



HAL
open science

L'échec des négociations : quel traitement juridique ?

Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Christophe Mariano. L'échec des négociations : quel traitement juridique?. Bulletin Joly Travail, 2022, 7-8, pp.36-47. hal-03719875

HAL Id: hal-03719875

<https://uca.hal.science/hal-03719875v1>

Submitted on 11 Jul 2022

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'ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS : QUEL TRAITEMENT JURIDIQUE ?

Christophe MARIANO
Maître de conférences en droit privé – Université Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (UPR 4232)

Au sein d'un système normatif faisant la part belle à l'accord collectif, la situation d'échec des négociations contrarie les plans de la conventionnalisation du droit du travail¹. À tel point que le droit en vigueur intègre ce risque tant pour l'écarter que pour contrôler sa cause voire, dans une optique plus contestable, pour minimiser ses conséquences. Les remèdes à l'impasse conventionnelle ne manquent pas et permettent de canaliser le désaccord dans un ordonnancement juridique dont la matière première est l'accord. Toutefois, la révérence à la volonté des parties dans l'édification conventionnelle de la réglementation du travail devrait s'accompagner d'un certain respect pour l'expression de leur désaccord. De ce point de vue, il n'est pas certain que l'équilibre actuel soit satisfaisant tant les parties se trouvent parfois dépossédées de leur désaccord.

1. **Le fait d'échouer.** – Si l'absence d'accord collectif peut simplement témoigner d'une totale inertie conventionnelle, elle peut aussi s'expliquer par la rencontre infructueuse des interlocuteurs. Pareil échec scénarise la défaillance de la règle négociée et lui ôte le caractère aride d'un défaut totale de discussion. Car l'échec suppose la vaine tentative. Le vide normatif qui en découle cesse alors de relever du constat statique et devient la conséquence juridique d'un désaccord des parties. La mécanique conventionnelle s'est bien mise en marche. Simplement, l'un de ses rouages s'est grippé au point de rendre le processus stérile, incapable de déboucher sur l'élaboration du produit normatif fini : l'accord collectif. L'échec des négociations, en révélant la dissension malgré la discussion, met ainsi en scène un rendez-vous manqué : la négociation sans l'accord².

¹ G. Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail – Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205. – G. François [coord.], *La conventionnalisation du droit du travail*, BJT 2019, n°12, p. 38.

² Un schéma inverse à celui identifiable dans le dispositif de référendum aux deux tiers dans les TPE (C. trav., art. L. 2232-21 à L. 2232-23) où il est question, cette fois, de l'accord sans la négociation. V. not. P. Adam, « La

Protéiforme, le phénomène d'échec des négociations ouvre sur un dégradé de désaccords : de la négociation très vite interrompue (dès la première séance) à celle qui s'étire dans le temps avant de venir s'éteindre au terme d'une ultime séance de discussions et après le refus d'un énième projet d'accord pourtant remanié à de multiples reprises. Reste que dans tous les cas – de la négociation balbutiante à celle très avancée – les parties sont entrées dans l'échange. Pour le dire autrement, elles ont joué le « jeu conventionnel ». Mais leur élan, quelle qu'ait été son intensité, a été stoppé avant qu'un accord n'ait pu être obtenu en raison d'une incapacité collective à surmonter les points d'achoppement. Le désaccord n'est pas seulement partiel³, il corrompt toute l'initiative négociée et bloque même toute idée de compromis minimum.

Si l'échec des négociations apparaît, à ce stade, comme un phénomène à l'aspect mouvant, il devrait, en toute rigueur, se différencier, en amont, du refus catégorique de négocier de la partie patronale ou salariée qui se matérialisera tant par un défaut de réponse à l'invitation à négocier que par l'impossibilité subséquente de tenir la moindre réunion de négociation. Il devrait également se différencier, en aval cette fois, de l'échec de l'accord collectif à atteindre les objectifs qu'avaient pu se fixer les négociateurs au moment de son adoption. Une telle appréciation questionne davantage l'efficacité de l'accord⁴. Sous ce double angle, l'échec des négociations marque un abandon de la course à l'accord collectif. Cela suppose donc que la course ait débuté. Mais cela ne va pas jusqu'à commenter, après le franchissement de la ligne d'arrivée, la performance conventionnelle accomplie.

Au titre d'un second effort de démarcation, il ne faudrait pas non plus assimiler indistinctement à l'échec des négociations tous les cas où une négociation s'ouvre mais n'est pas suivie par l'entrée en vigueur d'un accord collectif. Parfois la négociation se conclut par la signature d'un accord que les négociateurs pensent légitimement viable. Simplement, une condition suspensive dont la réalisation n'interviendra jamais privera l'accord de validité : que l'on songe au refus ministériel d'extension à laquelle les parties avaient pourtant subordonné leur accord, au refus d'agrément de l'accord dans les secteurs où la viabilité de la norme conventionnelle en dépend⁵, au refus de validation administrative de certains types

négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *Semaine sociale Lamy suppl.* 2017, n° 1790, p. 52.

³ À l'image d'un accord à la voilure réduite devant les tensions provoquées par certaines parties du projet d'accord.

⁴ Sur cet aspect : C. Lecoer, « L'efficacité des accords collectifs négociés », *RRJ* 2021-1, p. 167.

⁵ Secteur social et médico-social et secteur des organismes de sécurité sociale.

d'accords collectifs⁶ ou encore à l'issue défavorable du référendum de ratification d'un accord négocié et signé plongeant celui-ci dans les abîmes du « non écrit »⁷. Si de telles négociations échouent à concevoir un accord collectif juridiquement applicable, c'est en réalité pour une cause extérieure aux parties et qui ne reflète donc pas un désaccord entre elles. La situation est, de ce point de vue, différente en cas d'exercice du droit d'opposition à l'entrée en vigueur d'un accord interprofessionnel⁸ ou d'une convention ou d'un accord de branche⁹. Même si l'opposition majoritaire paralyse l'entrée en vigueur d'un accord signé comme dans les cas précédents, c'est bien un désaccord qui est ici marqué par les syndicats opposants¹⁰. Simplement, profitant de la spécificité procédurale liée au schéma de la majorité d'opposition, ils expriment ce désaccord après la phase de signature de l'accord. Transposée dans un référentiel de majorité d'engagement, le même désaccord aurait d'ailleurs abouti à un défaut de signature ou, à tout le moins, à une signature d'un poids insuffisant pour conclure la norme conventionnelle.

Cette première exploration associe à la situation d'échec des négociations une image plus nette : les parties, ne parvenant pas à régler leur(s) désaccord(s), abandonnent le processus conventionnel quelque part entre l'engagement des négociations et la dernière marche avant le seuil majoritaire de conclusion de l'accord.

2. Le droit d'échouer. – Dans un système normatif caractérisé par une préférence pour le matériau conventionnel et œuvrant de plus en plus ostensiblement pour une conventionnalisation du droit du travail, le doute peut être permis : les parties ont-elles encore le droit d'échouer dans leurs négociations alors que de leur accord dépend la solidité du nouvel ordonnancement juridique des relations de travail ? Ce doute doit être immédiatement balayé : l'accord collectif demeure soumis, dans sa phase de conception, aux forces de gravité du référentiel contractuel¹¹. Les liaisons constitutionnelles du principe de participation et de la liberté contractuelle, déjà mises en lumière depuis plusieurs années¹², sont apparues encore

⁶ On pense à l'accord fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ainsi qu'à l'accord portant rupture conventionnelle collective (RCC).

⁷ C. trav., art. L. 2232-12, al. 2 et s., L. 2232-23-1, II, al. 3 et L. 2232-26, al. 5.

⁸ C. trav., art. L. 2232-2-1, al. 2.

⁹ C. trav., art. L. 2232-6 et L. 2232-7, al. 2.

¹⁰ Il est d'ailleurs prévu par le Code du travail qu'en cas d'opposition, la manifestation écrite de celle-ci est « motivée » et « précise les points de désaccord » (C. trav., art. L. 2231-8).

¹¹ Y. Pagnerre, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 315, spéc. n° 22.

¹² P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008, p. 329 et s., n° 371 et s.

plus nettement à l'occasion d'une décision du Conseil constitutionnel du 29 novembre 2019¹³ qui a opéré, par un « tressage à trois fils »¹⁴ mobilisant liberté contractuelle, liberté syndicale et principe de participation¹⁵, une reconnaissance explicite et autonome d'une authentique « liberté contractuelle collective »¹⁶. Cette dernière avancée n'a fait que confirmer, si certains en doutaient encore, que les parties à l'accord collectif jouissent de toute la palette de libertés attachées à la position de contractant¹⁷ et donc, notamment, de la liberté de ne pas contracter, cette latitude dans le choix de s'engager n'étant bien évidemment nullement altérée par l'entrée en négociation. Le droit de refuser une négociation est donc naturellement prolongé par un droit de mettre fin à la négociation une fois celle-ci entamée, cette manifestation de la liberté contractuelle dans un écosystème collectif faisant écho, sur un registre plus civiliste, à la liberté de rupture des pourparlers¹⁸.

Le propos pourrait paraître affaibli dans les domaines concernés par des obligations périodiques de négocier qui, depuis 1982, irriguent le droit de la négociation collective, donnent corps au droit à la négociation collective des salariés et alimentent l'agenda social des branches et des entreprises afin de stimuler la rencontre des volontés collectives. N'a-t-on pas estimé, en contemplant de telles obligations de négocier, que « surtout dans l'entreprise, l'employeur perd, au moins partiellement, le pouvoir jusque-là discrétionnaire de refuser d'entrer en négociation »¹⁹ ? Pour autant, il faut d'emblée souligner que « lesdites obligations demeurent des obligations de moyens ; la fulmination d'une obligation de résultat (outre qu'elle révélerait une sérieuse méconnaissance de l'essence du débat contractuel) porterait à la liberté contractuelle, niée dans son principe même, une atteinte d'une gravité telle qu'elle serait exposée à la censure du Conseil constitutionnel »²⁰. Raison pour laquelle,

¹³ Cons. const., 29 nov. 2019, n° 2019-816 QPC : JCP S 2019, 1350, note A. Bugada ; BJT janv. 2020, n° 112t0, p. 25, note F. Bergeron-Canut.

¹⁴ A. Bugada, note préc.

¹⁵ Cons. const., 29 nov. 2019, préc., considérant n° 10 : « En matière de négociation collective, la liberté contractuelle découle des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ».

¹⁶ En ce sens, B. Gomes, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », *Dr. soc.* 2020, p. 366.

¹⁷ Et dont le Code civil a réceptionné les composantes : 1° Liberté de contracter ou de ne pas contracter ; 2° Liberté de choisir son cocontractant ; 3° Liberté de déterminer le contenu du contrat ; 4° Liberté de fixer la forme du contrat (C. civ., art. 1102). Pour une transposition, à la négociation collective, de ces quatre composantes et la découverte d'une composante complémentaire tenant au libre choix du niveau de négociation : Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, 2017, n° 89 et s.

¹⁸ C. civ., art. 1112.

¹⁹ M.-A. Souriac, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 489.

²⁰ B. Teyssié, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, mars 2005, spéc. n° 4.

certains avertissements ont été lancés, parallèlement, sur l'usage qui pouvait être fait du principe de participation, lequel « ne saurait être interprété comme ayant pour objet ou pour effet, de requérir la conclusion d'un accord collectif »²¹.

De la même façon, le droit d'échouer dans les négociations collectives n'apparaît pas non plus remis en cause par les nouvelles formes d'incitation à conclure des accords²² orientant les partenaires sociaux, sur certaines thématiques sensibles, et opérant sous la dénomination de « négociation administrée ». Offrant une nouvelle dimension à la « négociation sous contrainte »²³, ces dispositifs encouragent les entreprises à être couvertes, sur les sujets de l'égalité professionnelle²⁴ ainsi que sur celui de la prévention de la pénibilité²⁵, par un accord collectif ou par un plan d'action dès lors que « si l'entreprise n'est pas couverte par un accord ou un plan, l'employeur devra verser une contribution financière » entretenant ainsi « un phénomène d'incitation par taxation »²⁶. Si l'on a pu estimer que, ce faisant, « le législateur a fait un pas de plus vers une obligation de conclure qui ne dit pas son nom »²⁷, on ne peut toutefois perdre de vue que de tels dispositifs « ne sont pas à proprement parler des obligations de conclure un accord mais des obligations de mettre en place une couverture de la collectivité de travail par un mécanisme créateur de droits qui pourra prendre la forme conventionnelle »²⁸ mais aussi, en cas d'échec des négociations, la forme unilatérale. Ici, comme ailleurs, les parties à la négociation demeurent libres d'annihiler leur effort conventionnel.

3. Un état pathologique ? – Ainsi légitimée, l'incertitude affectant l'issue du processus conventionnel en droit du travail conduit à « un système juridique qui ne peut éliminer ni

²¹ I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, spéc. p. 33. – Adde V. Bernaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015, p. 960, spéc. p. 965 : « Le principe de participation ne peut pas être perçu comme imposant dans tous les cas la conclusion d'un tel accord ».

²² Sur cette question : A.-L. Mazaud, « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », *JCP S* 2018, 1232.

²³ F. Canut et P.-Y. Verkindt, « Négociateur sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, p. 241.

²⁴ *C. trav.*, art. L. 2242-8.

²⁵ *C. trav.*, art. L. 4162-1 et s.

²⁶ A.-L. Mazaud, « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », art. préc., spéc. n° 10.

²⁷ P.-Y. Verkindt, « Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013 », *JCP S* 2014, 1193.

²⁸ F. Canut et P.-Y. Verkindt, « Négociateur sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ? », art. préc., p. 242. Les auteurs se demandent tout de même, face à de tels mécanismes, s'il ne s'agit pas « d'une dernière étape avant la reconnaissance d'une obligation de parvenir à un accord ».

l'impossibilité, ni l'échec de la négociation »²⁹. Techniquement inoffensive³⁰ dans une configuration dans laquelle la norme conventionnelle s'inscrit exclusivement dans une visée améliorative, la situation devient plus problématique lorsque l'accord collectif se mue en vecteur prioritaire de construction de la réglementation du travail. Il faut dire que l'accord collectif, déjà intronisé comme substitut au règlement³¹, s'est vu offrir par la suite des matières traditionnellement réfractaires à la réglementation négociée³² avant de bénéficier, grâce au triptyque « ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives » de champs d'action dédiés et d'une promotion normative globale dans le Code du travail. Au point de faire émerger « une norme de structure, aussi énorme qu'implicite, par laquelle l'ordre juridique étatique opère délégation de compétences aux partenaires sociaux »³³. Sollicité à l'égal du règlement, l'accord collectif n'en souffre pas moins d'une faiblesse congénitale : il dépend d'un accord de volontés que le Droit est bien incapable de garantir. La source négociée, si elle reçoit une habilitation à régler, est frappée d'un aléa qui empêche d'assurer que l'habilitation sera exploitée dans tous les cas³⁴. De quoi faire vaciller l'édifice conventionnel et remettre en cause l'architecture normative souhaitée par le législateur.

4. Des remèdes. – Face à ce risque, le législateur combine différentes techniques afin de préserver de l'effet déstabilisant du désaccord un système normatif soutenu par l'accord. Dans un premier mouvement, le Droit influe, plus ou moins directement, sur l'issue de la négociation en repoussant les facteurs d'échecs. Dans des configurations où la distance

²⁹ A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 215, spéc. p. 220.

³⁰ Il ne faut pas ignorer que même dans un système conventionnel exclusivement irrigué par le principe de faveur, l'échec des négociations s'avère tout de même socialement problématique. Car dans un schéma plus traditionnel où la négociation permettait avant tout la rencontre de forces sociales antagonistes et entretenait la « paix sociale », l'échec des négociations attise les oppositions. Raison pour laquelle, les pouvoirs publics ont prévu très tôt, afin d'éviter l'enlisement des négociations, l'application aux négociations « conflictuelles » des procédures de médiation et de conciliation (M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, in Camerlynck G.-H. dir., *Traité de droit du travail*, t. 7, Dalloz, 2^e éd., 1989, p. 208, n° 119).

³¹ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, considérant n° 11. – Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, considérant n° 4. – Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, considérant n° 21. – Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, considérant n° 7. – Cons. const., 13 janv. 2000, n° 97-388 DC, considérant n° 28. – Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC, considérant n° 8. – Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, considérant n° 94.

³² Que l'on songe à l'organisation de la représentation du personnel, au paramétrage des obligations de négocier ou encore à l'aménagement du droit du licenciement collectif.

³³ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 630, spéc. p. 633.

³⁴ Naturellement l'échec des négociations n'est pas la seule menace qui pèse sur l'ordonnement conventionnel des relations de travail voulue par le législateur. Mais théoriquement, elle ne cohabite plus avec l'impossibilité de négocier au regard du développement, en l'absence de délégué syndical, de modes d'adoption d'accords dans toutes les entreprises, y compris les plus petites. Cela ne l'empêche pas de cohabiter avec d'autres menaces comme, en amont, celui de l'inertie conventionnelle due à une absence totale de culture de la discussion ou encore, en aval, celui d'une compétence défaillante des négociateurs exposant l'accord collectif aux affres de la nullité ou le mettant, à tout le moins, à la merci d'exceptions d'illégalité.

séparant les parties de la ligne d'arrivée conventionnelle demeure raisonnable, la réglementation entreprend, par un léger souffle législatif, de les pousser insensiblement par des vents favorables jusqu'à l'accord (I). Dans un second mouvement, le Droit accepte, sous conditions, l'échec des négociations et amortit ses conséquences en permettant d'occuper la situation juridique laissée vacante par un matériau normatif de substitution. Il ne s'agit plus ici de combattre l'échec de la négociation mais de maîtriser sa survenance (II).

I. ÉVITER L'ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS

5. **Dissuader / Faciliter.** – Le désaccord à la source d'un échec des négociations peut être combattu de deux manières. Il peut d'abord l'être sur un terrain psychologique lorsque les parties redoutent les effets juridiques d'un désaccord, cela ayant pour effet de rediriger leur conduite (A). Il peut ensuite l'être sur un terrain procédural lorsque certaines contorsions juridiques permettent d'aboutir à un accord malgré l'existence avérée d'un désaccord (B).

A. Le désaccord redouté

6. Les partenaires sociaux peuvent être incités à éviter le désaccord lorsqu'ils peuvent prévoir avec suffisamment de certitude que l'échec des négociations les exposera à un traitement juridique défavorable. Pareille dissuasion proviendra tantôt d'un risque d'intervention autoritaire du ministre du travail (1), tantôt d'une redirection imposée vers un type de réglementation moins avantageux (2).

1. La menace d'une ingérence étatique

7. **Menace de l'élargissement.** – L'échec des négociations, lorsqu'il cesse de devenir une mésentente ponctuelle mais exprime une paralysie du dialogue normatif dans un secteur tout entier, peut devenir pathologique au point de susciter l'intervention du ministre du travail afin que l'attitude des négociateurs n'aboutisse pas à une privation de couverture conventionnelle pour les salariés du secteur considéré. On fait référence ici à la technique de l'élargissement qui, en application de l'article L. 2261-17 du Code du travail, permet, par l'adoption d'un arrêté d'élargissement, de rendre obligatoires dans un champ professionnel ou géographique théoriquement non compris dans le champ d'application d'un accord interprofessionnel, professionnel ou de branche étendus les dispositions de ceux-ci. D'abord dirigée vers les secteurs professionnels ou géographiques souffrant d'une absence ou d'une carence des

organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord, on a pu légitimement s'interroger sur l'applicabilité de cette procédure aux cas d'échecs des négociations³⁵. Mais il fut alors immédiatement relevé que l'article L. 2261-18 du Code du travail, en assimilant à la « carence » l'absence de tout accord, avenant ou annexe pendant cinq ans au moins, signifiait « qu'en cas d'échec des négociations au bout de cinq ans, si aucun accord n'a pu encore être conclu, il pourra être recouru à la procédure d'élargissement »³⁶. Face à cette « incitation à négocier par la menace d'élargissement »³⁷, les parties seront nécessairement amenées à surmonter, au moins en partie, leur désaccord pour trouver une issue conventionnelle à leur rencontre. Faute de quoi, elles abandonneront toute maîtrise sur la norme conventionnelle qui sera finalement appliquée suite à la procédure d'élargissement.

8. Menace de la fusion imposée. – Parallèlement, lorsqu'au sein d'une branche professionnelle la répétition de l'échec des négociations se traduit, quantitativement, par un moindre dynamisme conventionnel, les partenaires sociaux s'exposent à la mécanique de la fusion imposée³⁸, laquelle aura pour effet de rattacher cette branche, dont la fréquence des désaccords limite le débit conventionnel, à une branche de rattachement présentant des conditions sociales et économiques analogues. Avec, à la clé, une dilution annoncée de la représentativité des organisations syndicales et professionnelles jusqu'ici représentatives et, par conséquent, une perte de contrôle, dans le périmètre issu de la fusion, sur le contenu de la nouvelle couverture conventionnelle. Cet horizon d'affaiblissement devrait amener, en amont, les partenaires sociaux à sortir de la spirale du désaccord afin de sauvegarder l'indépendance de leur champ conventionnel.

2. La crainte d'une déviation normative

9. Les parties à la négociation peuvent également être incitées à éviter le désaccord lorsque celui-ci s'accompagnerait inmanquablement d'un traitement normatif autoritaire ou, à un

³⁵ M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, in Camerlynck G.-H. dir., *Traité de droit du travail*, t. 7, Dalloz, 2^e éd., 1989, p. 214, n° 123 : « Si au contraire une négociation collective a été engagée et n'a pu aboutir, fût-ce de façon « persistante », il y a bien eu échec des négociations mais peut-on alors soutenir qu'il y ait eu, à proprement parler, « carence » des organisations professionnelles ? En pareille hypothèse, l'esprit du droit de la convention collective et de l'extension, respectueux des volontés clairement manifestées dans le milieu professionnel, ne devrait-il pas exclure un déblocage du mécanisme conventionnel grippé par un irréductible désaccord ? »

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ C. trav., art. L. 2261-32.

degré moindre, d'une rigidification de la norme employée pour assurer le traitement de la situation juridique que la négociation collective a échoué à régir dans un premier temps.

10. Crainte d'un traitement normatif autoritaire. – S'agissant du premier versant, deux situations principales associent à l'échec des négociations un traitement juridique autoritaire dont les parties pouvaient, dès l'entame du processus conventionnel, anticiper la substance. D'abord, en matière de mise en cause ou de dénonciation, si la négociation de substitution qui doit s'engager, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant ces événements³⁹ demeure infructueuse, les salariés concernés par l'opération bénéficient d'une garantie de rémunération⁴⁰ dont l'application malaisée⁴¹ a pu être analysée comme une « menace dissuasive »⁴² pour les employeurs de nature à agir positivement sur les chances de conclusion de l'accord de substitution. Ensuite, en matière de restructuration des branches professionnelles, l'absence d'accord de remplacement à l'issue du délai de cinq ans ouvert par la fusion ou le regroupement des champs d'application de plusieurs conventions collectives entraîne par défaut l'application de la convention collective de la branche de rattachement⁴³. Même si le Conseil constitutionnel a redimensionné cette conséquence du défaut d'accord⁴⁴, il l'a validée sur le principe en jugeant que l'atteinte ainsi portée au droit au maintien des conventions légalement conclues par l'extinction de la convention collective de la branche rattachée était justifiée dès lors que « le législateur a entendu, en cas d'absence ou d'échec de la négociation collective à l'issue du délai qu'il a imparti aux partenaires sociaux, assurer l'effectivité de la fusion, en soumettant les salariés et les entreprises de la nouvelle branche à un statut conventionnel unifié »⁴⁵. Une nouvelle fois, l'horizon d'une application autoritaire de la convention collective de la branche de rattachement agit sans aucun doute sur le risque d'échec des négociations.

11. Crainte d'une relégation normative. – S'agissant du second versant, il n'est plus question ici pour les parties d'entrevoir de manière certaine les règles qui s'appliqueront de façon autoritaire en cas d'échec de leur discussion. Plus subtilement, les parties se

³⁹ C. trav., art. L. 2261-10, al. 2. et art. L. 2261-14, al. 5.

⁴⁰ C. trav., art. L. 2261-13 et art. L. 2261-14, al. 2 et 3.

⁴¹ G. Auzero, E. Dockès et D. Baugard, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 35^{ème} éd., 2021, n° 1374.

⁴² L. Aluome, « L'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du code du travail », *Dr. soc.* 2021, p. 527.

⁴³ C. trav., art. L. 2261-33.

⁴⁴ Cons. const., 29 nov. 2019, n° 2019-816 QPC, préc., considérant n° 30 : « 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 ».

⁴⁵ Cons. const., 29 nov. 2019, n° 2019-816 QPC, préc., considérant n° 29.

confrontent à un schéma de relégation dans lequel leur potentiel désaccord, tout en ne déclenchant pas un traitement normatif autoritaire de la situation juridique, débouchera sur une voie plus encadré et rigide de règlementation. Pour ne retenir que les hypothèses dans lesquelles un préalable de négociation obligatoire⁴⁶ s'impose ou pourrait s'imposer, une telle configuration se retrouve en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), de couverture par un accord ou un plan d'action relatifs à l'égalité professionnelle et, enfin, en matière de détermination des établissements distincts. Concernant, en premier lieu, le PSE, chacun sait qu'à défaut de PSE conventionnel, l'élaboration d'un PSE unilatéral ouvre sur un contrôle bien plus approfondi de la part de l'administration du travail⁴⁷. De quoi inciter les parties, et particulièrement l'employeur, à éviter l'échec des négociations sur le PSE sous peine d'accroître le périmètre et l'intensité des vérifications administratives. Concernant, en second lieu, le domaine de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle, « la faveur donnée à la conclusion d'un accord collectif par rapport à l'édiction d'un plan d'action révèle une forme d'incitation par complexification dès lors que les modalités d'élaboration auxquelles est soumis le plan d'action sont rigoureuses »⁴⁸ en ce que celui-ci obéit à des exigences propres détaillées à l'article L. 2242-3 du Code du travail. Concernant, en dernier lieu, la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts, la liberté conventionnelle qui semble avoir été accordée aux parties à l'accord pour cartographier l'entreprise en vue de la mise en place d'instances délocalisées de représentation du personnel⁴⁹ fait place, en cas d'échec des négociations, à une détermination légale des critères que devra respecter, sans pouvoir s'en éloigner, le découpage unilatéral de l'entreprise en établissements distincts⁵⁰.

Au-delà de ces aspects psychologiques en mesure de pousser les parties à régler leur désaccord, l'échec des négociations est parfois évité grâce à certaines contorsions juridiques qui sont soit organisées par les textes eux-mêmes, soit autorisés par leur interprétation.

⁴⁶ Pour une étude d'ensemble : G. François, « Le préalable de négociation obligatoire », *Dr. soc.* 2021, p. 356.

⁴⁷ *C. trav.*, art. L. 1233-57-3.

⁴⁸ A.-L. Mazaud, « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », *art. préc.*, spéc. n° 15.

⁴⁹ Pour une présentation des arguments en faveur et en défaveur de l'autonomie conventionnelle : Y. Pagnerre et E. Jeanssen, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », *RDT* 2018, p. 358.

⁵⁰ *C. trav.*, art. L. 2313-4.

B. Le désaccord contourné

12. De manière plus frontale, l'ordre juridique s'est également vu doter d'une force de répulsion à l'égard de l'échec des négociations, ce qui lui permet soit d'effacer purement et simplement un désaccord en « leurrant » le référentiel majoritaire (1), soit d'ignorer un désaccord en sollicitant une voie concurrente, et potentiellement contradictoire, d'expression de la volonté collective des salariés (2).

1. L'échec effacé

13. **Essor du principe majoritaire et risques de désaccord.** Sur le chemin de la légitimation des acteurs et des accords initiée, de façon systémique, à compter de la loi du 4 mai 2004, l'abandon de la règle de l'unicité de signature syndicale relayée par l'instauration d'un seuil de conclusion majoritaire de la norme conventionnelle puis par son relèvement progressif est naturellement apparu comme un facteur de blocage des négociations. Pour le dire autrement, « on ne saurait contester que la règle majoritaire puisse constituer un frein à la négociation collective ou, plus exactement, à son aboutissement »⁵¹ au point que certains n'ont pas hésité à voir dans la généralisation de la majorité d'engagement dans l'entreprise⁵² une « fausse bonne idée »⁵³ dont il était redouté qu'elle enraye le dialogue social en émaillant son fonctionnement d'échecs à répétition.

Certes, pour contrer ces prédictions, le législateur a accompagné le changement en agissant sur les paramètres de calcul de la majorité électorale dans l'entreprise, notamment en retenant comme assiette de calcul, à l'instar des formules retenues depuis 2008 pour la conclusion des accords interprofessionnels et de branche, les seuls suffrages exprimés en direction des syndicats représentatifs⁵⁴ ou, en l'absence de délégué syndical, les seules voix portées sur les élus du comité social et économique admis à négocier⁵⁵. Sur ce point, il était surtout question de faciliter le saut entre l'ancien et le nouveau référentiel majoritaire tant « le législateur donnait le sentiment d'avoir eu peur de sa propre audace... »⁵⁶. Mais il n'en demeurerait pas moins qu'un risque accru d'échec des négociations subsistait alors même que la norme

⁵¹ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.* 2018, p. 154.

⁵² Généralisation accomplie par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (art. 21) puis accélérée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative à la négociation collective (art. 11).

⁵³ M. Morand, « L'accord majoritaire : une fausse bonne idée ? », *Semaine sociale Lamy*, 2015, n° 1702, p. 4.

⁵⁴ *C. trav.*, art. L. 2232-12, al. 1.

⁵⁵ *C. trav.*, art. L. 2232-23-1, II, al.1 et art. L. 2232-25, al. 3.

⁵⁶ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Première partie) », *Dr. soc.* 2020, p. 547.

conventionnelle, singulièrement d'entreprise, se voyait corrélativement reconnaître des potentialités inédites et un nouveau rôle dans la production normative.

14. Adaptation de la logique majoritaire et métamorphose du désaccord. – Afin de le combattre, le législateur organisa, face à un éventuel désaccord empêchant les parties d'atteindre le seuil majoritaire de conclusion de l'accord collectif d'entreprise, un scénario de contournement. Celui-ci prend la forme d'un dispositif de sauvetage de l'accord minoritaire⁵⁷ grâce au recours à un « référendum ratification »⁵⁸, lequel « témoigne de manière privilégiée de la volonté de conférer à l'accord collectif une légitimité, tout en ne rendant pas sa validation impossible grâce à la possibilité d'un ultime sauvetage de l'accord via le référendum »⁵⁹. Ce « plan B »⁶⁰ permet, ni plus ni moins, d'effacer l'échec des négociations de la scène juridique en alimentant l'accord collectif initialement minoritaire par une légitimité référendaire lui permettant d'accéder à la vie juridique en dépit du désaccord ayant terni son élaboration. Un « itinéraire bis » autorise ainsi à sortir de l'impasse pour rejoindre, par un autre mode de validation majoritaire, la ligne d'arrivée conventionnelle. Là où certains y voient un schéma bienvenu dans lequel la démocratie directe prend le dessus sur la démocratie indirecte⁶¹, d'autres y perçoivent un « mélange des genres dangereux »⁶². Quoi qu'il en soit, il s'agit bien ici de contribuer à préserver de l'échec des négociations un processus conventionnel stoppé à quelques encablures de son aboutissement.

2. L'échec ignoré

15. Alors que dans l'hypothèse précédente, il était question d'effacer l'échec des négociations en adossant l'accord minoritaire à une source alternative de légitimité, il est des cas où le désaccord entre les parties peut être contourné par un changement complet de mode de négociation, ce qui permet, éventuellement, à la partie dont les propositions ont entraîné l'échec des négociations d'obtenir un consentement collectif par un autre versant conventionnel. Mais ici, il ne s'agit pas du même accord profitant d'une onction démocratique de substitution, mais d'une « seconde chance » de mener le même projet conventionnel avec un autre partenaire dans un laps de temps relativement court ôtant tout

⁵⁷ C. trav., art. L. 2232-12, al. 2 et s.

⁵⁸ G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », art. préc., p. 154.

⁵⁹ I. Odoul-Asorey et E. Peskine, « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ? », RDT 2016, p. 803.

⁶⁰ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Première partie) », art. préc., p. 547.

⁶¹ Ibid., p. 549.

⁶² P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », Dr. soc. 2019, p. 198.

impact à l'échec des négociations. Impensable dans la configuration dans laquelle il existe des syndicats représentatifs dans l'entreprise, ce scénario devient praticable en l'absence de délégué syndical. Déjà patente au regard des assouplissements ayant visé la négociation substitutive d'entreprise ces dernières années, la volonté législative de stimuler la conclusion d'accords collectifs en l'absence de délégué syndical rejaillit ici en facilitant le contournement de l'échec des négociations.

16. Désaccord contourné par un accord référendaire. – D'abord, dans les entreprises comptant entre onze et vingt salariés dépourvues de CSE, la séquence de contournement de l'échec des négociations est autorisée par la double voie d'accès à l'accord collectif. La passation référendaire de l'accord d'entreprise rendue applicable par extension dans cette tranche d'effectif⁶³ subit en effet, comme l'a confirmé le Conseil d'État⁶⁴, la concurrence du mandatement syndical. Pour certains, cette concurrence devrait parfois céder la place à une priorité de sorte que « dès qu'un salarié est mandaté pour mener une négociation précise, il ne peut plus passer, sur ce thème, par la voie de l'accord référendaire »⁶⁵. Mais à supposer qu'un salarié mandaté entre en scène, rien n'empêche l'employeur échouant à conclure un accord collectif avec cet interlocuteur de soumettre, après la clôture des négociations, son projet conventionnel au référendum aux deux tiers et de faire ainsi avaliser par la collectivité de travail des propositions repoussées par le négociateur syndical.

17. Désaccord contourné avec un interlocuteur concurrent. – Ensuite, dans les entreprises comptant entre onze et cinquante salariés pourvues d'un CSE, l'absence de toute hiérarchie entre les trois types de négociateurs habilités à négocier par la loi (élu mandaté, élu non mandaté, salarié mandaté) permet également à l'employeur essayant, dans un premier temps, un échec des négociations avec l'un de ces trois partenaires d'entrer en négociation et de conclure avec un partenaire concurrent, éventuellement à des conditions refusées par le premier. Là encore, le premier échec des négociations n'obture pas l'accès à l'accord collectif sur le même thème et avec le contenu souhaité par l'employeur puisqu'une nouvelle discussion, vierge de tout désaccord, peut immédiatement se tenir avec un autre protagoniste collectif dont la conception de l'intérêt de la collectivité de travail pourra être différente de celle du négociateur initial.

⁶³ C. trav., art. L. 2232-23-1.

⁶⁴ CE, 1^{er} avril 2019, n° 417652, considérant n° 8.

⁶⁵ A. Fabre, « L'accord référendaire dans les TPE », BJT oct. 2019, n° 112e1, p. 53.

18. **Désaccord contourné avec un interlocuteur subsidiaire ?** – Pour ce qui est, en revanche, des entreprises d’au moins cinquante salariés dépourvues de délégué syndical, l’existence d’une hiérarchie entre les trois types de négociateurs précédents⁶⁶ et l’organisation d’une procédure d’entrée en négociation ayant pour but de sonder le souhait d’entrer en négociation des interlocuteurs de rang supérieur⁶⁷ empêchent *a priori* de raisonner à l’identique. Car l’entrée en scène du négociateur de rang inférieur est légalement subordonnée à l’absence de souhait de négocier, et donc à un comportement purement passif, de l’agent de négociation prioritaire. Or, l’échec des négociations suppose un souhait initial de négocier puis un désaccord au cours de la négociation. Raison pour laquelle, l’échec des négociations avec un négociateur de rang supérieur ne peut déclencher la compétence de négociation subsidiaire. Mais rien n’empêche l’employeur de reprendre la procédure de négociation à son commencement et d’interroger de nouveau les négociateurs de rang supérieur, lesquels pourraient alors se désintéresser d’une nouvelle négociation sur le même thème et laisser la porte ouverte à l’intervention d’un négociateur de rang inférieur. Un tel cheminement aboutira, dans les faits, à contourner l’échec des négociations pourtant survenu avec le représentant de la collectivité de travail auquel la loi donne préférence en l’absence de délégué syndical.

Si, jusqu’à présent, l’échec des négociations, qu’il soit redouté ou contourné, a été étudié comme faisant l’objet d’un traitement juridique de rejet, il convient désormais d’examiner la réaction de l’ordre juridique face à sa survenance et à l’obstacle infranchissable se dressant sur la route jusqu’à la norme conventionnelle.

II. MAÎTRISER L’ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS

19. **Discipliner / Surmonter.** – En ce qu’il témoigne d’un abandon des parties sur le col menant au sommet conventionnel, l’échec des négociations déstabilise un édifice normatif conçu, au fil des dernières réformes, pour reposer sur l’accord collectif. Il n’est dès lors pas surprenant qu’en réaction, une séquence de protection s’enclenche pour traiter le désaccord. D’abord, un certain contrôle sur les causes de l’échec des négociations se fait jour et pourrait, demain, se trouver renforcé aux fins de réguler sa survenance (A). Ensuite, dans le but de

⁶⁶ C. trav., art. L. 2232-24 et s.

⁶⁷ C. trav., art. L. 2232-25-1.

débloquer le traitement juridique des situations face auxquelles l'échec a été constaté, un relais normatif est proposé afin d'amortir ses conséquences (B).

A. Moraliser⁶⁸ l'échec des négociations

20. En condamnant la voie d'accès à l'accord collectif, l'échec des négociations apparaît de plus en plus suspect dans un ordre juridique prônant la conventionnalisation. Au point que la tolérance de ce dernier au désaccord paraît se limiter à l'échec dans lequel les parties n'ont été stoppés que par le contraste des volontés et non par des comportements ayant vicié la discussion (1). Une fois identifié, le désaccord illégitime doit voir sa sanction précisée (2).

1. La figure de l'échec loyal

21. L'exigence de loyauté dans la négociation collective n'est pas qu'un instrument pour contrôler la saine expression de l'intérêt collectif dans l'acte finalement conclu. Elle peut également prendre les allures d'une sentinelle du désaccord légitime, c'est-à-dire de celui dans lequel on ne reconnaît aucun abus dans l'usage de la liberté de ne pas conclure l'accord collectif.

22. **L'exigence de loyauté tournée vers la négociation infructueuse.** – C'est ainsi que dans le cadre du recours au travail de nuit, l'article L. 3122-21 du Code du travail subordonne l'autorisation de l'inspecteur du travail, en l'absence d'accord collectif, à un engagement sérieux et loyal des négociations. Plus récemment, la jurisprudence relative au préalable de négociation obligatoire permet encore de positionner l'exigence de loyauté dans un schéma de contrôle de l'échec des négociations et non, comme souvent, dans un schéma de vérification de la phase d'élaboration d'un accord déjà conclu. Et pour cause, en subordonnant, dans les cas où la lettre du texte légal se prête à cette interprétation⁶⁹, l'accès à la décision unilatérale à une tentative loyale de négociation⁷⁰, la Cour de cassation n'exige pas qu'un échec préalable des négociations avant de rediriger l'habilitation à régler vers l'employeur. Elle impose également, comme dans le cas du travail de nuit, que l'échec en question présente un calibre

⁶⁸ Michel Despax se réfère à la « *moralisation de la négociation collective* » face aux avancées législatives ayant encadré la phase d'élaboration de l'accord collectif : M. Despax, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 », Dr. soc. 1971, p. 534.

⁶⁹ Sur ce point : G. François, « Le préalable de négociation obligatoire », art. préc., p. 356.

⁷⁰ Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, publié au Bulletin ; Dr. soc. 2019, p. 1054, obs. P.-H. Antonmattéi ; JCP S 2019, 1172, note J.-Y. Kerbouc'h ; BJT juin 2019, p. 24, note F. Bergeron-Canut ; Dr. ouvrier 2019, p. 302, note L. Millet ; Procédures 8/2019, p. 19, note A. Bugada. – Cass. soc., 13 janv. 2021, n° 19-23.533, publié au Bulletin ; Sem. soc. Lamy 2021, n° 1861, p. 18, note F. Bergeron-Canut ; BJT févr. 2021, p. 21, note G. François ; JCP S 2021, 1037, note V. Armillei ; Dr. soc. 2021, p. 346, obs. C. Mariano.

le rendant propre à légitimer le passage à un échelon de réglementation conçu comme subsidiaire car insusceptible de refléter l'intérêt collectif des salariés. Pour le dire autrement, l'échec des négociations n'est accepté comme rouage du système normatif, dans ces cas-là, que s'il répond au standard de la loyauté.

24. L'exigence de loyauté orientable vers la négociation infructueuse. – S'agissant, en revanche, des « obligations spéciales de loyauté »⁷¹ inscrites dans le Code du travail en matière de négociations obligatoires, elles accompagnent davantage une séquence dans laquelle un accord a été conclu⁷² ou, à tout le moins, dans laquelle un accord est toujours recherché⁷³. Mais un tel positionnement n'empêche évidemment pas d'y voir, en ces domaines, une directive d'engagement sérieux et loyal des négociations à l'aune de laquelle l'échec des discussions peut également être évalué.

Plus généralement, la jurisprudence de la chambre sociale relative à la loyauté des négociations collectives, même orientée vers le contrôle de l'élaboration d'un acte collectif déjà conclu, permet de considérer que l'échec des négociations doit, en toutes circonstances, avoir été précédé d'un comportement actif des parties. Celles-ci doivent donc, d'une part, avoir été en mesure de formuler des propositions et contre-propositions et, d'autre part, avoir motivé leurs refus⁷⁴. Sans oublier le respect par les parties du « devoir particulier d'information » intrinsèque à l'exigence de loyauté⁷⁵. En ce sens, l'échec des négociations ne doit donc pas être la seule conséquence d'un simulacre de négociation et de comportements

⁷¹ Pour reprendre la formule du Professeur Pasquier : T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », RDT 2018, p. 44.

⁷² C. trav., art. L. 2242-6 : « Les accords collectifs d'entreprise sur les salaires effectifs ne peuvent être déposés auprès de l'autorité administrative, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-6, qu'accompagnés d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, consignait les propositions respectives des parties. Le procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations. L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. L'employeur doit également leur avoir communiqué les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales » (souligné par nous).

⁷³ C. trav., art. L. 2241-3 : « Une commission mixte est réunie dans les conditions prévues à l'article L. 2261-20 si la négociation n'a pas été engagée sérieusement et loyalement.

L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales ».

⁷⁴ Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010 : Bull. civ. V, n° 269 : « Mais attendu que, répondant aux conclusions et après avoir relevé que la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues, la cour d'appel a exactement décidé que la négociation avait été régulièrement menée [...] » (souligné par nous).

⁷⁵ G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 33, spéc. p. 37-38.

d'obstruction inconciliables avec la logique d'échanges et de dialogue qui doit présider au processus conventionnel⁷⁶.

25. Loyauté de la négociation infructueuse et procès-verbal de désaccord. – Contribuant à renforcer cette figure de l'échec loyal, l'obligation procédurale d'élaborer un procès-verbal de désaccord encourage sans aucun doute les parties à jauger leur échec en formalisant celui-ci à partir de leurs dernières propositions respectives. En cela, il contribue à démontrer que le désaccord intervenu a pris appui sur un échange vertueux et loyal. Or, la loi impose directement l'élaboration de ce procès-verbal en matière de négociation obligatoire⁷⁷ allant jusqu'à subordonner l'adoption d'un plan d'action en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à la production d'un tel document⁷⁸. En dehors de ce domaine, la production d'un procès-verbal de désaccord est également prévue, sur le même modèle, lorsque la négociation n'aboutit pas en matière de prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels⁷⁹. Enfin, un procès-verbal de désaccord est expressément exigé à l'issue de négociations infructueuses sur le plan d'épargne d'entreprise et sur le plan d'épargne pour la retraite collectif mais également lors du dépôt d'une décision unilatérale prise après échec des négociations en matière d'intéressement, de participation et de plans d'épargne⁸⁰.

Par ailleurs, le législateur pose implicitement la nécessité d'élaborer un procès-verbal de désaccord pour toute négociation menée dans le cadre du mandatement syndical en l'absence de délégué syndical dès lors qu'en matière de protection du salarié mandaté contre le licenciement et le transfert d'entreprise, « lorsque aucun accord n'a été conclu à l'issue de la négociation au titre de laquelle le salarié a été mandaté, le délai de protection court à compter de la date de la fin de cette négociation, matérialisée par un procès-verbal de désaccord »⁸¹. Dans ce cas-là, la production d'un procès-verbal de désaccord en cas d'échec des négociations constitue un élément indispensable à la séquence de protection du salarié mandaté.

⁷⁶ M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation d'entreprise », Travail et Emploi, oct. 2000, n° 84, p. 47, spéc. p. 55-56. – Adde G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », art. préc., p. 36-37.

⁷⁷ C. trav., art. L. 2241-18 et art. L. 2242-5.

⁷⁸ C. trav., art. L. 2242-8.

⁷⁹ C. trav., art. L. 4162-2.

⁸⁰ C. trav., art. D. 3345-1, al. 2 créé par Décret n° 2021-1122 du 27 août 2021.

⁸¹ C. trav., art. L. 2411-4 et art. L. 2414-1, 11°.

En dehors des cas précités, il pourrait être considéré que l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord n'est pas nécessaire en cas d'échec des négociations. Il paraît pourtant souhaitable en ce qu'il pousse les parties à mesurer l'écart qui les sépare d'un accord et à retracer l'itinéraire des échanges avec, en dernier lieu, le bilan des ultimes propositions. Ce faisant, le procès-verbal de désaccord témoigne d'une certaine forme de vie conventionnelle, ce qui explique d'ailleurs que chaque bilan annuel de la négociation collective préparé par la direction générale du travail intègre les procès-verbaux de désaccord dans la présentation des textes enregistrés⁸². En attendant une généralisation du procédé à l'égard de toute négociation ouverte, l'accord de méthode visé à l'article L. 2222-3-1 du Code du travail pourrait opportunément, tout en envisageant « des comportements particulièrement vertueux »⁸³ maximisant les chances de conclure l'accord, comporter un second volet sur l'échec des négociations imposant, notamment, aux parties de dresser dans ce cas un procès-verbal de désaccord.

2. La sanction de l'échec déloyal

26. Classiquement, l'exigence de loyauté en matière de négociation collective est davantage utilisée pour bouter hors de l'ordre juridique un accord collectif dont la phase de conception ne répond pas à certains standards et à certaines règles, remettant ainsi en cause la rencontre des volontés collectives. On questionne plus rarement l'impact de comportements déloyaux ayant provoqué un échec des négociations, d'autant plus que l'on a tendance à considérer que c'est l'employeur qui aura, le plus souvent, à se plaindre d'un désaccord⁸⁴ même si la montée en puissance du préalable de négociation obligatoire change quelque peu la donne.

27. **Invalidité des actes patronaux gravitant autour de l'échec.** – Si, selon une première vue, l'échec déloyal des négociations ne semble mobiliser qu'un arsenal appauvri de sanctions dès lors qu'aucune norme conventionnelle n'a été conclue, il ne faudrait pourtant pas oublier qu'un désaccord illégitime entre partenaires sociaux peut tout de même impacter la validité d'actes juridiques gravitant autour de la négociation infructueuse. Il en est ainsi tant à l'égard des décisions unilatérales dont l'adoption a directement provoqué l'échec des négociations qu'à l'égard de celles ayant profité d'un échec déloyal. Sur le premier point,

⁸² V. en dernier lieu : *La négociation collective en 2020*, Édition 2021, DGT.

⁸³ G. François, « Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégué syndicaux », BJT avril 2020, n° 113h3, p. 39, spéc. p. 42.

⁸⁴ En ce sens, G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », art. préc., p. 42 : « De manière générale, et parce que le devoir de loyauté est réciproque, il y a lieu de penser que, lorsque celui-ci aura été méconnu, les organisations syndicales auront à se plaindre du fait qu'un accord a été conclu, tandis que l'employeur leur reprochera le fait que les négociations aient échoué ».

l'article L. 2242-4 du Code du travail pose l'interdiction de prendre des décisions unilatérales, sauf urgence, sur les questions qui font l'objet de la négociation en cours et constitue, malgré son positionnement dans le Code du travail, une directive générale ne se limitant pas au domaine de la négociation obligatoire⁸⁵. Dès lors que l'on appréhende la prise d'une décision unilatérale en cours de négociation comme un échec de la négociation⁸⁶, l'annulation de l'acte unilatéral prévu par la jurisprudence⁸⁷ constitue bien une sanction de l'échec déloyal. Sur le second point, dans les situations dans lesquelles la décision unilatérale voit son accessibilité subordonnée à la satisfaction d'un préalable de négociation obligatoire, l'échec jugé déloyal se répercute nécessairement, à titre de sanction, sur la validité de l'acte patronal qui perdra alors tout potentiel juridique pour soutenir la situation juridique en cause.

28. Responsabilité des négociateurs à l'origine de l'échec. – Au-delà de cette sanction visant les actes juridiques causant ou s'adossant à une négociation infructueuse, l'échec déloyal peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité civile des négociateurs par le fait desquels la négociation a échoué. Mais il faut alors concéder qu'« il ne sera guère aisé de déterminer la nature et le montant du préjudice subi, dont on peut cependant penser qu'il restera minime, si tant est qu'il puisse être rattaché, par un lien de causalité, au manquement considéré »⁸⁸. Si l'on considère que l'échec des négociations trouvant sa source dans un comportement déloyal d'une des parties a privé d'un avantage l'autre partie, voire les salariés en tant que potentiels bénéficiaires de l'accord dont la conclusion n'a pu intervenir, il est possible de caractériser dans cette situation un préjudice de perte de chance. La Cour de cassation l'a admis face à un employeur n'ayant pas satisfait pendant plusieurs années à une obligation conventionnelle de renégocier le montant d'une gratification de fin d'année dans le cadre des négociations annuelles⁸⁹ de sorte que certains y ont vu un canal indemnitaire plus

⁸⁵ En ce sens : J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvrier* 1997, p. 496, spéc. p. 502. – *Adde* S. Laulom, « Du régime de la recommandation patronale dans le système imposant l'agrément d'un accord collectif – Avis sous Cass. soc., 10 no. 2021, n° 21-17.717 », *Dr. soc.* 2021, p. 1008, spéc. p. 1012.

⁸⁶ En ce sens : J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », art. préc., p. 502 : « En prenant une décision unilatérale, le chef d'entreprise met fin à la négociation ; il refuse d'entendre les arguments de la partie syndicale et affirme son pouvoir ».

⁸⁷ Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640 : *Bull. civ.* V, n° 219.

⁸⁸ G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », art. préc., p. 42.

⁸⁹ Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-44.874, inédit : « [...] la cour d'appel qui, sans inverser la charge de la preuve, a relevé que [la] société ne justifiait pas avoir exécuté [l'obligation de renégocier] pendant la période de 1996 à 2002, en a exactement déduit que cette faute avait, en privant le salarié d'une chance d'obtenir le versement d'une gratification de fin d'année, causé à l'intéressé un préjudice dont elle a souverainement apprécié le montant ; ».

général⁹⁰ susceptible donc de s'appliquer après un désaccord provoqué par le comportement déloyal d'une partie à la négociation.

La vigilance portée sur les racines de l'échec des négociations aboutit, en définitive, à garantir que le désaccord qui s'exprime est le fruit d'un débat d'idées purgé de tout comportement déviant. C'est à cette condition que l'échec peut être accepté dans un ordre juridique alimenté par les produits du dialogue social. Mais une fois acté, l'échec des discussions officialise, qu'on le veuille ou non, une impasse normative et interroge sur la réaction du système juridique face à la fermeture de la voie de règlementation conventionnelle. Or, pour éviter toute paralysie, s'enclenche une séquence de dépassement de l'échec des négociations, le système juridique réorganisant alors l'habilitation à régler la situation juridique dont le traitement n'a pu être assuré par l'accord collectif.

B. Dépasser l'échec des négociations

29. Mécanisme du dépassement. – S'il subsiste bien évidemment des objets de négociation ne pouvant trouver aucune forme de concrétisation en l'absence d'accord collectif et qui, en conséquence, octroient à l'échec des négociations un aspect paralysant, de larges pans des relations de travail laissent place à « droit supplétif du travail »⁹¹ ôtant tout caractère infranchissable au désaccord. Sa fonction est toujours de pallier à une défaillance de la règle conventionnelle⁹² et, ainsi, d'offrir à une situation juridique privée de règlementation négociée une formule de rechange. Celle-ci peut présenter différents formats – accord de branche, décision unilatérale, contrat de travail, décision administrative, jugement – et occuper plusieurs étages dont l'accès est organisé de manière successive⁹³.

Cette intervention de l'ordre juridique aux fins de donner, de manière de plus en plus systématique, une solution normative de substitution mineure, dans la plupart des cas, les conséquences de l'échec des négociations en refusant à la voie conventionnelle un monopole

⁹⁰ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », art. préc., p. 44 : « Si le fondement est celui de l'obligation faite à l'employeur d'engager les négociations, on pourrait considérer, par analogie, que les manquements de l'employeur à la loyauté en actes - en ce qu'ils entravent le processus de négociation et privent les salariés de l'obtention d'un avantage par le jeu de la négociation - constituent de manière générale un préjudice de perte de chance dont les juges auraient l'obligation d'apprécier souverainement le montant ».

⁹¹ M. Morand, « Le droit supplétif du travail », RJS 2022, p. 3.

⁹² S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », RDT 2009, p. 83.

⁹³ M. Morand, « Le droit supplétif du travail », art. préc., spéc. n° 18.

de réglementation. Il convient, à ce stade, de souligner que l'échec des négociations n'est pas envisagé comme le seul élément déclencheur des rouages du supplétif, le constat d'une tentative préalable de négociation n'étant rendu nécessaire que dans les relations entre l'accord collectif et la décision unilatérale lorsque cette dernière constitue la norme présentée comme supplétive par le Code du travail. Sous cette dernière réserve, l'échec des négociations ne bénéficie d'aucun traitement juridique spécifique quant à l'accessibilité et au régime des règles supplétives, ce qui ne va pas sans perturber le jeu conventionnel.

30. Problématique du dépassement. – On admettra, en effet, que l'ombre que fait planer sur la négociation la règle supplétive qui pourrait s'appliquer à défaut d'accord brouille le processus conventionnel. Car en donnant aux parties à la négociation un horizon normatif dans lequel leur échec n'empêche pas la réglementation des questions faisant l'objet des discussions, la logique supplétive modifie la dynamique naturelle des négociations. Cela est vérifiable quelle que soit la nature de la norme supplétive visualisée par les parties dès leur entrée en négociation.

D'abord, lorsque le contenu de la règle supplétive peut être anticipé, l'une des parties peut avoir intérêt à ne pas voir aboutir la négociation, « attendant de la règle supplétive une solution conforme à [ses] exigences et dont l'application s'inscrit dans un processus délibéré »⁹⁴. Dans ce cas, la règle supplétive va exercer « une influence très forte et au demeurant assez néfaste sur la négociation collective »⁹⁵. Ensuite, de façon similaire, lorsque la règle supplétive agit davantage comme une « norme de structure »⁹⁶, le fait que l'une des parties soit précisément l'auteur habilité à émettre la norme supplétive applicable à défaut d'accord pourrait l'encourager à modérer, en amont, son effort conventionnel. Seul l'employeur bénéficie, en l'état du droit, d'une telle ubiquité normative le positionnant à la fois comme co-auteur de la norme de référence mais aussi comme auteur de la norme

⁹⁴ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 416, n° 439. Et l'auteur d'ajouter : « En présence d'une règle supplétive dont ils connaissent l'existence et le contenu, les individus ne feront donc l'effort d'exercer leur liberté de stipuler autrement que si cet effort, en termes de coûts, de temps ou d'énergie, est moindre que la satisfaction qu'ils peuvent en retirer. [...] En ce sens, la règle supplétive s'inscrit naturellement dans une approche utilitariste du droit ».

⁹⁵ S. Tournaux, « L'articulation de la loi et de l'accord collectif de travail », *Dr. ouvrier* 2017, p. 353, spéc. p. 358. L'auteur se demande notamment « quel intérêt un syndicat peut-il avoir à signer un accord prévoyant une majoration des heures supplémentaires à hauteur de 10% alors qu'à défaut d'accord, les huit premières heures seront majorées à 25% et les suivantes à 50% ? ».

⁹⁶ A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail – Retour sur dix ans de réforme (Seconde partie) », art. préc., p. 634, note de bas de page n° 42 : « Toutes les dispositions dites supplétives ne fixent pas des règles substantielles auto-suffisantes. Certaines font office de normes de structure en habilitant d'autres acteurs à fixer les normes substantielles applicables : soit le pouvoir réglementaire par décret, soit le comité social et économique par règlement intérieur, soit l'employeur et le salarié par contrat, soit l'employeur par décision unilatérale ».

supplétive⁹⁷. Or, ne peut-on pas se demander, comme certains y invitent, « lorsque la loi n'est pas trop directive et que l'employeur dispose de larges marges de manœuvre, comme cela est le cas pour le droit à la déconnexion ou en matière d'astreintes, quel peut bien être son intérêt d'accepter des revendications syndicales et de conclure un accord collectif »⁹⁸ ? Ici encore, l'échec des négociations n'annonce, pour une des parties, qu'un accroissement du pouvoir de réglementation unilatérale.

Naturellement, la fonction de déverrouillage des règles supplétives ne doit pas être ignorée. Mais d'un certain point de vue, l'essor du supplétif peut être appréhendé comme agissant négativement sur la négociation en perturbant son équilibre, en modifiant le rapport de force et en invitant à considérer son échec comme un simple contre-temps procédural. L'échec des négociations pourrait pourtant être pris en compte dans la mise en mouvement des dispositions supplétives, au moins afin d'empêcher que l'une des parties à la négociation n'exerce une influence sur l'adoption de la norme applicable à défaut d'accord. Pourrait servir de source d'inspiration le schéma que l'on retrouve concernant la répartition du personnel de l'entreprise et des sièges entre les différents collèges électoraux où le calibre de la norme supplétive varie selon que l'absence de protocole d'accord préélectoral est due⁹⁹ ou non¹⁰⁰ à un échec des négociations. Une telle orientation serait de nature à assurer un plus grand respect des volontés exprimées dans le désaccord au sein d'un système normatif où l'échec des négociations apparaît encore trop souvent comme indésirable.

⁹⁷ À un degré moindre, et de manière plus isolée, les membres du CSE sont également habilités, en l'absence de délégué syndical et à défaut d'accord avec l'employeur, à prévoir dans le règlement intérieur de l'instance la composition, les missions, les moyens et les modalités de de fonctionnement des commissions santé, sécurité et conditions de travail (C. trav., art. L. 2315-44).

⁹⁸ S. Tournaux, « L'articulation de la loi et de l'accord collectif de travail », art. préc., p. 358.

⁹⁹ C. trav., art. L. 2314-13, al. 3.

¹⁰⁰ C. trav., art., L. 2314-14.