



HAL
open science

**”L’intérêt général : un point cardinal à réinterpréter sur le chemin de l’annulation aménagée de l’accord collectif”
- Controverse : Annulation d’un accord collectif et pouvoir du juge : quelle boussole ?**

Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Christophe Mariano. ”L’intérêt général : un point cardinal à réinterpréter sur le chemin de l’annulation aménagée de l’accord collectif” - Controverse : Annulation d’un accord collectif et pouvoir du juge : quelle boussole ?. *Revue de droit du travail*, 2021, n° 4, p. 227. hal-03213325

HAL Id: hal-03213325

<https://uca.hal.science/hal-03213325>

Submitted on 30 Apr 2021

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.

L'intérêt général : un point cardinal à réinterpréter sur le chemin de l'annulation aménagée de l'accord collectif

*Christophe Mariano, Maître de conférences en droit privé, Université Clermont Auvergne,
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

Sommé de détourner son regard le plus vite possible (deux mois) de la norme conventionnelle venant d'être négociée, le juge est, dans le même temps, pourvu d'un « super-pouvoir » pendant ce court délai : celui de conserver intact un passé conventionnel pourtant vicié voire de maintenir en vie un produit conventionnel pourtant corrompu. Ce cocktail de méfiance et de confiance sert, il est vrai, le même but : sécuriser l'accord collectif en permettant au juge qui parviendrait à se prononcer dans le délai d'action raccourci d'annihiler lui-même les effets de sa décision d'annulation. Mais il envoie un signal contradictoire qui nous amène à interroger la cohérence du système : la dépossession accélérée, pour le juge, de son pouvoir de mise en lumière de l'illégalité du contrat collectif est-elle vraiment justifiée lorsque ce même juge dispose d'une arme de sécurisation pouvant aller jusqu'à reporter les effets de sa décision d'annulation ? À l'évidence non sauf à présumer que le juge, bien qu'autorisé à le faire, n'actionnera que très modérément une telle arme ou sauf à considérer que les conditions d'utilisation de ce pouvoir sont trop restrictives. C'est dire si la boussole dont dispose le juge pour aménager l'annulation qu'il prononce pourrait inciter, à terme, à réorienter le régime contentieux de la nullité de l'accord collectif. De ce point de vue, la première incursion de la Cour de cassation sur les terres de l'article L. 2262-15 du Code du travail (Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-13.977 ; D. 2021. 84 ; Dr. soc. 2021. 377, obs. F. Bergeron-Canut ; Sem. soc. Lamy 2021, n° 1943, p. 8, note E. Peskine ; Lexbase hebdo, éd. soc., 2021, n° 853, obs. Y. Ferkane ; JCP S 2021, 1081, note Y. Pagnerre) permet de donner un premier visage à la technique tout en livrant de précieuses indications susceptibles d'encourager les juges à ne pas se censurer au moment d'user de ce pouvoir.

Car au moment de son introduction dans le Code du travail, la technique héritée du juge administratif était promise, par nombre de commentateurs, à une mobilisation des plus parcimonieuses. Et pour cause, la fameuse jurisprudence « AC ! » du Conseil d'État (CE 11 mai 2004, n° 255886, Lebon avec les concl. ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; ibid. 1049, tribune J.-C. Bonichot ; ibid. 1219, étude F. Berguin ; ibid. 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004. 1499, et les obs. ; ibid. 1603, chron. B. Mathieu ; ibid. 2005. 26, obs. P.-L. Frier ; ibid. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-

Lemaire ; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois ; ibid. 766, note X. Prétot ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; ibid. 454, concl. C. Devys) n'avait admis l'entorse au principe de légalité que sur un registre exceptionnel, ce dont témoignaient les conclusions du commissaire du gouvernement de l'époque. Celles-ci mettaient en lumière l'impérieux motif d'intérêt général devant motiver la mise à l'écart de l'effet rétroactif de l'annulation et l'illustraient en visant des « effets déstabilisateurs qui rendraient le recours à une loi de validation (...) inévitable » (C. Devys, RFDA 2004. 454, préc.). Inscrite dans la décision du Conseil d'État, la condition d'intérêt général justifiant l'aménagement de l'annulation contentieuse a intégré le Code du travail au terme d'une importation parcellaire de la jurisprudence administrative. Il en résulte une formule légale subordonnant l'usage du pouvoir de modulation du juge, en cas de reconnaissance judiciaire de la nullité de l'accord collectif, au constat « 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 ». La lettre et l'esprit de la jurisprudence « AC ! » auraient ainsi intégré le Code du travail en matière de contentieux de l'accord collectif et l'intérêt général constituerait, de la sorte, un garde-fou cantonnant le sauvetage des effets de l'accord annulé à une poignée de configurations. La centralité accordée au concept d'intérêt général dans la démarche du juge mérite toutefois d'être réinterrogée, au moins pour en actualiser la coloration.

Doutes sur la centralité de l'intérêt général

On peut d'abord souligner que l'intérêt général n'est associé, à la lecture du texte légal, qu'au maintien temporaire des effets de l'accord collectif. Que l'on interprète strictement cette mise en relation et un tel cloisonnement réduirait alors sensiblement la centralité de l'intérêt général dans le dispositif dès lors qu'il autoriserait le juge à écarter la rétroactivité de la nullité prononcée sans employer le registre de cette notion cardinale. Un tel registre serait, en revanche, indispensable pour aggraver la dérogation au principe de légalité provoquée par le maintien temporaire dans l'ordre juridique d'un acte « mort-vivant ». Le doute a déjà été exprimé (G. Loiseau et L. Gamet, Observations sur les nouvelles règles de contestation d'un accord collectif, Cah. soc. déc. 2017, n° 121y2, p. 49) et exploité pour dissocier deux répertoires de justification dont un seul serait imprégné par l'intérêt général (D. Baugard, Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire, Dr. soc. 2018. 59, spéc. p. 64).

À supposer cette lecture « dissociative » erronée, comment articuler le fondement de l'intérêt général avec les autres éléments cités par le texte, à savoir le constat de conséquences manifestement excessives et la prise en compte des effets produits par l'acte ainsi que des situations juridiques constituées sous son empire ? L'arrêt du 13 janvier 2021 répond à cette question en faisant, comme cela a déjà été relevé, découler l'atteinte à l'intérêt général des conséquences manifestement excessives que produiraient pour les salariés l'annulation de l'accord au regard du nombre et de l'ancienneté des situations à reconstituer ainsi que de la complexité de l'opération (E. Peskine, obs. préc.). Semble dès lors court-circuitée la justification tenant à l'intérêt général, d'autant plus qu'il est davantage question de révéler l'atteinte hypothétique à cette notion plutôt que de la caractériser de façon positive (en ce sens, Y. Pagnerre, note préc.).

Relecture de la centralité de l'intérêt général

Il convient, selon nous, pour couper court avec cette impression d'application désordonnée d'un texte légal qui n'est lui-même pas exempt d'imperfections, de ne pas séquencer sa lecture et de repositionner ainsi que de relativiser la condition tenant à l'intérêt général. C'est qu'en réalité, il faut cesser d'attendre uniquement de cette notion qu'elle révèle un socle justificatif incontestable fait de valeurs supérieures transcendantes. Elle est aussi le « résultat d'un arbitrage entre les intérêts privés et/ou publics qui prend la forme d'une hiérarchie » (M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004, p. 67, n° 78). Et c'est précisément à une telle combinaison et hiérarchie d'intérêts de divers ordres qu'est appelé à se livrer le juge judiciaire lorsqu'il questionne le maintien, pour le passé voire pour l'avenir, de l'accord collectif dont il a reconnu les vices.

Mais l'établissement de cette hiérarchie d'intérêts commande, pour le juge, de disposer d'outils de mesure en capacité de révéler la menace que ferait peser, pour tels ou tels intérêts, à la fois le format brut – avec rétroactivité – et le format aménagé – avec une rétroactivité partielle ou sans rétroactivité – de sa décision future d'annulation. C'est en ce sens que les effets produits par l'acte dans le passé ainsi que les situations juridiques qui s'y sont consolidées constituent des instruments de mesure permettant de dévoiler la mise en péril de certains intérêts de façon disproportionnée par rapport au bénéfice attendu, pour d'autres intérêts, du scénario d'annulation rétroactive de l'accord collectif. Pour l'avenir, le maintien temporaire de la norme conventionnelle peut, de la même façon, préserver certains intérêts

d'une mise en péril – provoquée par un vide conventionnel notamment – tout en ménageant les autres intérêts concernés.

Ainsi réarticulé, le dispositif légal viserait, en neutralisant la rétroactivité de l'annulation de l'accord collectif voire en prolongeant ses effets, à faire respecter une certaine hiérarchie des intérêts que le juge établit et légitime au moyen du critère des conséquences manifestement excessives et grâce à l'appui d'un instrument de mesure constitué des effets produits et situations acquises dans le passé de l'accord collectif. Une telle relecture met l'accent sur la fonction de l'intérêt général et efface son positionnement statique ainsi que sa référence incantatoire.

Cela n'est pas sans entrer en résonance avec la jurisprudence du Conseil d'État lorsque celui-ci pratique la modulation des effets de sa décision en matière d'annulation des arrêtés d'extension de conventions et accords collectifs. Il est à noter que cette jurisprudence est désormais appelée à coexister avec celle de l'ordre judiciaire si bien qu'il est légitime d'y rechercher des points de repères. Cela nous semble d'autant plus justifié que le juge administratif est déjà familier d'un tel environnement lorsqu'il aménage l'annulation d'un arrêté d'extension et, par ricochet, l'application dans le temps de la norme conventionnelle pour les entreprises non affiliées aux organisations professionnelles signataires de la convention ou de l'accord collectif. Il ressort ainsi de l'analyse des arrêts du Conseil d'État un effacement très net de la référence directe à l'intérêt général lorsqu'il applique la jurisprudence « AC ! » à l'annulation d'un arrêté d'extension.

Mais si la référence est absente, la fonction « hiérarchisante » demeure à travers la prédiction par le juge, au seuil du déclenchement du pouvoir de modulation, de conséquences manifestement excessives en cas d'inaction de sa part. Reste que la Haute juridiction administrative enrichit, par rapport à la palette légale de l'article L. 2262-15 du Code du travail, son opération de pesée et de balance des intérêts. Elle y intègre le plus souvent la nature de l'illégalité décelée, que ce soit au stade de la négociation de l'accord collectif ou au cours de la procédure d'extension, en prenant soin de relever l'absence d'autre moyen de nature à justifier l'annulation. Il en est ainsi lorsque, relativement à l'annulation d'un arrêté d'extension se rapportant à un accord de salaires en raison de l'absence de convocation d'une des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche, le Conseil d'État conjugue, pour faire ressortir les conséquences manifestement excessives d'une annulation rétroactive, les « graves incertitudes quant à la rémunération des salariés » et « la nature du

motif d'annulation retenu et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation prononcée » (CE, 15 mai 2013, n° 337698). Se surajoute à l'opération, dans certains contentieux, l'objet de l'accord collectif auquel s'adosse l'arrêté d'extension annulé. En fournit l'exemple la modulation actionnée par le Conseil d'État face à un arrêté d'extension annulé en raison de l'absence d'insertion dans un accord de protection sociale complémentaire d'une clause de réexamen de la recommandation d'un organisme assureur. Le critère des conséquences manifestement excessives est ici considéré comme rempli « eu égard tant à la nature du moyen d'annulation retenu, portant sur l'absence d'une clause dont les parties auraient pu légalement prévoir la mise en oeuvre au terme d'un délai de cinq ans, soit postérieurement à la date de la présente décision, et à l'absence d'autre moyen fondé, qu'à l'objet de l'accord étendu » (CE, 31 décembre 2019, n° 397137). Enfin, le Conseil d'État se montre parfois sensible, pour démontrer le caractère excessif du scénario d'annulation rétroactive, à la croyance légitime qu'ont pu avoir les destinataires – employeurs et salariés – de la norme conventionnelle viciée lorsque le vice provient d'une cause extérieure. En témoigne le contentieux du portage salarial dans lequel, en raison de défaillances législatives, « tant les salariés exerçant leur activité dans le cadre du portage salarial que les entreprises qui les emploient ont pu estimer légitimement possible la conclusion de nouveaux contrats de travail en portage salarial », ce qui justifiait de regarder comme définitifs les effets passés de l'arrêté d'extension de l'accord national professionnel du 24 juin 2010 (CE, 7 mai 2015, n° 370986).

Une telle vue panoramique, dont on peut souhaiter qu'elle inspire le juge judiciaire, traduit une appréciation contextualisée des conséquences manifestement excessives. Au terme de cette appréciation, l'excès se conçoit, notamment, par rapport à la cause de la nullité et à l'environnement créé par la norme annulée. Ce n'est donc pas simplement l'ampleur de l'atteinte, en tant que telle, à une catégorie donnée d'intérêts qui est visée. C'est davantage l'impact disproportionné que ces intérêts subiraient du fait d'une disparition rétroactive ou immédiate de l'acte au regard de la turbulence modérée vécue par telle autre catégorie d'intérêts dans le scénario inverse. La prise en compte de la nature et de l'étendue de l'illégalité ayant conduit au prononcé de l'annulation renseigne, de ce point de vue, sur le degré de remise en cause des intérêts protégés par la règle violée. Il est certain qu'une erreur de calcul de l'effectif habituel dans une TPE-PME ayant conduit à retenir un mauvais mode de négociation en l'absence de délégué syndical révélera une atteinte moindre aux intérêts collectifs des salariés qu'un défaut de convocation à la négociation d'un ou de plusieurs

syndicats représentatifs dans une entreprise d'envergure plus importante. De quoi rehausser davantage, dans la première situation, le rang des intérêts déstabilisés par une disparition rétroactive de l'accord collectif dans le classement des intérêts en présence. De même, le type d'environnement juridique créé par l'accord collectif est en mesure de minorer la malfaçon conventionnelle, au moins pour écarter sa disparition rétroactive. C'est l'hypothèse d'un accord au contenu globalement favorable aux salariés dont la remise en cause méritera, le plus souvent, d'être aménagée. Le caractère sensible de l'objet négocié pourra également légitimer un tel aménagement. Que l'on songe, par exemple, aux accords de protection sociale complémentaire, d'égalité professionnelle ou encore en matière de handicap dont l'effacement rétroactif voire simplement immédiat laisserait les populations de salariés concernées dépourvues de protection conventionnelle.

À partir de cette vue panoramique, on attend du juge qu'il alimente sa classification des intérêts en présence en faisant suffisamment ressortir les conséquences manifestement excessives commandant, selon lui, de donner priorité à la classe d'intérêts déstabilisée par la disparition de tous les effets de la norme annulée plutôt qu'à celle impactée par le vice ayant conduit au prononcé de la nullité. C'est sur ce point que la vigilance de la Cour de cassation s'exercera comme l'exprime le contrôle lourd annoncé par l'arrêt du 13 janvier 2021, lequel reconnaît l'existence d'un intérêt général après s'être assuré que la hiérarchie des intérêts retenue par la cour d'appel était suffisamment étayée par la description du trouble voire de l'absurdité d'une hypothétique régularisation financière dont la complexité n'avait d'égal que le caractère économiquement indolore, pour les salariés, de la malfaçon conventionnelle.

Si l'intérêt général doit, en définitive, éclairer la démarche du juge judiciaire lorsque celui-ci souhaite manier son pouvoir de modulation des effets de l'annulation qu'il prononce, c'est sous réserve d'adapter la compréhension de cette notion. Rien ne s'oppose à une conception « procédurale et pragmatique » de l'intérêt général (M. Mekki, op. cit., p. 66, n° 77) permettant d'assurer une certaine fonctionnalité au pouvoir de modulation, surtout lorsqu'on le rapporte aux accords collectifs conclus au niveau de périmètres de proximité au sein desquels une conception traditionnelle de l'intérêt général bloquerait à l'évidence le pouvoir du juge.

Reste donc au juge judiciaire à s'approprier et à adapter son référentiel en la matière sans se trouver intimidé par le dualisme de l'accord collectif ou paralysé par la moindre envergure des accords collectifs de proximité. Y concourt, d'une part, la mise à l'écart de la condition

d'intérêt général conçue comme une référence incantatoire difficilement mobilisable et, d'autre part, la relecture de cette notion comme enjoignant au juge d'établir une certaine hiérarchie des intérêts en présence, légitimée par le critère des conséquences manifestement excessives. Il en va du sens de la nullité prononcée par le juge car si l'extinction judiciaire d'un accord collectif prend les traits d'une sanction de retrait de l'ordre juridique, la démolition de l'édifice conventionnel doit être tempérée lorsque, suivant des modalités trop sévères, celle-ci troublerait davantage l'ordre collectif qu'elle ne rétablirait son intégrité.

La solution livrée par la Cour de cassation le 13 janvier 2021 paraît à même de soutenir pareille vision et laisse entendre que la hiérarchie des intérêts établie par le juge au regard du passé peut être momentanément cristallisée pour reporter de quelques mois l'extinction de la norme conventionnelle. Mais c'est déjà pénétrer sur le terrain des modalités du pouvoir de modulation et quitter celui de son déclenchement. La Cour de cassation affirme vouloir y déployer un contrôle léger, ce qui stimulera les juges du fond souhaitant s'inscrire dans l'idée d'extinction progressive du statut collectif négocié qui irrigue classiquement le droit de la dénonciation et de la mise en cause des accords collectifs.

La relecture ici défendue permet, en conclusion, de reconnaître au juge un levier réaliste de sécurisation des accords collectifs qui devrait justifier, nous le réaffirmons, la suppression du levier autoritaire de sécurisation, teinté d'un empressement suspect, résultant de la prescription accélérée de l'action en nullité.