

# La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise

Michel Miné (\*)

*L'accent mis ces dernières années sur la négociation collective d'entreprise et sur la création de normes à ce niveau confère à la question de la loyauté du comportement des négociateurs une importance cruciale. En effet, les risques d'un échange inégal augmentent, à la mesure de l'hétérogénéité des entreprises appelées à négocier, au regard de l'existence ou non de traditions de négociations, de la structuration et de l'expérience des organisations soutenant les négociateurs salariés tout comme des conseils dont bénéficient les négociateurs patronaux. La doctrine et la jurisprudence travaillistes ont eu à maintes reprises l'occasion de se pencher sur les conditions de la négociation collective. Dans le prolongement du concept civiliste de la bonne foi des parties au contrat, le concept de loyauté de la négociation est apparu. Cet article juridique apportera aux praticiens et aux acteurs sociaux engagés à titre divers dans les négociations d'entreprise un éclairage approfondi sur les ressources jurisprudentielles susceptibles d'aider à bâtir des négociations loyales, gages nécessaires, quoique non suffisants, d'un bon accord.*

La volonté de faire de la négociation un mode privilégié de « régulation sociale » et de production normative, en particulier au niveau de l'entreprise, apparaît comme un objectif politique poursuivi de manière constante par les pouvoirs publics depuis 1982 (A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, 1986). Le législateur de 1982 a eu pour préoccupation première d'inciter à la négociation, notamment au niveau de l'entreprise. Il a ainsi créé une obligation annuelle de négocier dans toute entreprise où est constituée une section syndicale d'organisation représentative. Mais il n'a esquissé que quelques éléments sur le déroulement de la négociation. Les lois du 13 juin 1998, d'incitation et d'orientation à la réduction du temps de travail, et du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, en sont de nouvelles et éclatantes illustrations. Cette décentralisation de la production normative s'est accompagnée d'une modification de l'objet de cette négociation, la « négociation de gestion » remplaçant de plus en plus la « négociation d'acquisition » (YANNAKOUROU, 1995). Un mouvement similaire, avec cependant des variantes importantes, a pu être constaté dans tous les pays de l'Union Européenne, notamment en matière de durée et d'aménagement du temps de travail (FREYSINET, 1998).

La négociation d'entreprise s'est développée vigoureusement <sup>(1)</sup>. Elle s'est accompagnée d'une amplification des interrogations sur le processus de négociation. Or la loi « fait silence » pour de nombreuses questions touchant à ce processus.

Cependant, les rares réponses législatives apparaissent comme « des manifestations de l'exigence de bonne foi » (PÉLISSIER, 1997). Confrontés à des difficultés, les acteurs sociaux se sont donc adressés au juge pour trancher des contentieux. Il existe désormais une jurisprudence, bien qu'encore peu étoffée, sur le processus de négociation. Il convient de s'interroger sur la mise en œuvre de la loyauté à travers les réponses apportées par cette jurisprudence.

La réflexion sur le processus de négociation, largement négligée avant 1982, mérite donc une très grande attention. En effet, le résultat de la négociation, l'accord conclu et son contenu ou son échec, dépend fortement du processus de négociation qui l'a précédé. L'objet de la négociation se complexifiant, le processus doit susciter un intérêt d'autant plus marqué. Et si l'on considère que la négociation collective, en ce qui concerne ses résultats, est un moyen de rétablir une certaine égalité entre l'employeur et les salariés, des conséquences doivent en être tirées quant à la négociation en tant que processus. La négociation collective d'entreprise peut donc être définie comme « une procédure susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif » (JEAMMAUD, LE FRIANT, A. LYON-CAEN, 1998), se situant au niveau de l'entreprise. Le droit de la négociation apparaît ainsi par excellence comme un droit procédural <sup>(2)</sup> : un droit qui définit des acteurs, des résultats possibles, en termes de standard, mais non de contenu précis, et des comportements, sans grande précision.

1. « En 1997, ... près de 11 800 accords ont été signés », Commission nationale de la négociation collective, La documentation française, bilan 1997, p. 31. « De 1 500 à 2 000 accords conclus au cours des années 1982, le nombre... dépasse les 7 000 en 1994 », Rapport de

G. NAULIN au CES sur la Prévention et la résolution des conflits du travail, 1998, Ed. JO.

2. A. LYON-CAEN, Cours DEA Droit de l'emploi, 1998/99, Paris-X Nanterre ; M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, « Le droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.*, 1982-729.

\* Professeur-associé en droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise, 34, boulevard Bergson, 95200 Sarcelles.

## Un concept d'origine civile rénové par le droit du travail

Il convient dès lors de s'interroger sur une question, qui ne choque plus aujourd'hui en droit du travail <sup>(3)</sup> : la place de la bonne foi dans la négociation collective d'entreprise. La bonne foi (*bona fides*) trouve son fondement textuel dans l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil qui dispose que « *Les conventions... doivent être exécutées de bonne foi* ». Selon la doctrine civiliste, « *cette disposition longtemps assoupie n'a été redécouverte par les tribunaux que depuis une quinzaine d'années, ce qui correspond à un changement général d'attitude des juges, moins respectueux de la volonté des parties et plus désireux d'introduire par toutes les voies possibles un contrôle de moralité et de justice dans les contrats* » <sup>(4)</sup>.

Ce concept d'origine civiliste prospère désormais dans différentes branches du droit. Il est ainsi présent en droit commercial. Et la notion de bonne foi est utilisée par le droit du travail, dans la jurisprudence concernant les obligations de l'employeur au regard de l'exécution du contrat de travail <sup>(5)</sup> et des accords collectifs <sup>(6)</sup>, mais également pour la mise en œuvre du plan social <sup>(7)</sup> avec notamment l'exécution des engagements unilatéraux <sup>(8)</sup>.

Mais l'obligation de bonne foi s'impose également aux salariés dans l'exécution de leur contrat de travail <sup>(9)</sup>. Si d'un côté la bonne foi du droit civil et de l'autre la loyauté du droit du travail s'imposent en ce qui concerne l'exécution d'un contrat ou d'une convention, il convient de s'interroger sur leur mise en œuvre en ce qui concerne la formation de ce contrat ou de cette convention. En droit civil, la doctrine considère que « *la bonne foi... préside à l'exécution du contrat... mais aussi à sa formation. Les parties doivent négocier loyalement* » <sup>(10)</sup>. En droit du travail, « *au fur et à mesure que se développent processus et habitus négociatoires, l'idée d'un minimum de loyauté et de transparence ne peut que prendre de plus en plus la force de l'exigence* » (ROTHSCHILD-SOURIAC, 1997 ; BORENFREUND, 1999). L' « *exigence*

*de loyauté... est de première importance au stade de la négociation des accords* ».

La mobilisation du principe de loyauté (A. JAMMEAUD, 1982) en matière de négociation collective d'entreprise peut poursuivre plusieurs objectifs. Il s'agit principalement de rendre plus effectif « le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise » (art. L. 132.18 du CT) grâce à une négociation collective authentique, en favorisant « un équilibre des pouvoirs » entre les négociateurs, employeur et salariés (G. LYON-CAEN, 1979). La loyauté devient alors un instrument de contrôle du comportement de l'employeur. « *Le droit à la négociation collective est un droit des travailleurs et non pas un droit des employeurs... L'obligation de négocier loyalement pèsera donc plus naturellement sur eux que sur les salariés* » (PÉLISSIER, *op. cit.*). À défaut de renforcer le pouvoir de négociation des salariés, la négociation n'est qu'un « mot alibi » (G. LYON-CAEN, *op. cit.*) qui débouche sur un renforcement du pouvoir de l'employeur dans sa réglementation de l'entreprise. Cette approche peut avoir comme conséquence de civiliser des relations sociales <sup>(11)</sup>, qui deviendraient plus régies par le droit et moins dominées par le « rapport de forces », entre l'employeur et les organisations syndicales <sup>(12)</sup>.

La loyauté sous-tend des normes de droit positif et est directement mobilisée en l'absence de normes. La bonne foi peut alors apparaître comme un fil discret, en synergie avec d'autres droits des salariés, qui sera mobilisée en cas de difficulté dans le silence du droit du travail. La bonne foi est « *une règle juridique, source de droits et d'obligations aux multiples applications pratiques* » (CORRIGAN-CARSIN, 1995, p. 127 et pp. 133-136). La loyauté dans la négociation collective d'entreprise signifie un comportement avec un versant positif et actif (volonté d'aboutir <sup>(13)</sup>, échanges de propositions, etc.) et un versant passif (abstention d'actes négatifs à l'encontre du partenaire). La loyauté est mobilisée, en matière de négociation collective d'entreprise, dans le droit du travail de certains pays, notamment aux États-Unis (JAUFFREY-EPSTEIN, 1982, p. 1123) et au Japon (R. YAMAGUCHI, 1984, p. 291).

3. Des auteurs travaillistes ont su préparer un nouveau regard de la doctrine travailliste sur le droit civil, voir not. G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », *Dalloz*, 1975, chron. 24 et 36.

4. A. BÉNABENT, *Droit civil*, Les obligations, 6<sup>e</sup> éd., 1997, Montchrestien, spéc. p. 188. Travaux de l'Association H. CAPITANT, *La bonne foi*, 1992, Litec.

5. Cf. création prétorienne de l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, Soc. 25/02/1992, *Dr. soc.*, 1992-573, note A. LYON-CAEN. A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse, Paris II, 1997.

6. Soc. SA Case France c/Carneiro, 1/04/97, note J.-E. RAY, *Dr. soc.*, 1997-646 ; TGI Paris, 17/11/87, *Dr. ouv.*, 1988-273, note G. LYON-CAEN. TGI Thionville, 13/11/98, CGT Unimétal, *Dr. ouv.* 1999-457.

7. Soc. 2/04/96, SA Alcatel CIT c/ Rousvoal et a, *RJS* n° 513, *D.* 1998 S.C. p. 250, V. MICHELET ; Soc. 6/05/98, Sté Eternit Industrie c/ Cabieces, *RJS* 6/98, n° 715.

8. Soc. 6/05/98, *RJS* n° 715.

9. Soc. 10/11/98, SA L'Oréal c/ Goncalves, *Liaisons soc.*, 29/12/98, *jurisp.* n° 611, p. 8.

10. *Précis Dalloz*, n° 177.

11. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, spéc. p. 151. « *Le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales, c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force (...)* » et p. 124 « *Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal (...)* ».

12. Rapport ROBINEAU : « *un rapport de forces peu favorable aux salariés, lié à la pression persistante du chômage, n'assure pas les meilleurs conditions pour une négociation équilibrée* », *Liaisons soc.* V 654, 8/07/97.

13. « *en vue d'aboutir à un accord* », art. 2.1. de la directive européenne 92/56 du 24 juin 1992, JO CE L 245 du 26/08/92.

Les canons d'un processus loyal de négociation peuvent se développer par la loi (des prémisses existent), la jurisprudence (qui a construit l'essentiel du début d'édifice) ou encore les partenaires sociaux notamment dans le cadre de la Commission nationale de la négociation collective (qui pourrait fixer des standards), par des accords de branche (avec un risque d'émiettement) ou sous l'influence de l'Administration du travail.

La mobilisation de la bonne foi ou de la loyauté est donc possible en droit du travail. Elle est effective en ce qui concerne l'exécution des accords, elle est souvent implicite en matière de négociation. Mais un débat peut avoir lieu sur l'opportunité de cette mobilisation au regard de ses conséquences (M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, 1986, p. 517-521). Deux thèses principales se sont exprimées sur cette question.

Selon la première <sup>(14)</sup>, la transposition est souhaitable : « *il va de soi... que l'obligation de négocier de bonne foi pèse sur l'ensemble des partenaires sociaux. Les organisations syndicales y sont soumises au même titre que le chef d'entreprise (...)* ». Cette thèse exprimait une conception institutionnelle des relations sociales, niant les conflits d'intérêts.

Une seconde thèse, avait pu considérer que « *le concept de bonne foi est inadéquat à la conception française de la négociation collective* » (M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, *op. cit.*). Les objections portaient essentiellement sur le caractère flou du concept de bonne foi, mais surtout sur le fait qu'il est « *intimement lié aux principes de réciprocité et d'interdiction de nuire dont la transposition à notre matière soulève des problèmes de fond* ».

Ce débat est aujourd'hui actualisé (PÉLISSIER, *op. cit.*) notamment grâce au renouvellement de la discussion sur la réciprocité. En effet, il convient de le souligner, le droit civil n'est pas indifférent à l'inégalité entre les parties au contrat : « *La particularité de cette obligation de loyauté est de s'imposer aux deux parties* »... mais bien sûr dans des conditions différentes en ce qui concerne l'exécution du contrat. Et cette prise en compte de l'inégalité des parties est également présente au stade de la formation du contrat : « *en droit civil l'obligation de loyauté a, dans certains cas, un caractère unilatéral* ». Il en est ainsi à travers l'obligation d'informer, relevant de la « loyauté contractuelle », notamment entre les professionnels

et les consommateurs <sup>(15)</sup>. Certains auteurs pensent que la négociation collective d'entreprise peut être soumise au devoir de négociier de bonne foi du droit civil des contrats mais en tenant compte de normes propres au droit du travail (droit à la négociation collective et droit de grève) exclusives de toute réciprocité (CHALARON, 1990, p. 594). Quant à la relation entre négociation et « pouvoir de nuisance » <sup>(16)</sup>, elle sera abordée ultérieurement.

Ce débat débouche sur un choix à opérer entre la notion de bonne foi et celle de loyauté. La doctrine travailliste utilise parfois l'une ou l'autre comme des synonymes. Il en est de même en droit commercial <sup>(17)</sup>. La doctrine civiliste considère que « *cette obligation de loyauté imprègne d'ailleurs le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi* » et que « *la bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence, à partir des usages et plus généralement des bonnes pratiques contractuelles* » (GHESTIN, 1980, p. 140-145). Pour certains civilistes « *on parle aussi bien de bonne foi que d'obligation de loyauté* » <sup>(18)</sup>.

Sans développer trop cette question, il apparaît que la notion de loyauté est préférée des travaillistes, pour une raison textuelle puisque le code du travail fait une référence à la loyauté (art. L. 135.3 du CT) mais ignore le terme de bonne foi, peut-être aussi pour une raison culturelle. La loyauté serait utilisée pour éviter une filiation trop directe avec le droit des obligations. Ainsi, le concept de bonne foi serait intégré en droit du travail, par une appropriation spécifique de la notion par celui-ci. La loyauté permettrait de mieux tenir compte des situations sociales saisies par le droit du travail qui se caractérisent par une inégalité des parties, l'une connaissant un lien de subordination à l'égard de l'autre, et par des relations collectives. Suivant la démarche d'éminents auteurs, le terme de loyauté sera préféré ici.

La sanction du manque de loyauté a pour objectif essentiel d'obliger l'employeur (et peut-être aussi les autres acteurs) à négocier loyalement mais pas de l'obliger (ou de les obliger) à conclure. La demande peut être formée devant le juge des référés, le juge du fond ou encore le juge répressif. La sanction peut être variée (civile – nullité de l'accord, obligation de faire, octroi de dommages-intérêts – ou

14. Voir not. B. TEYSSIÉ, « Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise », *JCP E* 1985, n° 8, p. 17. Les promoteurs du « Contrat collectif d'entreprise » prévoient qu'il est négocié de bonne foi, pour une analyse critique : G. BÉLIER, *Dr. soc.*, 1986-49.

15. C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, « Les obligations », *Economica*, 1998, spéc. pp. 322-332. En matière de médecine : CA Angers, 11/09/98, *D.* 1999, jp p. 46.

16. M. MOREAU, *La grève*, *Economica*, p. 57 : « *L'ensemble de la doctrine juridique (...) est d'accord pour reconnaître que le droit de grève est par essence un droit de nuisance* ».

17. J.-E. RAY, note préc. sous Soc. 1/04/97, l'arrêt de la Chambre

sociale approuve l'arrêt de la Cour d'appel qui se réfère à la notion de bonne foi mais dans sa note J.-E. Ray considère que l'art. 1134 al. 3 C. civ. est « repris par l'article L.135-3 du Code du travail » et base son commentaire sur la « loyauté » ; J. PÉLISSIER dans son article « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.*, 1997-496, utilise l'un ou l'autre terme comme équivalents. Par contre, M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD opère une distinction et indique préférer une référence à l'idée de loyauté, art. préc. *Dr. soc.*, 1997-1068, note 65 et « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *A.J.* n° 119-juil. 1996 (spéc. 2° partie), p. 6. 18. A. BÉNABENT, *op. cit.*, spéc. n° 285 « Obligation de loyauté et de bonne foi ».

pénale). L'administration peut avoir également un rôle à jouer <sup>(19)</sup>.

Il s'agira donc ici, sans prétendre à l'exhaustivité, de repérer quelques questions où le concept de loyauté est à l'œuvre ou pourrait utilement être mobilisé (A. JEAMMAUD, 1993). La recherche tentera de vérifier une hypothèse théorique selon laquelle le principe de loyauté sous-tendrait des réponses législatives, et surtout jurisprudentielles, à des questions concernant le processus de la négociation collective d'entreprise. La réflexion sur la loyauté dans la négociation collective d'entreprise se limitera au processus de négociation, en intégrant son issue, sans déborder sur la question du contenu de l'accord, de sa mise en œuvre et de son suivi. Ne sera pas non plus abordée la question de la loyauté de l'organisation syndicale représentative à l'égard des salariés <sup>(20)</sup>.

La question de la place que peut occuper la loyauté dans la négociation collective d'entreprise se posera donc ici tout d'abord en ce qui concerne le comportement de l'employeur au cours des négociations. Mais nous verrons dans une seconde partie que cette question interroge également l'autonomie collective dans son ensemble.

## La négociation collective d'entreprise en quête de la loyauté de l'employeur

La négociation collective d'entreprise n'a pas fait l'objet d'une réglementation précise de la part du législateur. La différence avec la procédure de consultation du comité d'entreprise est saisissante (M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, *op. cit.*). La différence de traitement par le législateur de ces deux procédures peut être un avantage ou un handicap. La négociation se déroule, en effet, sous le regard du juge qui peut être saisi pendant le cours des discussions. La réponse dépend de l'appréciation plus ou moins pertinente du juge saisi, au regard de l'intensité accordée à l'obligation de loyauté. Des textes généraux peuvent ainsi s'avérer plus performants que des textes très

précis pour saisir la multiplicité et la diversité des situations. La loyauté peut alors devenir un vecteur pour trouver des réponses quand un problème est posé au regard des « règles du jeu » de la négociation.

La négociation devrait se dérouler de manière loyale entre l'employeur et les organisations syndicales. Cette règle essentielle quant à l'issue de la négociation et au contenu de l'accord conclu se décline sur plusieurs plans. La loyauté doit régir le choix des interlocuteurs, la conduite de la négociation et l'issue de la négociation (PÉLISSIER, *op. cit.*). Face à un déséquilibre des pouvoirs, reconnaître l'obligation de loyauté apparaît indispensable pour éviter des manœuvres destinées à invalider le droit unilatéral des salariés à la négociation collective. Dans un contexte social défavorable pour les salariés, la loyauté serait « l'arme des faibles ».

On examinera tout d'abord l'expression de la loyauté de la négociation à travers la détermination des acteurs puis à travers la gestion de l'espace-temps de la négociation.

### Les acteurs de la négociation

Le problème se pose d'abord d'identifier qui sont les partenaires sociaux, acteurs de la négociation dans l'entreprise, puis les modalités de leur rencontre.

#### Identifier les partenaires sociaux dans l'entreprise

L'acteur employeur est bien entendu le chef d'entreprise et celui-ci peut en cas d'accord être assisté de salariés de l'entreprise. Le fait de tenter d'imposer un nombre excessif de collaborateurs pour faire pression sur la délégation syndicale pourrait être regardé comme déloyal. Il en serait de même, semble-t-il, si l'employeur se faisait représenter par un collaborateur ou autre dirigeant ne disposant pas des pouvoirs nécessaires pour négocier réellement <sup>(21)</sup>.

19. « Le rôle attendu de l'inspection du travail est d'inciter et d'aider à la négociation », Circ. 5/05/83, D. 1983, p. 330 ; l'accent est mis sur l'ouverture de la négociation sans référence à la loyauté de la négociation. Dans la cadre de la loi du 13/06/98, les services déconcentrés sont incités à veiller au « bon usage du mandatement » et en particulier à « s'assurer de la réalité du processus de négociation et de l'effectivité du lien entre l'organisation mandante et le salarié mandaté ». Il est prévu que « les services pourront... sanctionner les abus manifestes, en refusant le conventionnement » (Circ. 24/06/98, JO 25/06, spéc. p. 9632). L'amendement dit « Michelin », voté dans le cadre de la loi Aubry II, qui prévoyait que « l'employeur, préalablement à l'établissement du plan social (...), doit avoir conclu un accord de réduction du temps de travail (...) ou à défaut, avoir engagé sérieusement et loyalement des négociations » sur le sujet, a renouvelé ce débat : l'Administration devait vérifier la loyauté de la négociation avant de prendre une décision concernant le plan social. Mais le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition contraire à la Constitution, en considérant que le législateur n'avait pas pleinement exercé sa compétence en ne précisant pas les effets de l'inobservation de cette obligation, « en particulier, en laissant aux autorités administratives et juridictionnelles le soin de déterminer

si cette obligation est une condition de validité du plan social » (DC n° 99-423 du 13/01/2000, JO 20/01, p. 993). Cependant, le Conseil ne valide pas la critique sur la difficulté d'apprécier « le caractère loyal et sérieux de la négociation » (Saisine du Conseil, du 15/12/1999, JO 20/01/2000, pp. 998-999).

20. Il semble en effet que le syndicat doit représenter tous les travailleurs – art. L. 411-1 du CT – de manière égale et loyale, son attention étant attirée sur des salariés subissant un traitement défavorable comme les femmes – art. L. 132-28 du CT. Dans le cadre des négociations sur la réduction du temps de travail, quatre organisations syndicales confédérales de cadres invitent leurs négociateurs syndicaux, souvent non-cadres, à mieux tenir compte de leurs intérêts, *Liaisons soc.* quotidien 14/04/99. Cette question du traitement des « minorités » par l'organisation syndicale ne pose pas de problème de légalité de l'accord conclu mais illustre un effet potentiel de boomerang du recours à l'exigence de loyauté : exiger la loyauté de l'autre implique de soi un comportement de même nature. Pourrait cependant aussi se poser la question de droits subjectifs de l'adhérent à l'égard de son syndicat.

21. Infraction à L. 132-27 du CT non-retenue, cf. *infra*, Crim. 4/10/

Le choix de l'interlocuteur de l'employeur ne relève pas du bon vouloir de ce dernier. L'interlocuteur syndical pourra être différent selon la présence syndicale dans l'entreprise et sa couverture conventionnelle. Dans l'entreprise où est présente une organisation syndicale représentative, l'acteur salarié est une organisation syndicale représentative (par affiliation ou preuve de sa représentativité) et le législateur a prévu la composition de la délégation<sup>(22)</sup>. Une question se pose concernant la présence d'un représentant syndical non salarié de l'entreprise. Cette présence est possible seulement si un accord ou un usage plus favorable le prévoit<sup>(23)</sup>.

Mais le refus de l'employeur d'une telle présence ne marquerait-il pas un manque de loyauté ? Une telle règle concernant la présence d'un représentant syndical extérieur à l'entreprise devrait trouver à s'appliquer en matière de négociation d'accord d'entreprise (SUIOT, 1989, p. 205), au-delà de la procédure électorale où elle est prévue<sup>(24)</sup>. En effet, la présence d'un représentant syndical expérimenté est de nature à favoriser le caractère authentique de la négociation. De plus, le pouvoir de négocier appartient aux syndicats représentatifs ès qualités de personnes morales<sup>(25)</sup>. L'effort de la jurisprudence pour garantir l'authenticité de la négociation pré-électorale mériterait d'être également présent en ce qui concerne la négociation de droit commun « *au service d'une certaine idée de loyauté dans la négociation* »<sup>(26)</sup>. Cette possibilité d'intervention d'un représentant syndical extérieur à l'entreprise est permise par le droit positif dans diverses circonstances. Elle est de droit dans les négociations d'entreprise aux États-Unis<sup>(27)</sup>.

Depuis la loi du 12 novembre 1996 relative dans son article 6 au développement de la négociation collective, une distinction est à opérer dans l'entreprise où aucune organisation syndicale représentative n'est présente ; un régime dérogatoire expérimental existe en effet, qui se décline en deux modalités. La mise en œuvre de la loi du 12 novembre 1996 subordonnée à la conclusion d'un accord de branche avant le 31 octobre 1998, permet à l'employeur de négocier, soit avec les élus du personnel, soit avec un ou plusieurs salariés mandatés. L'accord de branche

peut, soit prévoir le recours à chaque formule dans des cadres différents pour éviter les recoupements (par exemple, négocier avec les élus quand ils existent et à défaut négocier avec le salarié mandaté), soit prévoir le recours à chaque formule dans le même cadre. Une négociation bien peu loyale serait alors possible puisque l'employeur pourrait choisir son interlocuteur. La délégation est composée, en application de l'accord de branche, soit d'un salarié mandaté, soit des représentants élus du personnel. C'est à l'accord de branche de déterminer qui négocie : les délégués du personnel seuls ou le Comité d'entreprise ou bien le Comité d'entreprise et à défaut les délégués du personnel, ou bien encore le Comité d'entreprise et les Délégués du personnel ensemble. En l'absence d'un tel accord de branche, les lois du 13 juin 1998 puis du 19 janvier 2000<sup>(28)</sup> permettent le recours à un salarié mandaté pour leur mise en œuvre.

En ce qui concerne les salariés mandatés, quel que soit leur régime (1996 ou 1998-2000), deux remarques s'imposent :

– d'une part, comme pour la délégation syndicale comprenant le délégué syndical, sauf accord ou usage, le salarié mandaté ne peut pas être accompagné par un représentant syndical extérieur. Un tel accompagnement s'avèrerait pourtant ici d'autant plus nécessaire<sup>(29)</sup> qu'il permettrait d'atténuer les difficultés et les risques d'une négociation avec un salarié sans expérience<sup>(30)</sup>. La loyauté de la négociation voudrait que l'équilibre soit au moins partiellement rétabli ;

– d'autre part, il arrive que des salariés soient mandatés à l'initiative de l'employeur, notamment en vue de la conclusion d'accords dérogatoires d'aménagement du temps de travail. Une telle démarche, qui semble illicite<sup>(31)</sup>, apparaît dans certains cas contraire à la loyauté la plus élémentaire, l'employeur choisissant directement un interlocuteur *a priori* très conciliant ou l'organisation qui a sa préférence. La loi (1996 et 1998-2000), grâce à l'incitation du Conseil constitutionnel<sup>(32)</sup>, renvoie à l'organisation syndicale mandante le soin de veiller à une désignation loyale.

Enfin, dans les entreprises où une telle désignation est possible, la désignation d'un délégué syndical

89. *Contra* la jurisprudence en matière de réunions du CE et des DP.

22. Art. L. 132-20 du CT. L'organisation syndicale ne peut conclure un accord que si elle est représentative pour les catégories de salariés concernés, Soc. 7/11/90, CFDT c/ SA Bonneterie Alsacienne Labonal, *Dr. soc.*, 1990-295, note M. DESPAX. L'employeur mais également l'organisation syndicale catégorielle de cadres qui signent un accord de modulation s'appliquant uniquement aux ouvriers manquent certainement de loyauté.

23. Soc. 19/10/94, *Dr. soc.*, 1994, 958, rapp. WAQUET. Et la grève visant à « *obtenir la présence dans une délégation syndicale chargée de la négociation... d'un permanent syndical étranger à l'entreprise* » ne présente « *aucun caractère abusif* », Soc. 19/10/94 (même arrêt), second moyen (cassation), bull. n° 281, *Dr. ouv.*, 1995, 148.

24. G. BORENFREUND, D. 1995, S.C. 370, sous Soc. 19/10/94 préc.

25. G. BORENFREUND, D. 1999 S.C. p. 32, sous Soc. 1/04/98.

26. *Idem*.

27. Réunions de délégués du personnel (art. L. 424-4 al 3 du CT) ; conseiller du salarié (art. L. 122-14 du CT) ; X. BLANC-JOUVAN, « *La négociation d'entreprise en droit comparé* », *Dr. soc.*, 1982-718, spéc. 721.

28. Art. 3.III, D. 1998, Lég. p. 196 ; art. 19-VI, loi 19/01/2000.

29. Un amendement allant dans ce sens avait été adopté, dans le cadre de la loi « *Aubry II* », par la Commission des Affaires sociales de l'Assemblée (séance du 29/09/99) mais rejeté par l'Assemblée (2<sup>e</sup> séance du 15/10/99).

30. Soc. 25/01/95, *Dr. soc.*, 1995-274, note G. BORENFREUND. Dans cette décision « *créant* » le salarié mandaté, la salariée faisait état de pression exercée par son employeur pour l'obliger à signer un accord supprimant un usage favorable aux salariés.

31. Art. L. 412-2 al 3 du CT. Cf. Convention OIT n° 98, art. 2, concernant les « *actes d'ingérence* » de l'employeur dans une organisation de travailleurs.

32. DC 6/11/96, *Dr. ouv.*, 1996-479, *Dr. soc.*, 1997-25.

pendant une négociation avec un salarié mandaté à pour effet que celui-ci doit se retirer, eu égard à son caractère subsidiaire. Les stratégies des syndicats mandants et de l'employeur sont mises à l'épreuve de la loyauté.

***La rencontre des acteurs :  
pas de négociations séparées mais des signatures  
séparées parfois admises***

La question de la loyauté se pose ici au cours des négociations, et en particulier à leur issue. La jurisprudence ne permet pas à l'employeur de négocier séparément avec ses interlocuteurs syndicaux, mais elle est plus ouverte quant à la possibilité de signatures isolées.

L'idée de loyauté de la négociation condamne la pratique de négociations séparées. L'employeur doit négocier dans le même temps et dans le même lieu avec l'ensemble des organisations représentatives (BARTHÉLÉMY, 1988). L'employeur doit convoquer aux réunions de négociation toutes les organisations syndicales représentatives, présentes dans l'entreprise, selon l'art. L. 132.19 du CT. En cas de manquement à cette règle, le juge des référés peut imposer au chef d'entreprise d'inviter ensemble et simultanément, depuis le début des négociations et jusqu'à leur achèvement, toutes les organisations syndicales représentatives, faisant ainsi respecter « l'égalité de traitement entre toutes les organisations syndicales représentatives » et refusant « une parodie de négociation » (33).

La difficulté existant au sujet de la possibilité de signature séparée à l'issue de la négociation pèse sur le déroulement des négociations. En effet, la confusion naît souvent du fait que le temps de la négociation et le temps de la signature sont rarement, sauf dans quelques grandes entreprises, clairement délimités.

L'employeur ne peut écarter une organisation de la négociation d'un avenant à un accord, dont elle est signataire (34) mais il ne le peut pas non plus dans certains cas quand elle n'est pas signataire (35) de l'accord initial. L'employeur ne peut pas non plus écarter une organisation syndicale représentative lors de la révision d'un accord que cette organisation avait refusé de signer, dès lors que la négociation porte sur la durée effective et l'organisation du temps

de travail ainsi que sur les salaires effectifs, matières relevant de la négociation annuelle obligatoire avec toutes les organisations syndicales représentatives (36). L'attitude discriminatoire à l'encontre, ou en faveur, d'une organisation syndicale apparaît comme un manque de loyauté dans la conduite de la négociation (37).

Tirant les conséquences de ce manque de loyauté, il a été jugé qu'un accord d'entreprise n'était pas valide dès lors qu'une organisation syndicale représentative, ayant un délégué syndical dans l'entreprise, n'avait pas été invitée à participer à sa négociation (38). Cette solution mériterait de trouver application quand une organisation a été partiellement écartée de la négociation, notamment à son issue. Enfin, les négociations séparées ou l'absence de convocation d'une organisation, sont sanctionnées par le juge, quelle que soit la nature obligatoire ou facultative de la négociation en cause (39).

À l'issue des négociations, la phase de conclusion mérite de retenir l'attention. Deux questions se posent principalement à propos de la signature séparée des accords et du processus conduisant au choix de signer ou non au sein des organisations syndicales. La chambre sociale s'est montrée peu exigeante concernant la signature séparée d'un accord, comme l'illustre un arrêt critiqué (40). Cependant, l'arrêt se réfère exclusivement à des signatures séparées et non à des négociations séparées après une première réunion commune. Mais la référence faite à « la validité de l'accord » qui n'est « pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales » montre que la Haute cour négligeait le lien entre négociation et conclusion de l'accord. Toutefois, la chambre sociale admet que « la nullité puisse être accueillie dès lors que la négociation apparaîtrait... entachée d'irrégularités » (BORENFREUND, 1996, p. 471). Depuis, il a été confirmé qu'après la fin des négociations, une signature séparée est possible, en dehors d'une réunion rassemblant l'ensemble des interlocuteurs (41).

Mais l'identification de la fin souvent malaisée de négociations rejaillit sur la loyauté des négociations. Ce temps de la signature devrait donc être mieux encadré par des normes empreintes de loyauté. L'objectif, comme en ce qui concerne la négociation proprement dite, est d'éviter que l'employeur s'appuie sur la division syndicale pour obtenir d'une organisation sa signature dans des conditions douteuses. Dès lors, il convient notamment d'examiner l'existence d'un

33. Soc. 13/07/88, bull. n° 454, D.1989. Somm. 202, note J. GOINEAU ; TGI réf. Paris, 1/10/93, SNE-CFDT c/ NMPP, A.J. mars 1994, n° 105, p. 20.

34. Soc. 18/12/91, Cie Marseillaise de réparation c/syndicat CGT de la réparation navale, Dr. ouv., 1992, 247.

35. Soc. 2/12/98, RJS 1/99, n° 78, Dr. soc., 1999-200, note G. BÉLIER.

36. Art. L. 132-27 du CT.

37. TGI réf. Paris 1/10/93, supra ; l'employeur ne doit employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale, art. L. 412-2 et L. 481-3 du CT.

38. Soc. 10/05/95, Plé c/Sté Vandenostende, RJS 1995.442 n° 676 ; Soc. 9/02/2000, Liaisons Sociales, 28/02/2000, n° 663.

39. Soc. 13/07/88 (obligation de faire) et 10/05/95 (nullité de l'accord), préc.

40. Soc. 1/06/94, SA Hôtels Concorde c/Comité d'ets et a., Dr. soc., 1994-715. « D'un tel arrêt, la loyauté de la négociation collective ne sort pas grandie » écrit A. LYON-CAEN dans son commentaire.

41. Soc. 9/07/96, FGMM CFDT c/ SA IBM, bull. n° 259, RJS 9/96 n° 953, D. 1998 Somm com p. 258, note M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, Dr. ouv., 1997, 30.

calendrier de négociations, son caractère consensuel ou unilatéral et la fixation d'une date de signature.

Au regard du principe de loyauté, la signature séparée d'un accord, si elle ne peut être totalement exclue, ne peut cependant être admise que dans des conditions restrictives. Il convient notamment qu'elle intervienne à l'issue du calendrier de négociation, ayant fait l'objet d'un accord, et qu'aucune nouvelle proposition patronale ne puisse être formulée sans ouvrir de nouveau la phase de négociation en commun <sup>(42)</sup>. La question parfois délicate est de préciser à quel moment la négociation peut être considérée comme terminée. Tous les points objets de la négociation ont-ils été abordés avec des propositions et des contre-propositions des uns et des autres ? Le temps de la réflexion a-t-il été respecté, etc. ? La réponse renvoie au déroulement de la négociation.

La seconde question a trait au choix des organisations syndicales de signer, ou de ne pas signer, le projet d'accord à l'issue de la négociation. La liberté de choix suppose que les représentants syndicaux disposent du temps de la réflexion, pour se concerter entre eux et consulter les syndiqués et salariés. Le facteur temps, essentiel dans toute négociation, apparaît de nouveau <sup>(43)</sup>. Est posée la question de la négociation du délai d'ouverture à signature. Le fait de limiter ce temps de réflexion en essayant d'obtenir des signatures de manière précipitée apparaît contraire au devoir de loyauté, du fait de la pression exercée sur les négociateurs et de l'impossibilité pour eux de décider en ayant sollicité les appréciations « de la base ». La loi *Aubry II* permet aux organisations syndicales de soumettre le projet d'accord, dans sa version définitive, préalablement à sa conclusion, à l'approbation du personnel (art. 19-V).

### La gestion de l'espace-temps de la négociation, dimension cruciale de la loyauté

La loyauté peut être encore interrogée à travers les questions de l'objet de la négociation, de l'accord sur le processus et de l'information préalable à la négociation, autant de dimensions qui renvoient au temps et aux moments de la négociation, à leur choix et à leur gestion dans la durée.

### L'objet de la négociation

La loi du 13 novembre 1982 a institué une obligation de négocier sur « les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail ». Certains auteurs ont pu relever « *ce paradoxe : la loi qui rend la négociation obligatoire... ne l'impose comme telle que là où elle peut aboutir à des résultats qui peuvent se révéler différents de ceux qui seraient obtenus du seul fait de l'application de la loi, voire, dans certains cas, qui seront "en retrait" par rapport à un régime légal protecteur* » (DESPAX, 1989, p. 279), en matière de temps de travail par exemple (art. L. 132.27 du CT). Mais d'autres thèmes de négociation obligatoire existent, notamment sur les questions suivantes : accords préélectorales (art. L. 423.18 et art. L. 433.13 al. 2 du CT), intéressement et participation (art. L. 442.10 du CT), droit d'expression (art. L. 461.3 du CT), formation professionnelle. Au-delà de ces négociations rendues obligatoires par le législateur, d'autres thèmes de négociation peuvent-ils être prévus (SOULIER, 1990) ? La liberté contractuelle dominant, les partenaires de l'entreprise peuvent décider de négocier sur d'autres sujets (amélioration des conditions de travail, gestion prévisionnelle des emplois, etc.).

Mais la question posée au regard de la loyauté de la négociation porte surtout sur le refus opposé par l'employeur à une demande de négociation sur un sujet que le législateur n'a pas rendu obligatoire (politique d'investissement, choix commerciaux, organigramme, etc.). Un tel refus pourrait-il être qualifié de pratique déloyale <sup>(44)</sup> ?

Le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise est de portée générale. Il concerne « l'ensemble de leurs conditions de travail et d'emploi », aux termes de l'art. L. 131.1 du CT, principe consacré encore par le Préambule de la Constitution ainsi que par la convention n° 98 de l'OIT, qui fait référence aux « conditions d'emploi ». Il n'est donc pas limité à la sphère des négociations obligatoires. Mais ce droit ne correspond pas encore à une obligation générale imposée aux employeurs <sup>(45)</sup>.

Pour certains, une « *négociation véritable* » sur l'objet de la négociation obligatoire implique « *que soit mise en débat la politique de l'entreprise* » (PASCRIÉ, 1983). D'autres se demandent si une telle évolution n'est pas « inéluctable » mais recommandent à l'employeur de « *mettre un frein à un élargissement excessif du champ des discussions* » (TEYSSIE, *op. cit.*).

42. Dans l'arrêt préc. du 9/07/96, le juge considérait que « *la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales* », alors que des informations avaient été communiquées à certains représentants syndicaux à l'issue de la dernière réunion.

43. Dans la procédure de consultation du comité d'entreprise, les élus dispose d'un « *déla*i d'examen suffisant » avant de formuler un avis, art. L. 431-5 du CT.

44. Aux États-Unis, les syndicats ont essayé d'élargir le champ de la négociation collective à des domaines considérés comme relevant exclusivement du pouvoir de direction parce qu'ils avaient des répercussions sur les conditions de travail, S. JAUFFREY-EPSTEIN, préc. p. 1134 ; le champ de la négociation étant interprété de façon de plus en plus large, X. BLANC-JOUVAN, « *La négociation d'entreprise en droit comparée* », *Dr. soc.*, 1982-718, spéc. p. 720.

45. M. DESPAX, *Traité*, p. 68 « *L'obligation de négocier* ».

Le juge saisi pourrait opérer une distinction entre, d'une part, les sujets qui ont une incidence directe sur les conditions de travail et d'emploi des salariés, sujets qui devraient alors faire l'objet d'une négociation en cas de demande, et d'autre part, les sujets sans effet direct que l'employeur pourrait refuser de négocier. La ligne de départage ne sera cependant pas aisée à trouver. En effet, à peu près tous les choix de gestion de l'employeur ont un effet plus ou moins direct sur la situation présente ou future des salariés dans l'entreprise. Le juge saisi pourrait-il obliger un employeur à négocier une question relevant du « noyau dur » du pouvoir de direction ?

Une première décision, à notre connaissance, a abordé cette question <sup>(46)</sup>. Le juge saisi a considéré que la décision de l'employeur fixant les modalités de commercialisation d'un nouveau produit (contrat d'assurance) relevait de la négociation obligatoire dès lors que ces « modalités... affectent le salaire effectif des salariés... ». Le souci de préserver la loyauté de la négociation semble ici présent. Une réponse négative aurait abouti à ce que les négociateurs syndicaux n'abordent que les conséquences d'une décision prise et mise en œuvre. Mais la réponse apportée pourrait avoir à terme des conséquences inattendues <sup>(47)</sup>.

### **Un accord sur le processus de négociation**

Le législateur a prévu à l'art. L. 132.22 du CT que les partenaires sociaux de l'entreprise concluent un « accord de méthode » sur plusieurs points essentiels du processus de négociation : l'objet, la périodicité et les informations nécessaires. La gestion du temps de la négociation est en effet décisive. L'employeur n'est sans doute pas le maître du calendrier mais il joue un rôle prépondérant en la matière. La question de la durée de la négociation renvoie au calendrier de négociation. Le nombre de réunions devrait être défini dans l'accord de méthode. En son absence, il apparaît que la négociation, obligatoire bien entendu mais également facultative, doit se dérouler au cours d'un minimum de deux réunions. Mais, au-delà d'un calendrier parfois formel, il convient de préciser à quel moment la négociation peut être regardée comme terminée. Cette question débouche sur le problème de la conclusion de l'accord. La négociation obligatoire pourrait ne plus être enfermée dans la

périodicité fixée par le législateur de 1982. Elle aurait lieu quand un problème se pose qui justifie l'engagement de négociations <sup>(48)</sup>. Une telle solution pourrait être retenue pour toute négociation.

Une négociation préalable peut donc utilement déboucher sur un accord d'entreprise concernant le processus de négociation lui-même, avec des clauses sur le lieu et surtout le calendrier des réunions, la durée de la négociation, la composition et les garanties de rémunération des membres des délégations dépourvus de mandat, les informations que l'employeur doit fournir à chaque délégation, les thèmes de négociation, etc. D'autre part, l'accord peut prévoir des moyens pour les organisations syndicales représentatives, au-delà de ce que prévoit la loi <sup>(49)</sup> pour favoriser un équilibre des pouvoirs, condition nécessaire à une négociation loyale. Ces accords devraient davantage privilégier l'axe syndicats-représentants élus du personnel-salariés, pour faciliter la consultation et l'information des salariés par les syndicats (SACHS-DURAND, 1993, p. 49). De tels accords prévus pour toutes les négociations d'entreprise sont d'autant plus importants quand le sujet abordé ne relève pas d'une négociation obligatoire pour laquelle d'autres textes existent.

Ces « accords de méthode » semblent bénéficier d'un « caractère impératif » (BARTHÉLÉMY, 1988). Leur absence dans une négociation laisse supposer que les difficultés concrètes qui se poseront seront plus traitées par le biais du « rapport de force » que de la loyauté. La négociation de ces accords peut elle-même donner lieu à contentieux, le refus de l'employeur de préciser les « règles du jeu » relevant certainement d'un manque de loyauté <sup>(50)</sup>. Dans le cadre des négociations sur la réduction du temps de travail, d'intéressants accords de ce type ont ainsi été conclus <sup>(51)</sup>.

### **L'information nécessaire à la négociation**

L'information, dans son volume et surtout sa pertinence, est un enjeu central de la négociation. Cette question illustre clairement l'inégalité entre les parties à la négociation collective d'entreprise <sup>(52)</sup>. Ce problème est traité par le droit civil notamment à travers les obligations d'information et de renseignement,

46. CA Paris 23/06/98, CE UAP Diderot c/UAP, RJS 12/98 n° 1521.

47. Cf. situation étatsunienne, « à la limite, le champ de la négociation pourrait s'étendre à tout le domaine économique et le syndicat pourrait ainsi être appelé à exercer un véritable pouvoir de cogestion dans l'entreprise », X. BLANC-JOUVAN, préc. p. 720. Cf. accord conclu à l'issue du conflit de General Motors de juillet 1998 prévoyant des dispositions sur des investissements et des renoncements à fermeture d'établissements, *Le Monde* 21/07/98.

48. CA Paris 23/06/98, RJS 12/98 n° 1521 précité ; c'est notamment le cas aux Etats-Unis, cf. X. BLANC-JOUVAN, « La négociation d'entreprise en droit comparé », *op. cit.*, p. 722.

49. Art. L. 412-20 al. 4 du CT : heures de délégation pour la

négociation de l'accord d'entreprise affecté à la section syndicale. « 35 heures : accords de méthode et sécurité juridique », *Liaisons soc.* C3 13/04/99, p. 4, « Moyens attribués aux négociateurs ».

50. « 35 heures : accords de méthode et sécurité juridique », préc., « Les accords de méthode... révèlent la bonne foi des négociateurs ».

51. Ex : Accord d'établissement Photo Service/Color Photo France du 18/03/98, *Liaisons soc.* n° 7848 du 17/04/98.

52. B. TEYSSIÉ, « À propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990-577, spéc. p. 578. « ... bonne foi et loyauté dans la conduite de la négociation - ce qui exclut notamment le recel d'informations essentielles - ... ». A. SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, 63, spéc. pp. 69-70.

voire de conseil <sup>(53)</sup>. Ces obligations civilistes ont leur place en droit du travail. Le législateur a prévu quelques dispositions en matière d'information des négociateurs syndicaux par l'employeur. Dans toute négociation « les informations nécessaires » (L. 132.22 du CT) sont précisées dans « l'accord de méthode ». Dans les négociations obligatoires de droit commun sont visées « les informations ... portant sur les matières » de la négociation annuelle obligatoire (art. L. 132.28 du CT), ces informations devant permettre une comparaison de la situation des salariés au regard du genre <sup>(54)</sup>. Ces prescriptions législatives fournissent un cadre général qui mériterait d'être complété.

La loyauté de la négociation implique que l'employeur fournisse à ses interlocuteurs syndicaux les informations nécessaires, pertinentes et appropriées, pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause <sup>(55)</sup>. Des litiges quant à l'accès à l'information ont notamment porté sur les informations dispensées en matière de salaire. Si les négociateurs n'ont pas accès à l'information concernant les salaires individuels <sup>(56)</sup>, ils sont en droit d'exiger des éléments d'information concernant des primes <sup>(57)</sup>. Cette question de la nature des informations à dispenser se pose de manière cruciale dans les négociations sur la réduction du temps de travail, notamment au début de la négociation pour connaître les durées réelles du travail. Comment en effet négocier une réduction du temps de travail sans connaître le point de départ ? L'employeur doit communiquer des informations sur « la durée effective et l'organisation du temps de travail », aux termes des articles L. 132.27 et L. 132.28 du CT.

Le refus par l'employeur de communiquer les informations nécessaires à une bonne connaissance de la situation sociale des salariés et de la situation économique de l'entreprise traduit un manque de loyauté. Cette attitude n'est pas sans conséquences sur le climat de la négociation et sur le comportement des négociateurs syndicaux.

Le juge pourrait également s'inspirer de solutions retenues par le juge communautaire en matière de négociations d'entreprise concernant le principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes <sup>(58)</sup>, comme la transparence des informations et le contrôle de la pertinence des critères de rémunérations.

## L'autonomie collective confrontée à la loyauté de la négociation

La règle de loyauté concerne l'ensemble de l'autonomie collective au cours des négociations, en ce qui concerne le comportement des acteurs et l'aménagement de certains droits.

### Le comportement des acteurs au cœur des négociations

Le comportement des acteurs peut être interrogé en ce qui concerne l'attitude des acteurs en général et plus spécialement en ce qui concerne la transparence de la négociation. Concernant l'attitude des acteurs, « un devoir général d'information et surtout un devoir général de favoriser la conclusion de l'accord existent probablement et peuvent servir de base à des solutions que les textes à eux seuls ne justifieraient pas » (CHALARON, 1990 ; M.A. SOURIAU-ROTSCHILD, *op. cit.*). La loyauté de la négociation implique que l'employeur prenne des initiatives. Une volonté minimale d'aboutir de la part de chacune des parties est sans doute requise <sup>(59)</sup>, sauf dans des cas particuliers. En effet, une organisation syndicale dont l'objet est la défense des droits et intérêts des salariés pourrait, semble-t-il avec légitimité, ne pas manifester de volonté d'aboutir à un accord dont l'issue pourrait, à son sens, s'avérer négative pour les travailleurs <sup>(60)</sup>.

Les textes prévoient que l'employeur peut être pénalement sanctionné s'il refuse d'engager une négociation obligatoire. Mais il a été jugé que « le

53. C. LARROUMET, préc. pp. 322-332 ; ex : Civ. 1/07/98, D. 1999, S.C. p. 13, note G. PAISANT, concernant l'obligation d'information et de renseignement du vendeur.

54. Les informations doivent permettre une analyse de la situation comparée des hommes et des femmes en ce qui concerne notamment les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail et faire apparaître les raisons de ces situations.

55. La Recommandation n° 163, de l'OIT du 19 juin 1981, concernant la promotion de la négociation collective, prévoit que : « les employeurs... devraient... fournir sur la situation économique et sociale de l'unité de négociation et de l'entreprise dans son ensemble, les informations qui sont nécessaires pour permettre de négocier en connaissance de cause » (7.a).

Une formule de ce type aurait pu utilement être reprise par le législateur dans la loi « Aubry II », une clause générale étant plus performante au regard de la diversité des situations qu'une liste limitative seule, les deux pouvant être conjuguées ensemble (cf. en matière de projet de licenciement économique : référence à « tous renseignements utiles » et listage des informations obligatoires dans tous les cas, art. L. 321-4 du CT). Cf. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, préc.

56. CA Versailles, 27/05/93, Sté des Vins de France, inédit. La base juridique de ce refus demeure peu claire.

57. CA Paris, 9/02/96, STM 91 CFTD c/ SA Alcatel TITN Answare, RJS 1996, 258 n° 427, « eu égard à l'importance des primes ainsi allouées et au nombre de leurs bénéficiaires ».

58. Notamment dans les décisions Danfoss, CJCE 17/10/89, aff. 109/88, rec. p. 3199, et Enderby, CJCE 27/10/93, aff. C 127/92, rec. p. I-5535.

59. « L'évidence de la mauvaise foi » peut apparaître « lorsque tout en prétendant être engagé dans la négociation l'une des parties fait en sorte que sur le fond aucune discussion n'ait lieu », Y. CHALARON, préc.

60. En particulier, quand la négociation est ouverte à la seule demande de l'employeur qui veut conclure un accord « dérogatoire » sur le temps de travail, comme la modulation. Le législateur, prenant, semble-t-il, en compte l'impossibilité de soumettre une organisation syndicale à une obligation de négociation loyale d'un projet d'accord dérogatoire *in pejus*, a prévu dans certains cas que l'employeur peut alors formuler auprès de l'inspecteur du travail une demande de dérogation (ex : équipes de fin de semaine, art. L. 221-5-1 du CT). Mais ce processus nuit sans doute à la loyauté de la négociation puisqu'il dispense l'employeur de faire des concessions et renvoie l'épineuse question à l'administration. L'autonomie collective en sort affaiblie.

comportement de l'employeur au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes »<sup>(61)</sup>. Cette lecture minimaliste de la chambre criminelle tranche avec la position de la cour d'appel qui avait relevé « la volonté de (la direction) de se soustraire à l'application loyale du texte »<sup>(62)</sup>. Pourtant, la direction était absente lors de la première réunion, les représentants dépourvus de pouvoirs pouvaient en préalable la dénonciation des accords et adoptaient une attitude passive, voire systématiquement opposante... Dans ses commentaires, la doctrine a souligné l'importance que le juge criminel aurait dû accorder au terme « engager » la négociation<sup>(63)</sup> pour ne pas se contenter d'une « ouverture » formelle de négociations. La substitution des termes par le juge réduit ici l'ampleur de l'exigence de loyauté.

Depuis, la jurisprudence pénale a connu une inflexion sur un point particulier. L'employeur peut être condamné s'il s'abstient d'inclure dans la négociation les modifications qu'il se propose d'apporter au calcul de la paie de certains salariés<sup>(64)</sup>. Ainsi, le juge répressif étend son contrôle à un engagement réel de la négociation, et plus seulement à une ouverture formelle.

Plus largement, négocier suppose un comportement dynamique d'échanges et non pas une attitude passive d'attente. Chaque partie doit certainement faire des propositions initiales, exprimant ainsi une volonté de négocier et d'aboutir. Mais ces propositions doivent-elles être « raisonnables » ? Le niveau fixé pour les revendications en début de négociation fait partie du « jeu de la négociation ». Il apparaît souhaitable que le juge s'abstienne de tout contrôle sur la raisonnable de ces revendications, comme il le fait désormais en cas de conflit collectif<sup>(65)</sup>. Une telle solution apparaît conforme à la liberté contractuelle<sup>(66)</sup>.

La négociation implique propositions et contre-propositions de la part des différents interlocuteurs (L. 132.29 du CT). Une décision de la Chambre sociale « pourrait bien... ouvrir de riches perspectives quant aux standards de la négociation loyale ». Il y est indiqué que les organisations syndicales doivent pouvoir « exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions ». Ainsi, s'esquisse

« une véritable définition des comportements révélateurs d'une négociation authentique »<sup>(67)</sup>.

Cette première décision en la matière en appelle d'autres, portant notamment sur le comportement attendu de l'employeur, qui devrait en particulier argumenter ses propositions et étudier les propositions d'origine syndicale<sup>(68)</sup>. Mais l'organisation syndicale représentative peut aussi saisir le juge des référés pour qu'il ordonne à l'employeur sur plusieurs points précis d'adopter une attitude loyale dans le cadre de la négociation tels que remise d'information, formulation de propositions etc.

Enfin, à défaut de résultat satisfaisant en ce qui concerne le déroulement de la négociation -aucune obligation d'aboutir n'existant en droit positif- l'organisation syndicale représentative pourrait saisir le tribunal de grande instance pour obtenir le versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le manque de loyauté de l'employeur<sup>(69)</sup>.

La question de la loyauté en ce qui concerne le comportement des acteurs est ainsi la plus délicate. Des questions concrètes et objectives méritent d'être précisées par le droit sur la nature des informations, la constitution des délégations syndicales, la durée des négociations, etc. Mais des questions d'appréciation plus délicates encore, car plus subjectives, se poseront devant le juge sur l'attitude des acteurs, qui devront être affinées<sup>(70)</sup>. Toute négociation implique un jeu dont le juge devra tenir compte<sup>(71)</sup>.

La loyauté de la négociation implique en outre que celle-ci se déroule dans une certaine transparence. Une négociation qui peut aboutir à des embauches ou, à défaut, à éviter que des salariés perdent leur emploi, à des modifications de durée et de répartition de la durée du travail, à des conséquences sur l'évolution de la rémunération, etc. ne peut se dérouler en *catimini*. Cette « exigence de transparence » répond au besoin de loyauté. Elle s'oppose, comme on l'a vu plus haut, à des négociations séparées au sein de l'entreprise où existent plusieurs organisations syndicales.

La question se pose avec une acuité particulière dans les entreprises dépourvues d'organisation

61. Crim. 4/10/89, D. 1990 S.C. p. 166 note A. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1990-154, note J. SAVATIER, *Dr. ouv.*, 1990.131.

62. *Dr. soc.*, 1990-214.

63. A. LYON-CAEN, préc. Voir M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Le droit à la négociation et sa sanction*, *Dr. soc.*, 1982-729, spéc. p. 733.

64. Crim. 28/03/95, RJS 10/95 n° 1033.

65. Cf. *infra*.

66. Pour une application aux E.-U. : S. JAUFFRET-EPSTEIN, « Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain », p. 1136 : le manque de caractère raisonnable ne peut pas être la seule preuve de mauvaise foi.

67. Note M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, Soc. 9/07/96, FGMM CFTD c/SA IBM, préc.

68. Cf. TGI réf. Valence, 24/07/93, CE Satra-Industries, *A.J.* 1994, p. 22, concernant une absence de réponse motivée à un comité d'entreprise proposant une réduction du temps de travail dans le cadre d'un plan social ; l'employeur est condamné à étudier la proposition.

69. « Les parties sont obligées de négocier de bonne foi et celle qui s'y refuserait ou qui n'aurait pas négocié de bonne foi pourrait être condamnée à des dommages-intérêts », Rap. P. WAQUET, *Dr. soc.*, 1990-149 préc.

70. L'expérience aux États-Unis donne des indications de comportements considérés comme contraires à la loyauté, S. JAUFFRET-EPSTEIN, préc. p. 1127 : tactiques dilatoires pour discréditer le syndicat, refus des offres et absence de propositions, etc.

Pour des attitudes conformes à la loyauté : « faire connaître une information décisive, faire des propositions, ne pas les présenter comme intangibles, examiner les contre-propositions, motiver les refus, ne pas rompre alors que les chances d'accords sont encore sérieuses, ne pas déconsidérer le partenaire », etc., Y. CHALARON, préc. *Dr. soc.*, 1990, 594.

71. Y. CHALARON parle de « coutume de la négociation sociale », in « La conduite de la négociation », préc. p. 594.

syndicale et où les négociations ont lieu avec un salarié mandaté. La chambre sociale a montré la voie en ce qui concerne les élections professionnelles dans l'entreprise (72). Celles-ci sont importantes et l'employeur doit donc inviter toutes les organisations syndicales représentatives du département à venir négocier le protocole pré-électoral. Or, les autres négociations, notamment sur la réduction du temps de travail, comportent des enjeux aussi importants que les élections professionnelles.

Il serait donc particulièrement bienvenu qu'une règle de même nature qu'en ce qui concerne les élections professionnelles soit posée en matière de négociation. Dès lors qu'il est saisi d'une demande d'ouverture de négociation par le biais d'un salarié mandaté, un employeur, chef d'une entreprise dépourvue de présence syndicale devrait informer les autres organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel du département.

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, la loi *Aubry II* prévoit que l'employeur qui décide d'engager des négociations sur la réduction du temps de travail doit informer les organisations syndicales représentatives (au niveau interprofessionnel) du département (art. 19-VI al. 2). Au-delà de la négociation sur la réduction du temps de travail, en l'état actuel des textes, un juge saisi ne pourrait sans doute pas obliger l'employeur à une telle information (73).

D'autre part le fait que, dans plusieurs départements, des accords aient été conclus entre les unions départementales, affiliées aux cinq confédérations représentatives au niveau national interprofessionnel, pour définir entre elles un *modus vivendi*, traduit un réel effort de loyauté entre organisations syndicales (74).

### Des droits interrogés par la loyauté de la négociation

La loyauté de la négociation est confrontée au droit de grève des salariés, à certaines prérogatives de l'employeur et aux règles de consultation des représentants élus du personnel.

### La loyauté de la négociation s'oppose-t-elle au recours à la grève ? (75)

Certes, le droit à la négociation ne limite pas le droit de grève (M.L. MORIN, 1994, p. 492). Mais la question posée ici est de savoir si on peut exiger du partenaire syndical à la négociation qu'il ne recoure pas à la grève du fait de l'obligation de loyauté qui pèserait également sur lui. Cette question se pose dans d'autres systèmes étrangers, comme aux États-Unis, où la réponse tend cependant à admettre la licéité d'une telle action de même que celle du *lock out* de l'employeur (76). En France, le *lock-out* n'est pas licite, le droit social européen ne modifiant pas cet état du droit. Certains auteurs soulignent en ce qui concerne « les salariés ou leurs représentants » que « leur obligation de loyauté trouve rapidement une limite : ils disposent du droit constitutionnel de grève ». D'autres s'interrogent (77).

Il paraît particulièrement difficile d'affirmer que le recours à un droit constitutionnel constitue une procédure déloyale alors que les partenaires sociaux ne peuvent limiter le recours à ce droit de grève. Le droit de grève garanti, en droit international et en droit interne par la Constitution et la jurisprudence (78), peut être mis en œuvre au cours d'une négociation collective, facultative ou obligatoire. La négociation collective n'a pas pour effet de neutraliser le droit de grève, signe d'un conflit d'intérêt, au moins partiel, entre l'employeur et les représentants des travailleurs. Il apparaît conforme à la philosophie des relations sociales en France selon laquelle les organisations syndicales défendent les intérêts des salariés par la voie de la négociation et de la grève, même de manière concomitante. La grève est en effet un moyen de rétablir un certain équilibre entre les « partenaires sociaux » au cours d'une négociation. Ainsi, la négociation peut être source de grève (79).

Certes, le droit de grève est un droit individuel des salariés mais la mise en œuvre de ce droit est souvent impulsée et dirigée par les organisations syndicales. Au cours d'une négociation, des salariés peuvent donc se mettre en grève pour appuyer des

72. Soc. 1/04/98, préc.

73. Pour certains, « la négociation gagnerait en authenticité et en loyauté si l'employeur était tenu d'ouvrir les discussions avec l'ensemble des syndicats présumés représentatifs de par leur affiliation, peu important que certains d'entre eux ne justifient d'aucune implantation dans l'entreprise », G. BORENFREUND, D. 1999 préc. *Contra* implicitement Soc 10/05/95 préc.

74. Accords conclus en Meurthe-et-Moselle, dans les Hautes-Pyrénées, le Val-de-Marne, etc. Inédits.

75. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, th. préc. p. 519.

76. Aux États-Unis, selon le National Labor Relations Board, l'utilisation de certains moyens de pression par les parties n'est pas conforme à la bonne foi. Mais la Cour suprême considère que la négociation collective met en jeu un rapport de force et qu'il n'existe aucune incompatibilité entre négociation de bonne foi et l'utilisation d'armes économiques ; S. JAUFFRET-EPSTEIN, préc. p. 1129.

77. Cf. Soc. 26/02/92, JCP 1992, Ed E, p. 575 ; J.-M. VERDIER et

A. LYON-CAEN, « Sur le lock-out et l'accord européen relatif à la politique sociale du 7 février 1992 », *Dr. soc.*, 1995-49 ; *contra*. B. TEYSSIÉ, « Le droit du lock out », *Dr. soc.*, 1994, 795 ; J. PÉLISSIER, préc. p. 497 ; B. TEYSSIÉ, « Ne serait-il pas logique d'interdire... aux salariés de faire grève, pendant la période de négociation, sur les thèmes traités ? », *JCP E* 1985, préc. note 153.

78. Soc. 7/06/95, bull. n° 180, C. RADÉ, « Exercice du droit de grève et négociation collective », *Dr. soc.*, 1996, 37 ; Charte européenne du 18/10/1961 de Turin, art. 6-4, actualisée en 1996. CEDH 25/04/96, D. 1997 jurisp. p. 363, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; Préambule de la Constitution de 1946, en vigueur en vertu du Préambule de la Constitution de 1958, valeur constitutionnelle ayant été reconnue par DC 16/07/71, Rec. p. 29, AJDA, 1971-537, note J. RIVERO ; Soc. 7/06/95, préc., et Soc. 13/11/96, bull. V, n° 379.

79. Avis du CES Prévention et résolution des conflits du travail, Ed. JO, 1998, p. 44-45. Cf. CEDH préc., grève jugée légitime déclenchée pour obtenir la conclusion d'un accord.

revendications en cours de négociation. Et l'employeur qui tente de « briser » un mouvement de grève en recourant à du personnel sous statut précaire pour remplacer les salariés grévistes commet une infraction justifiant de la compétence du juge des référés<sup>(80)</sup>. Il adopte certainement aussi par là même un comportement contraire à la loyauté.

Les organisations syndicales peuvent également inviter leurs adhérents et l'ensemble des salariés à faire grève. Cependant, on peut se demander si, dans certains cas, cette prérogative ne peut pas être limitée. Il en serait ainsi pour des organisations qui auraient conclu un accord de méthode dans lequel les parties s'engageraient à éviter le recours au conflit collectif pendant les négociations<sup>(81)</sup> et pourraient en cas de violation engager leur responsabilité contractuelle. Leur attitude dans cette hypothèse pourrait être perçue comme déloyale.

En toute hypothèse, la grève ne doit pas être abusive. La grève doit être licite dans ses modalités, le juge pouvant cependant différer une expulsion en considérant l'occupation des lieux comme de nature à favoriser la négociation<sup>(82)</sup>. Mais le recours à la grève peut-il être constitutif d'un abus de droit? À cette délicate question, en particulier en ce qui concerne les revendications, la jurisprudence répond désormais que le juge ne peut substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications<sup>(83)</sup>. Cependant, un abus du droit de grève pourrait apparaître dans des situations extrêmes où s'exprimeraient des revendications illicites<sup>(84)</sup>.

### **Quelles limitations des prérogatives de l'employeur ?**

La loyauté implique également une limitation des prérogatives de l'employeur. S'inspirant largement des dispositions du droit nord-américain, le législateur a prévu la suspension du pouvoir unilatéral de l'employeur sur certains points. Tant que la négociation obligatoire est en cours, l'employeur ne peut dans les matières traitées arrêter de décision unilatérale concernant la collectivité de salariés, à moins que l'urgence ne le justifie (art. L. 132.29 du CT). Les

mesures prises unilatéralement au cours de la négociation sont nulles<sup>(85)</sup>.

Cette règle semble en fait concerner toute négociation. Elle concerne la négociation obligatoire<sup>(86)</sup> mais également la négociation facultative. En effet, par une décision unilatérale, le chef d'entreprise peut interrompre la négociation, cette décision unilatérale est alors la négation de la négociation. Par conséquent il apparaît, dès lors que l'employeur accepte de négocier sur une question, que son pouvoir de décision unilatéral est suspendu. Cette disposition qui exprime la « *volonté affirmée du législateur de privilégier désormais le "négocié" aux dépens de l'unilatéral* » (DESPAX, 1989, p. 69) s'inspire du principe de loyauté. En effet, en décidant unilatéralement de mesures en cours de négociations, l'employeur pourrait mettre fin aux négociations, faire pression de manière déloyale sur les délégations syndicales<sup>(87)</sup>, voire tenter de décrédibiliser son partenaire en accordant ce que celui-ci revendique sans passer par la voie de l'accord.

Mais il convient de préciser quel est le champ temporel de cette suspension du pouvoir unilatéral. La question revient à se demander quand la négociation a commencé et quand elle s'est terminée. Le début de la négociation peut être regardé comme la date fixée pour la première réunion même si celle-ci a été reportée<sup>(88)</sup>. La date de la fin de la négociation peut s'avérer plus délicate à définir, comme on l'a dit plus haut. Cette date pourra être identifiée grâce au calendrier de négociation et surtout à partir de la conclusion d'un accord ou d'un procès-verbal de désaccord<sup>(89)</sup>. En cas d'absence d'accord et de constat de désaccord, la négociation ne peut être regardée comme terminée. Par conséquent en l'absence de fin de négociation, l'employeur demeure privé de son pouvoir de prendre des mesures unilatérales sur l'objet de la négociation<sup>(90)</sup>.

Ce problème des décisions unilatérales se pose de manière particulière entre deux négociations annuelles. Ainsi, plusieurs mois après un constat de désaccord dans lequel l'employeur refusait une réduction du temps de travail, et juste avant une nouvelle négociation annuelle, un chef d'entreprise a pris une mesure unilatérale de réduction du temps de travail et des rémunérations. Cette décision vidant la future

80. T. CORR, Paris, 24/01/97, *Dr. ouv.*, 1999, 78 ; Civ. 19/05/98, bull. n° 182, RJS 9/98 n° 1081, *Dr. soc.*, 1998-848 note X. PRÉTOT, *Juris-PTT* 2° tri. 1998-40, *JCP G I* 109, note F. BOUSEZ, *Dr. ouv.*, 1999-77.

81. Accord d'établissement Photo Service/Color Photo France du 18/03/98, *Liaisons soc.* n° 7848 du 17/04/98 : « *Pendant la durée de l'étude et de la négociation, les parties retiennent le principe de privilégier l'usage de solutions négociées entre elles par opposition à toute autre solution qui s'éloignerait de l'esprit du paritarisme* » (Préambule), l'accord ayant été signé par les 4 organisations présentes (CFDT, CGC, CFTC, CGT). Le libre recours à la grève est ici limité pour les organisations syndicales signataires.

82. TGI Agen 4/12/95, *Dr. ouv.*, 1995-560, note P. RENNES.

83. Soc. 2/06/92, *Dr. soc.*, 1992-699, note J.-E. RAY.

84. Rap. WAQUET sous Soc 2/06/92 préc. et sous Soc. 19/10/94, *Dr. soc.*, 1994-958.

85. Soc. 29/06/94, *Dr. soc.*, 1995, 47, J. SAVATIER, L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise, *Dr. soc.*, 1995, 43.

86. Vu le positionnement de l'art. L. 132-29 al. 1 du CT dans la partie sur la négociation annuelle obligatoire.

87. Notamment en dénonçant un accord collectif, Soc. 29/06/94 préc. Dans le cadre des négociations sur la réduction du temps de travail des chambres patronales ont pris soin de dénoncer des Conventions collectives de branche avant l'ouverture des négociations (CCN Banques et Commerce de centre ville).

88. Soc. 29/06/94, préc. second moyen.

89. Art. L. 132-29 al. 2 du CT.

90. Soc. 25/02/97, *jurisp. soc.* UIMM 97-610. En l'absence de procès-verbal de désaccord, la négociation obligatoire est toujours en cours et l'employeur ne peut prendre de mesure unilatérale sur les matières visées par l'art. L. 132-27 du CT.

négociation de tout contenu n'avait pas été jugée illicite par le juge des référés qui s'était attaché à la seule lettre du texte <sup>(91)</sup>. Mais plus récemment, le juge des référés a suspendu une décision de gestion prise par l'employeur en considérant que cette mesure unilatérale ayant des effets sur les salaires effectifs devait être examinée dans le cadre de la négociation annuelle. La mesure a été suspendue jusqu'à ce que l'employeur ait respecté ses obligations en matière de négociation <sup>(92)</sup>. Le raisonnement du juge a été ici animé par le souci de donner un effet utile au principe de loyauté, au-delà de la périodicité légale de la négociation.

Les mesures unilatérales prises en violation de la règle précitée sont nulles, même si elles pouvaient contenir des éléments favorables aux salariés <sup>(93)</sup>. Cette solution semble guidée par la volonté de faire respecter le principe de loyauté. L'employeur pourrait également être condamné au versement de dommages-intérêts aux organisations syndicales et aux salariés privés de leur droit à la négociation collective (PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 502). Et il pourrait sans doute aussi être condamné pour entrave au droit syndical dès lors qu'une mesure unilatérale constitue un moyen de pression exercé à l'encontre d'une organisation syndicale partie à la négociation ou bien vide partiellement ou totalement une future négociation de portée réelle.

D'autre part, le comportement de l'employeur est également encadré en ce qui concerne la consultation directe des salariés. Certes, l'employeur a le droit de consulter les salariés, de les informer sur ses projets, de recueillir leurs *desiderata*. Il procède ainsi notamment par le biais de politiques de « management participatif ». Mais l'employeur n'a pas le droit d'utiliser la consultation des salariés pour entraver l'exercice du droit syndical. Cette politique de consultation directe des salariés ne doit pas avoir « pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective » <sup>(94)</sup>.

Il a ainsi été jugé que la discussion de l'employeur avec une partie des salariés de l'entreprise ne peut être exclue de la négociation annuelle obligatoire. Les manœuvres déloyales de l'employeur qui essaie de contourner les organisations syndicales en restreignant le champ de la négociation sont constitutives d'un délit <sup>(95)</sup>.

L'employeur peut encore être tenté de faire pression sur les organisations syndicales en recourant

au « référendum » organisé à sa seule initiative. L'objectif est alors d'obtenir un vote favorable d'une majorité de salariés pour « inciter » une organisation à signer un projet d'accord. Or, l'employeur ne peut pas arguer d'un vote majoritaire du personnel pour faire pression sur une organisation syndicale afin qu'elle signe un projet d'accord. Une telle démarche pourrait être qualifiée d'entrave au droit syndical <sup>(96)</sup>.

### **Loyauté dans la négociation et droit à la consultation des représentants du personnel**

La question de la loyauté dans la négociation peut trouver à s'exprimer à travers la consultation des représentants élus du personnel. En effet, dans les entreprises où sont présents des représentants élus du personnel, ceux-ci ont un rôle important et particulier à jouer. La négociation a lieu entre l'employeur et l'organisation syndicale représentative, mais cette négociation ne peut avoir pour effet d'annihiler les attributions de la représentation du personnel (comité d'entreprise et CHSCT en particulier, voire Comité central d'entreprise et délégués du personnel suivant les cas). La procédure de consultation des représentants du personnel peut être source de loyauté de la négociation, ou au contraire invalider la loyauté de cette négociation.

En premier lieu, les élus du personnel doivent être informés et consultés par l'employeur sur les négociations et le projet d'accord, ils peuvent émettre un avis sur les décisions projetées en cours de négociation (FROUIN, 1999). La consultation fait partie du jeu de la négociation. Elle permet de rendre la discussion de chaque point abordé plus pertinente grâce à son enrichissement à partir des prérogatives de chaque institution consultée. En effet, chaque institution représentative élue du personnel joue un rôle particulier sur les thèmes ouverts à la négociation, en particulier en matière de temps de travail. Le comité d'entreprise et le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel, devraient être consultés lors de l'ouverture des négociations et avant leur aboutissement <sup>(97)</sup>. La loyauté de la négociation impliquerait qu'ils soient consultés à trois moments : décision de l'employeur-ouverture des négociations, avant la rédaction du projet, et avant la signature du projet à un moment où celui-ci est encore amendable. La consultation doit avoir lieu à un moment où elle « est de nature à produire l'effet le plus utile » <sup>(98)</sup>. Si une institution n'a pas été consultée

91. TGI réf. Paris, 6/03/89, D.1990, S.C. M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD.

92. CA Paris 23/06/98, RJS 12/98 n° 1521.

93. Soc. 29/06/94, préc.

94. Crim. 18/11/97, Suarez, RJS 1/98 n° 76, *infra*.

95. Crim. 28/03/95 préc. La décision de la chambre criminelle est d'une portée moindre que celle de la cour d'appel, M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, A.J. préc. pp. 8-9 spéc. notes 50 et 51.

96. Cf. Crim. 18/11/97 préc. et Crim. 28/03/95 préc.

97. D. BOULMIER, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.*, août 1998. *Soc.*, 5/05/98, RJS, 6/98 n° 750.

98. Rapport du conseiller J.-Y. FROUIN, sous *Soc.*, 5/05/98, *Dr. soc.*, 1998-579, *spéc.*, p. 583.

régulièrement, le juge des référés peut suspendre la mise en œuvre de l'accord (99). Il en serait de même en cas de défaut de consultation d'une institution en cours de négociation (100).

En second lieu, l'employeur, au mépris du principe de loyauté, peut être tenté d'instrumentaliser la consultation des représentants du personnel pour invalider ou contourner la négociation collective d'entreprise. Le juge pénal a récemment rappelé que l'employeur ne doit donc pas négocier et conclure un accord avec les élus (101). L'employeur ne doit pas non plus faire un usage déloyal de la consultation à l'encontre de la négociation (102). Cette décision s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (103) qui considère que l'intervention des salariés élus n'est licite que si elle « n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Si un défaut de consultation n'a pas pour effet de rendre nul l'accord conclu, il ouvre droit à l'institution représentative du personnel, ou à une organisation syndicale représentative, d'agir en justice pour faire ordonner à l'employeur de consulter la ou les institutions concernées, pour obtenir des dommages-intérêts pour violation des attributions légales, et/ou pour faire condamner l'employeur pour délit d'entrave (104).

D'autre part, il apparaît que l'employeur ne peut pas mettre en place de nouvelles structures qui auraient pour objet ou pour effet de contourner les négociateurs syndicaux. Une telle politique pourrait être constitutive d'un délit d'entrave au droit syndical. Le juge des référés pourrait être saisi notamment afin que les informations soient communiquées en premier lieu aux organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise. Une telle question est posée par la création d'instances *ad hoc* dans le cadre d'accords sur le droit syndical (105).

\*  
\* \*

Récemment le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation attirait l'attention sur le fait que « la chambre sociale attache beaucoup de prix à la notion de loyauté dans la négociation » et « qu'il faudra sans doute combler des lacunes en prenant des mesures propres à faciliter la conduite et le contrôle de négociations loyales » (106). Le travail jurisprudentiel de définition des lignes directrices du devoir de loyauté dans la négociation d'entreprise devrait donc connaître, à partir de ses premières fondations, d'importants développements dans les mois et les années à venir, de nature à rendre plus effectif le droit des travailleurs à la négociation collective d'entreprise. ■

99. CA Rennes, 26/11/98, Vivendi c/ FO, *Liaisons soc.* 21/12/98 n° 610.

100. Soc. 5/05/98, *RJS* 6/98 n° 750.

101. Ceci constitue un délit d'entrave, Soc. 18/11/97 préc., D. 1998 S.C. pp. 260 M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD ; CSB 1998.37.A.7, note PHILBERT. Sauf dans le cas de la mise en œuvre de la loi du 12/11/96, dans les conditions prévues par l'accord de branche, ou d'autres cas particuliers comme l'intéressement ou la participation (ou dans le cadre d'une négociation de la réduction du temps de travail, dans certaines situations particulières concernant les entreprises de moins de 50 salariés, art. 19-VII de la loi *Aubry II*).

102. Crim. 28/03/95 préc.

103. DC 6/11/96, *JO* 13/11/96 p. 16530, G. LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouv.*, 1996, 479, M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1997, 31

104. Soc. 5/5/98 Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production et a. c/ EDF, GDF et a., *RJS* n° 750 ; TGI Nanterre 11/03/94 (2 espèces), *D* 1994, S.C. p. 310, M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD ; Crim. 13/12/94, Villain, *RJS* 1995, 179 n° 252.

105. Cf. notamment Accord AXA du 17/12/98, *Liaisons soc.* 2/02/99 n° 12840.

106. G. GÉLINEAU-LARRIVET, « Le temps et le droit du travail », *Dr. soc.*, 2000, 238.

## Bibliographie

- BARTHÉLÉMY J., « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme? », *Droit social*, 1988, 401.
- BORENFREUND G., « Le droit du travail en mal de transparence », *Droit social*, 1996, 46.
- CHALARON Y., « La conduite de la négociation », *Droit social*, 1990, 584.
- CORRIGNAN-CARSIN D., « Loyauté et droit du travail », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995.
- DESPAX M., « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989.
- DESPAX M., *Traité de droit du travail*, tome VII, Négociation, conventions et accords collectifs, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1989.
- FREYSSINET J., « Les négociations sur la flexibilité du temps de travail en Europe Occidentale » in numéro spécial, *La réduction du temps de travail en Europe*, *Chronique internationale de l'IRES* n° 54, sept. 1998.
- FROUIN J.Y., « Consultation-Négociation », *AFDT, Liaisons sociales*, n° 6, 1999.
- GHESTIN J., *Traité de Droit civil*, 1980.
- JAUFFREY-EPSTEIN S., « Le devoir de négociier de bonne foi en droit du travail américain », *R.I.D.C.*, 1982.
- JEAMMAUD A., « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, 618.
- JEAMMAUD A., « Les règles juridiques et l'action », *Dalloz*, 1993, chron., p. 207.
- JEAMMAUD A., LE FRIANT M. et LYON-CAEN A., « L'ordonnement des relations du travail », *Dalloz*, 1998, Chron. p. 359, spéc. n° 29.
- LUTTRINGER J.-M., « L'obligation de négociier la formation continue dans l'entreprise », *Droit social*, 1985, 145.
- LYON-CAEN A., Jeammaud A., *Droit du travail, Démocratie et Crise*, chapitre « France », Actes Sud, 1986.
- MINÉ M., *Négocier la réduction du temps de travail*, 2<sup>e</sup> éd., L'Atelier, 2000.
- LYON-CAEN G., « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, 350.
- MORIN M.L., *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994.
- PASCRE R., « La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982 », *Droit ouvrier*, 1983, 47.
- PÉLISSIER J., « La loyauté dans la négociation collective », *Droit ouvrier*, 1997, 496.
- SACHS-DURAND C., « La légitimité syndicale dans l'entreprise », *Droit Ouvrier*, 1993, 39.
- SOULIER P., « L'objet de la négociation », *Droit social*, 1990, 596.
- SOURIAC-ROTSCHILD M.A., *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986.
- SOURIAC-ROTSCHILD M.A., « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique? », *Droit social*, 1997, 1061.
- SUPIOT A., « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, 1989, 196.
- SUPIOT A., « La réglementation patronale de l'entreprise », *Droit social*, 1992, 215.
- YAMAGUCHI T., « L'obligation de négociation loyale en droit japonais », *Revue Internationale de Droit comparé*, 1984, 2.
- YANNAKOUROU S., *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995.