvelle Calédonie (1997), qui traite de l'ensemble des conditions de travail au point de donner l'impression de concurrencer le Code du travail local. Plus couramment, l'ANI porte sur un objet professionnel précis, permettant une avancée segmentée. C'est ainsi que l'accord interprofessionnel de Polynésie française relative à la prime à

¹⁴ Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude de la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts (C. trav., art. L. 2131-1).

¹⁵ Cf. discours de Bayeux du 16 juin 1946.

¹⁶ Question qui ne cesse d'être d'actualité encore en 2015 !

¹⁷ Le rôle du Sénat devenant, il est vrai, consultatif sans pouvoir de blocage.

¹⁸ Il s'ensuit, par un effet mécanique, que la négociation d'addition a prévalu sur la négociation d'adaptation, tous niveaux confondus, et ce jusqu'aux réformes de la négociation collective du 4 mai 2004 et du 20 août 2008.

¹⁹ B. Teysié, « De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail », *JCP S* 2014. 1180.

²⁰ Protocole de dimension économique et sociale relatif à la couverture sociale unifiée, au pouvoir d'achat, aux conditions d'accès aux logements pour les bas revenus, à l'institution d'un préavis de grève, etc.

l'emploi (2005), après bien des péripéties, a contribué à initier une augmentation des salaires au sein de toutes les activités économiques de l'archipel. Mais c'est surtout l'accord de 1977 sur la mensualisation qui demeure le plus symbolique d'autant qu'il fut annexé à la loi de 1978 lui offrant le meilleur des vecteurs de généralisation.

4. – Ajoutons à ce panorama non exhaustif, la force de l'inventivité et de l'adaptabilité. Adaptabilité d'abord quant au thème ou à l'objet retenu. Lorsqu'elle porte sur un thème précis, la négociation interprofessionnelle favorise le compromis en ne traitant pas de l'ensemble des conditions de travail. À l'inverse, elle peut embrasser largement, même en se limitant à une catégorie de travailleur (VRP), au regard de son champ d'application. Inventivité ensuite, au regard de la capacité de ce niveau de négociation à se saisir de problèmes émergents (ex. télétravail) ou à donner des définitions juridiques ignorées des codes (stress, violence et harcèlement) ou encore à promouvoir de nouvelles institutions juridiques (rupture conventionnelle). Enfin, lorsque l'objet professionnel de la négociation est mis principalement au service d'un magistère d'influence politique, les partenaires sociaux procèdent non par voie d'accord mais par voie déclarative sous forme de position ou de déclaration commune²¹. L'impulsion prévaut ici sur la « légistique » immédiate, même négociée. L'absence de constitutionnalisation du dialogue social n'ôte donc rien à la place déjà occupée par la négociation interprofessionnelle. D'autant que le législateur, en 2007 (Loi Larcher) a institutionnalisé les rapports entre l'initiative législative gouvernementale et celle des partenaires sociaux. Le symbole est porté haut, en offrant le premier article du Code du travail (C. trav., art. L. 1)²².

5. – Il est vrai que le système choisi s'inspire du modèle européen (TFUE, art. 154 et 155). Le droit matériel y promeut le droit dérivé du dialogue social. Ainsi, l'accord-cadre européen peut déboucher soit sur une directive²³ soit être repris par les partenaires sociaux au niveau national²⁴, avec la déperdition d'unité que l'on comprend. Reste que le décalque de ce système au niveau étatique (C. trav., art. L. 1) est un marqueur fort de la volonté de coproduction de la norme au plus haut niveau. Si bien que la négociation interprofessionnelle affiche parfois clairement l'ambition d'impulser la politique sociale²⁵. Elle reste cependant, aux yeux des citoyens qui la perçoivent, une antichambre éthérée. L'existence de commissions²⁶, conseils²⁷ ou comités nationaux n'y change rien. Au contraire, le paysage

²¹ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies ou les moyens de l'approfondissement de la négociation collective ; Position commune du 9 avril 2008 relative à la représentativité syndicale.

²² L. n° 2007-130 du 31 janvier 2007. J.-F. Cesaro, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007. 1117 ; A. Supiot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010. 525.

²³ Cf. directives sur le congé parental, sur l'emploi à temps partiel, sur l'emploi à durée déterminée.

²⁴ Cf. accords sur le harcèlement et la violence au travail, sur le télétravail et sur le stress au travail.

²⁵ ANI du 19 juin 2013, comportant l'intitulé suivant : Vers une nouvelle *politique* d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle.

²⁶ Commission nationale de la négociation collective.

²⁷ Haut conseil du dialogue social, Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelle.

institutionnel de la social-démocratie est atomisé, surtout si l'on y ajoute l'expression plurielle de la rue (manifestations). Il n'empêche que cette institutionnalisation de la négociation interprofessionnelle invite à prendre son fruit (l'ANI) au sérieux, y compris lorsque, sans produire l'effet autonome d'un accord collectif traditionnel, il est la norme qui précède et inspire la loi pour des réformes en profondeur.

II. – PRONOSTIC

6. – Tout texte est en effet sujet à interprétation, l'acte légiféré comme l'acte négocié. Le fait que l'autre précède celui-là ne peut être minoré, spécialement par les juges chargés de l'appliquer. Avec le risque suivant : celui que « *la loi s'écarte trop profondément, ou trop souvent de l'ANI* »²⁸. Il arrive d'ailleurs que l'accord conditionne son entrée en application (outre son dépôt) à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires utiles ainsi qu'à la réouverture des négociations en cas de contrariétés avec celles-ci²⁹. Mais dans d'autres cas le rapport à la loi est plus... singulier. Tel est le cas de l'ANI du 11 janvier 2013, dont l'objectif, à la suite de l'ANI du 11 janvier 2008, est de contribuer à une réforme systémique du marché du travail. Dans son titre V relatif aux dispositions diverses, l'article 27 précise en ces termes les modalités de son entrée en application :

« *Le présent accord entrera en vigueur dès l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application* ».

Le choix des termes est significatif (l'ANI de 2008 comporte une disposition semblable³⁰ avec une articulation complexifiée par son arrêté d'extension³¹). Autrement dit, la loi est perçue comme l'acte juridique d'application de l'accord ; son sort est lié à l'action du législateur³². Dans une perspective constitutionnelle et stricte de la hiérarchie des normes, l'affirmation semble vaine. Le domaine réservé de l'article 34 de la

²⁸ J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 31 janv. 2007 », *Dr. soc.* 2010. 496.

²⁹ Par ex. : art. 28 de l'ANI du 20 septembre 2003 relatif à l'accès à la formation tout au long de la vie professionnelle.

³⁰ V - ENTRÉE EN APPLICATION :

a) Les dispositions du présent accord correspondent à un équilibre d'ensemble.

Sa validité est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application. Il entrera en vigueur à la date de publication au journal officiel des dispositions législatives et réglementaires précitées.

b) Compte tenu de la nature et des objectifs du présent accord qui vise à moderniser le marché du travail, à développer l'emploi et à sécuriser les parcours professionnels, les parties signataires conviennent qu'il ne peut être dérogé à ses dispositions par accord de branche ou d'entreprise.

³¹ Arrêté du 23 juill. 2008, préc., art. 1 : Sont rendues obligatoires, pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application, les dispositions de l'accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008, sous réserve de l'application des dispositions de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail et des décrets n° 2008-715 et n° 2008-716 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail.

Le second alinéa du cinquième paragraphe de l'article 11 relatif à la conciliation prud'homale est exclu comme étant contraire aux dispositions de l'article 53 du Code de procédure civile.

³² Ce fut le rôle de la loi dite de « sécurisation de l'emploi » (L. n° 2013-504, 14 juin 2013 : *JO* 16 juin 2013). On relèvera d'emblée l'intitulé plus resserré que celui voulu par les partenaires sociaux, ce qui atteste déjà d'une différence de forme. Et l'on sait qu'en droit comme en politique, la forme et le fond sont étroitement liés. Par comparaison, il apparaît que la loi de 2008 prolongeant l'ANI de 2008 est plus fidèle à son intitulé (L. n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail).

Constitution ne peut, en l'état, concéder tant de compétence normative aux partenaires sociaux. Pas même l'article L. 1 du Code du travail qui, au demeurant, ne vise que les « projets de réforme » (*i.e.* d'initiative gouvernementale) pouvant relever de la négociation interprofessionnelle³³. Il est clair, pour rester sur l'exemple de l'ANI précité, que de très nombreux thèmes traités relèvent de la compétence constitutionnelle du législateur qu'il ne saurait, sous peine de grief d'incompétence négative, déléguer à ce point (plan de sauvegarde de l'emploi, rapport entre le contrat de travail et les accords et conventions collectives de travail, etc.). Il n'empêche que l'accord est limpide : il entre en vigueur dès lors que la loi chargée de l'appliquer est adoptée. À s'en tenir aux mots, la publication de la loi introduirait l'ANI dans l'ordre juridique comme norme suiveuse, sans pour autant l'annexer. La loi ne se départit pas de l'accord, d'après les termes qu'il emploie, l'accord serait « dans » la loi³⁴. Se posent alors de nombreux problèmes, évoqués ici sans souci d'exhaustivité en raison de l'extrême richesse des réformes suggérées par les partenaires sociaux.

7. – D'abord, il est acquis sur bien des points, que la loi contorsionne fréquemment la lettre de l'accord qui l'a précédée. Le filtre politique n'est jamais neutre. Deux exemples concrets touchant au contentieux prud'homal. 1^o) Alors que l'accord de 2013 réforme la prescription spéciale applicable à la rupture du contrat de travail, la loi introduit une nuance non posée par les partenaires sociaux : la prescription courte (2 ans) ne s'applique pas aux « *dommages corporels causés à l'occasion de l'exécution du contrat de travail* ». La question n'ayant pas été débattue par les parlementaires, d'aucuns s'interrogent puisque la précision figure désormais dans le Code du travail³⁵. Est-ce la prescription de dix ans qui s'applique par référence au droit civil³⁶ ou la prescription spéciale relative à la reconnaissance de la faute inexcusable organisée par le Code de la sécurité sociale³⁷ ? La prud'homie peut-elle en déduire une compétence concurrente à celles des juridictions de sécurité sociale ? 2^o) Pour les partenaires sociaux, la réforme de la conciliation prud'homale se voulait globale et forfaitaire à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Le législateur l'a introduite à l'article L. 1235-1 du Code du travail relatif à la contestation de l'irrégularité du licenciement. La lettre de la loi réduit-elle la portée de la réforme projetée par les partenaires sociaux ? Etc. Ces hypothèses sont encore à distinguer de celles où la loi annonce clairement une solution opposée à celle des partenaires sociaux mais sans régler tous les effets de cette discordance au regard de la finalité de l'accord. Ainsi, s'agissant du refus par le salarié d'une modification de son contrat proposée dans les conditions d'un accord collectif de mobilité interne : l'ANI admet le licenciement personnel ; la loi,

³³ Et non les propositions de loi, d'initiative parlementaire. L'article L. 1 évite soigneusement la confrontation entre la démocratie sociale et la démocratie parlementaire.

³⁴ B. Teyssié, « De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail », préc., § n° 4.

³⁵ C. trav., art. L. 1471-1.

³⁶ C. civ., art. 2226.

³⁷ CSS, art. L. 431-2.

le licenciement pour motif économique³⁸. Quel grand écart ! Or, le régime actuel de ce licenciement se révèle inadapté pour cette rupture d'un nouveau type³⁹ et le juge devra nécessairement raisonner par référence à l'accord national pour faire œuvre d'interprétation⁴⁰. Le motif économique se déduira-t-il de la seule conclusion d'un accord collectif de mobilité interne ? Rien ne permet de l'affirmer sans trembler.

8. – Ensuite, certaines dispositions de l'accord ne nécessiteraient pas forcément le relais de la loi pour avoir un effet normatif « direct » à l'égard des signataires et de leurs adhérents (du moins s'agissant des employeurs). Des droits et des avantages pourraient être ainsi découverts au fil des contentieux⁴¹. On objectera précisément que la « loi-relais » fait écran et que les dispositions conventionnelles ne sont pas autonomes, du moins si elles empiètent sur le domaine législatif, précisément occupé par le législateur. Il n'est guère envisageable de considérer que l'entrée en vigueur de la loi a rendu l'accord caduc, d'autant qu'il projette son entrée en vigueur par l'adoption de ladite loi. Alors de quelle force normative serait doté l'accord ? Sans doute, peut-on imaginer qu'il conserve une influence sur les accords collectifs de champ plus restreint⁴² qui, appliquant la loi, seraient aussi contraints de le respecter. Mais là encore, la loi fait écran. Les accords, à l'instar des textes réglementaires, s'appuieront sur les habilitations législatives. Reste qu'ayant précédé la loi, les partenaires sociaux ont souhaité conférer une légitimité particulière à la *réforme politique du marché du travail* en mobilisant leur influence. Cette chronologie est essentielle. Minorer ce fait de politique sociale serait une erreur. La thèse est donc la suivante. Les ANI restent attachés à la loi en tant que norme interprétative⁴³ *ab initio* ; ils en constituent la raison écrite d'autant plus remarquable qu'elle est négociée⁴⁴. Le juge devra donc trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (C. pr. civ., art. 12)⁴⁵, comprenant la règle conventionnelle utile à la bonne compréhension de la réponse du législateur.

³⁸ Il reviendra au juge de dire si ce motif économique constituera une cause réelle et sérieuse attestée par l'accord, à l'instar de la formule retenue pour les accords de maintien de l'emploi (art. 18). V. G. Loiseau, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013. 1260.

³⁹ G. Borenfreud, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT* 2013. 316 ; P.-Y. Verkindt, « Les mobilités », *JCP S* 2013. 1261 ; L. Marquet de Vasselot, « La mobilité et l'emploi, vers de nouvelles pratiques ? », *JCP S* 2013. 1262. – Adde, A. Barège, « Le pouvoir normatif des conventions et accords collectifs de travail », *JCP S* 2014. 1432.

⁴⁰ Sans négliger, probablement, les exigences du droit international ou européen : P. Lokiec, « L'ANI à l'épreuve du droit international et européen », *RDT* 2013. 202.

⁴¹ M.-N. Rouspide-Katchadourian, « De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe », *JCP S* 2014. 1299.

⁴² B. Gauriau, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *JCP S* 2012. 1239.

⁴³ Comme l'écrit le Doyen Franck Petit : « S'il y a conclusion d'un accord national interprofessionnel, ce dernier peut s'analyser comme une sorte d'acte préparatoire de la loi qui suivra » (...) « Il n'est pas excessif d'affirmer que la loi inscrite dans ce processus peut s'interpréter au regard des dispositions de l'accord interprofessionnel », in *Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale*, Doc. fr., 2014, coll. « Les Études », p. 18.

⁴⁴ Et par des syndicats représentatifs et majoritaires.

⁴⁵ S'agissant des conventions collectives : Soc. 3 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 76 ; 5 oct. 1993, *ibid.* n° 224 ; 10 déc. 2002, *JCP* 2003. II. 10065, note A. Perdriau ; 5 mai 2009, *Procédures* 2009, n° 227, note R. Perrot ; 3 mai 2007, *Bull. civ. V*, n° 67.

III. – PROLONGEMENTS

9. – Nul ne peut contester que la loi puisse comporter des dispositions contraires à l'accord. Le problème n'est juridique que s'il vise à corriger une prescription conventionnelle illicite ; à défaut, il est principalement politique et touche au respect des corps intermédiaires sollicités par les pouvoirs publics. Mais souvent, l'articulation est simplement dysharmonique ou soulève un problème d'interprétation. Dans ce cas, il devrait revenir au juge de tenir compte de l'esprit de l'accord pour donner sens à la loi obscure, ambiguë ou erratique. C'est alors que la négociation interprofessionnelle, de type pré législatif, s'invite dans les débats sur les méthodes d'interprétation de la loi d'application de l'ANI et des décrets qui lui font suite. À cette fin le dialogue social mobilise la « légistique », autrement dit la technique rédactionnelle des textes, pour conjuguer la force juridique de l'accord collectif et de la loi. Par suite, le juge ne pourrait faire dire à la loi nouvelle ce que l'accord ne dit pas. Un exemple concret : sous couvert d'obligation de sécurité de résultat, il ne saurait indiquer que l'action en réparation d'un préjudice corporel serait possible devant le conseil de prud'hommes dans les dix ans de la prescription civile⁴⁶ (*cf. supra*). Ce cas d'école est prospectif.

10. – En revanche, une formation pour avis de la Cour de cassation offre une illustration pratique et concrète de l'influence interprétative de l'ANI. Son avis du 8 septembre 2014 révèle qu'en matière prud'homale, l'avocat du défendeur n'a pas à produire de mandat spécial pour assister et représenter aux fins de conciliation⁴⁷. Royaume de l'oralité et de la comparution en personne, la pratique prud'homale en ressort étourdie. La Haute juridiction fait prévaloir les dispositions du Code de procédure civile (art. 416 et 417), et notamment celles spéciales concernant les avocats. Outre la question de l'application combinatoire de deux codes, la formation pour avis devait interpréter les dispositions de l'article R. 1254-13 al. 2 introduites par un décret de 2008⁴⁸, à la suite de l'ANI de la même année. Or, ledit ANI souhaitait favoriser le règlement amiable des litiges en redynamisant le préalable obligatoire de conciliation. Pour ce faire, M. l'avocat général Aldigé et M. le Conseiller référendaire Adida-Canac, font référence à l'accord national dans leurs travaux préparatoires. Certes, ils relèvent son ambiguïté dès lors que le texte rappelle la nécessité pour la personne absente de fournir le mandat spécial à son mandant ; il n'indique pas, en revanche, si cette obligation est d'ordre déontologique ou procédural, le but étant que la conciliation soit plus fréquente en présence de représentants habilités à concilier. Une note de bas de page (!) figurant dans le texte de l'ANI indique d'ailleurs : « *Étant entendu que l'avocat dispose d'un mandat de représentation dont cette mention n'est qu'un rappel* ». Cette mention contenue dans l'accord est reprise par les deux hauts magistrats à l'appui de

⁴⁶ A. Bugada, « L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? », *JCP S* 2014. 1450.

⁴⁷ Conciliation prud'homale : l'avocat du défendeur n'a pas à produire de mandat spécial (À propos de l'avis n° 15009 de la Cour de cassation du 8 septembre 2014), *Procédures* 2014, Études n° 13, p. 5.

⁴⁸ Décr. n° 2008-715, 18 juill. 2008, portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail, art. 3 et 4, *JO* 19 juill., p. 11589.

leur raisonnement convoquant l'ensemble des textes et sources interprétatives possibles (doctrine, jurisprudence, et ANI). Sans exagérer la portée de l'accord dans le rendu de l'avis, il apparaît que son texte a participé du syllogisme préparatoire aboutissant à la solution dispensant l'avocat du défendeur de produire un mandat spécial pour concilier. L'ANI a donc contribué à l'interprétation du décret de 2008 réécrivant les textes du Code du travail. Cela place au juste niveau interprétatif le travail normatif des partenaires sociaux.

11. – Les hauts magistrats ont poussé l'analyse jusqu'à mobiliser une note de bas de page, épaisse d'une ligne, figurant dans un ANI de plus de vingt pages. On peut croire qu'ils le referont pour des parties plus substantielles, y compris au sein de formations juridictionnelles. Les plaideurs⁴⁹ peuvent donc avoir intérêt à convoquer l'appui interprétatif de l'ANI en cas de besoin. Et la question se prolonge : qu'un article, un alinéa, ou une note figurant dans un ANI nourrissent le travail interprétatif, est une chose. Mais le juge se référera-t-il aussi aux textes « suiveurs » que convoie l'accord ? C'est que parmi les audaces créatrices des partenaires sociaux signataires, figurent de nouveaux instruments, inédits dans la hiérarchie des normes. Tel est le cas des *annexes* qui viennent préciser telle ou telle partie de l'accord national, à l'instar d'avenants. À cet égard, plusieurs annexes gravitent dans l'orbite de l'ANI de 2013. Elles sont de natures parfois très différentes. Par exemple, l'annexe 1, s'apparente à une clause de « revoyure » (annexe relative aux négociations paritaires à reprendre ou à ouvrir). L'annexe à l'article 22, relative à l'expérimentation du travail intermittent, délimite les branches dans lesquelles les PME de moins de 50 salariés peuvent directement recourir à cette forme d'emploi. L'annexe à l'article 12 est d'une autre texture. Relative à l'information et à la consultation des institutions représentatives du personnel (IRP)⁵⁰, elle comporte un préambule invitant à ne pas séparer l'économique et le social, ce qui n'est pas neutre politiquement et renvoie à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Il est suivi d'un schéma pour expliciter les modalités d'usage de la banque de données unique (BDU) permettant la consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Cette banque est mise à jour régulièrement, regroupant et rationalisant exhaustivement les données accessibles aux représentants, qu'ils soient élus ou syndicaux, et comportant des informations économiques et sociales. Le contenu de la BDU est structuré par l'ANI, repris par la loi⁵¹ mais aussi précisé par décret. L'esprit de cette transparence figure dans l'annexe au texte conventionnel ; il devient un outil de management mais aussi d'interprétation. Enfin, l'annexe à l'article 18 prend la forme d'un véritable tiroir normatif. Il réglemente finement le régime des accords de maintien dans l'emploi : objet, négociation, conclusion, articulation avec le contrat de travail et mise en cause par les parties pour mettre fin, par dérogation et de

⁴⁹ Y compris les syndicats agissant en justice dans l'intérêt collectif de la profession.

⁵⁰ Annexe à l'article 12 relatif à l'information des IRP sur les options stratégiques de l'entreprise et la répartition de la valeur : base de données accessible aux représentants élus et syndicaux.

⁵¹ Investissements, fonds propres, endettement, rémunérations, activités sociales et culturelles, flux financier, sous-traitance, transferts financiers et commerciaux...

façon originale, à cette convention à durée déterminée. Voilà l'employeur relevant de l'accord⁵², tenu aussi par ses déclinaisons qui, par exemple, prévoient que le salarié mandaté (en l'absence de DS et de DP) doit pouvoir bénéficier de 10 h de délégation au titre de la signature de l'accord... Cette « hypernormativité » intensifie les risques de discordances entre la loi, les règlements d'application et l'ANI qui les a précédés⁵³. Dès lors que la loi n'a pas entendu être contraire à l'accord, celui-ci devrait être mobilisable pour en déterminer le sens, y compris s'agissant des annexes. Tout dépend ensuite du style retenu : programmatique ou impératif et déclinant un texte général ou détaillé, etc. Mais on perçoit la difficulté. Accorder une valeur aussi aux annexes (à l'instar de l'avenant) s'avère délicat si la portée juridique de l'ANI prélegislatif prête déjà à discussion. S'agit-il d'un véritable accord « collectif » alors qu'il intervient dans le domaine de la loi au sens de l'article 34 de la constitution ?⁵⁴ Lie-t-il toute l'interprofession ou uniquement les parts d'interprofession représentées par ses signataires patronaux, dont la représentation « universelle » reste discutée⁵⁵ ?

12. – Il convient alors de rester pragmatique et cohérent. À partir du moment où le législateur se sert de l'impulsion politique des partenaires sociaux, la logique commande de relier le sens de la loi à celui de l'accord qui l'a précédé. C'est alors que la forme normative de l'ANI et son accessibilité immédiate lui confèrent une force interprétative bien plus efficace que la référence aux débats parlementaires, moins cohésifs et non normatifs. La négociation prélegislative cristallise ainsi une étape décisive de l'adoption de la loi. Une réserve cependant : il convient que les parlementaires n'aient pas adopté de règles fondamentalement contraires. Car après tout, ils ne sont pas constitutionnellement tenus de suivre en tous points, l'ensemble des propositions des signataires⁵⁶. Dans ce cas, celles sortant de leur champ de compétence naturelle, et non reprise par la loi, ne sauraient avoir une vertu exécutoire. Elles intègrent seulement le champ des idées. Mais lorsque la loi⁵⁷ est conçue comme la suite de l'ANI, celui-ci incarne la *ratio legis* du texte qui le prolonge. Les partenaires sociaux l'admettent d'autant plus que leur propre norme peut être soumise à interprétation. C'est d'ailleurs pourquoi, faute de commission mixte paritaire, certains signataires de l'ANI de 2008 ont conclu un procès-verbal

⁵² À condition que son entreprise relève du champ d'application de l'accord en lien avec la représentativité des signataires.

⁵³ D. Dord, « Loi du 31 janvier 2007, Avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *Dr. soc.* 2010. 507 : « À trop vouloir coproduire ne risque-t-on pas une certaine cacophonie ? ».

⁵⁴ On relèvera que le terme d'accord « collectif » n'est pas employé dans les ANI de 2008 et 2013. Est-il sous-entendu ?

⁵⁵ Dispute qui devrait se tarir, pour l'avenir, en raison de la réforme de la représentativité patronale issue de la loi du 5 mars 2014 (précitée). V. not. s'agissant de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, l'art. L. 2152-4 C. trav. – B. Teyssié, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014. 1158 ; P.-H. Antonmattéi, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014. 233.

⁵⁶ Ce qui soulève la question des clauses d'indivisibilité. Le législateur peut-il s'inspirer partiellement d'un accord indivisible ? En le faisant, il méconnaîtrait la volonté des partenaires sociaux. En pratique, et à ce niveau de négociation les termes choisis par les négociateurs restent souples, à l'instar de ceux retenus par l'ANI de 2008. Celui-ci indique que « ces dispositions correspondent à un équilibre d'ensemble ». Il en appelle ainsi au législateur à procéder à une réforme globale du marché du travail et non pas à une politique législative des petits pas.

⁵⁷ Cela concerne aussi, selon nous, les textes réglementaires d'application.

d'interprétation le 15 décembre suivant⁵⁸, sur deux dispositions phares relatives au domaine⁵⁹ et au montant de l'indemnité⁶⁰ applicable à la rupture conventionnelle du contrat de travail. Le procès-verbal indique à cet égard que si la loi (C. trav., art. L. 1237-13) ne fait référence qu'à l'indemnité légale de licenciement (C. trav., art. L. 1234-9), cela n'exclut pas l'étalon de l'indemnité conventionnelle plus favorable pour les entreprises relevant du champ d'application de l'accord, au demeurant étendu⁶¹. Afin d'éviter toute incertitude dans la réception pratique de cette interprétation, un avenant (n° 4) a été conclu le 18 mai 2009, lui-même étendu par arrêté ministériel⁶²...

On se doute bien que la technique de l'avenant interprétatif ne sera pas systématiquement mobilisée. D'évidence, l'hybridation des fruits de la représentativité nationale et de la représentativité sociale projetée vers l'avenir une science de l'interprétation de la loi précédée d'une négociation interprofessionnelle. Le juge devra donc considérer avec pragmatisme et ouverture d'esprit le sens des réformes promues par chaque accord concerné pour en percevoir l'usage. Celui des accords interprofessionnels de 2008 et de 2013, relayé par la loi, est connu : la réforme du marché du travail par la « flexisécurité » pour faire face aux enjeux d'une économie de marché mondialisée.

⁵⁸ Divergences entre les signataires de l'ANI : PV d'interprétation de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, *Sem. soc. Lamy* 2009 n° 1383, p. 2.

⁵⁹ L'indemnité spécifique de rupture ne s'applique pas aux départs en retraite à l'initiative du salarié (art. 11).

⁶⁰ Le montant de l'indemnité spécifique de rupture se détermine par référence à l'indemnité conventionnelle de licenciement s'il elle s'avère supérieure à celui de l'indemnité légale (art. 12).

⁶¹ Arrêté d'extension du 23 juill. 2008, *JO* 25 juill.

⁶² Arr. 26 nov. 2009, *JO* 27 nov., p. 20529.