

THÈSE de DOCTORAT



de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Monsieur François CARRIÉ

Le 20 juin 2025

**TITRE : La représentativité multi-professionnelle ou les limites
de l'interprofession**

**École doctorale Droit et Science Politique - Spécialité Droit privé
Unité de recherche : Centre de Droit des Affaires (EA 780)**

***Thèse dirigée par Madame Marie-Cécile AMAUGER-LATTES
Maître de Conférences HDR - Université Toulouse Capitole***

Composition du jury

*Rapporteurs : Monsieur Alexis BUGADA, Professeur des Universités
Université Aix-Marseille*

*Madame Nicole MAGGI-GERMAIN, Maître de Conférences HDR
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Examineurs : Monsieur Frédéric GUIOMARD, Professeur des Universités
Université Toulouse Capitole - Président du jury*

*Madame Sophie NADAL, Professeur des Universités
Université CY Cergy Paris*

*Monsieur Sébastien RANC, Maître de Conférences
Université Toulouse Capitole*

**UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE**



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

A ma mère...

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements à Madame Marie-Cécile Amauger-Lattes qui a su m'accompagner avec détermination et bienveillance tout au long de ces années... Qu'elle trouve ici le témoignage de ma plus profonde gratitude pour ses conseils et ses encouragements, qui ont permis de mener à bien ce projet.

J'adresse également mes remerciements à mon *alma mater*, l'Université Toulouse 1 Capitole, au sein de laquelle j'avais eu le privilège d'étudier il y a de nombreuses années et de suivre les cours de grands noms du droit du travail, qui ont su m'inspirer au cours de ces travaux. Que le regretté Président Michel Despax et le Professeur Albert Arseguel, qui ont tous deux apporté une contribution exceptionnelle au droit de la négociation collective et au concept de représentativité, puissent trouver ici une forme d'hommage à leurs enseignements.

Sur un plan plus personnel, je tiens à remercier mes proches de m'avoir soutenu en acceptant mes très longues absences. Mes mots ne seront pas suffisants...

SOMMAIRE

INTRODUCTION	15
PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'INTERPROFESSION	61
TITRE I : UNE NOTION LIEE AU DEVELOPPEMENT DE LA NEGOCIATION INTERPROFESSIONNELLE.....	65
CHAPITRE I : Une négociation de branche « élargie »	67
CHAPITRE II : Une négociation autonome	129
TITRE II : UNE NOTION SUJETTE A DISCUSSION.....	219
CHAPITRE I : L'enjeu d'une définition de l'interprofession	221
CHAPITRE II : La recherche d'une définition de l'interprofession.....	297
DEUXIEME PARTIE : L'APPORT DE LA REFORME DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE A LA NOTION D'INTERPROFESSION	375
TITRE I : UNE CLARIFICATION DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE AU NIVEAU NATIONAL ET INTERPROFESSIONNEL.....	379
CHAPITRE I : Une clarification devenue nécessaire	381
CHAPITRE II : Une clarification réalisée	429
TITRE II : UNE REPRESENTATIVITE SPECIFIQUE POUR LES SECTEURS « HORS CHAMP »	531
CHAPITRE I : Une réponse aux limites de l'interprofession.....	533
CHAPITRE II : Une réponse inachevée aux limites de l'interprofession	625
CONCLUSION.....	745

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Abréviation	Terme développé
act.	actualités
adde	addere (ajouter)
AGFPN	Association de gestion du fonds paritaire national
AGIRC	Association générale des institutions de retraite complémentaire des cadres
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJFP	Actualité juridique Fonctions Publiques
al.	alinéa
anc.	ancien(s)
ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
APE	Activité principale exercée
Arr.	Arrêté
ARRCO	Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés
art.	article
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
ASSEDIC	Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
B.O.	Bulletin Officiel
BIT	Bureau International du Travail
BJT	Bulletin Joly Travail
BS	Bulletin Social Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. rur. pêche marit.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'Appel

CAA	Cour Administrative d'Appel
Cah. Cons. Constit.	Cahiers du Conseil Constitutionnel ou Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel
Cah. Lamy du CE	Les Cahiers Lamy du Comité d'Entreprise (ou du CSE)
Cah. Lamy du DRH	Les Cahiers Lamy du DRH
Cah. soc.	Cahiers sociaux (revue, ex Cahiers Sociaux du Barreau de Paris)
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de Cassation
Cass. ch. réun.	Cour de Cassation Chambres réunies
Cass. civ.	Cour de Cassation Chambre civile
Cass. crim.	Cour de Cassation Chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de Cassation Chambre sociale (ou ancienne section sociale de la chambre civile)
CE	Conseil d'Etat
CESE (ex CES)	Conseil économique, social et environnemental
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFE-CGC ou CGC	Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGT	Confédération générale du travail
CGT-FO ou FO	Confédération générale du travail-Force Ouvrière
Chap.	Chapitre
chron.	chronique
Circ.	Circulaire
CJCE / CJUE	Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne
CNNC / CNNCEFP	Commission nationale de la négociation collective / Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle
CNPF	Conseil national du patronat français
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique

coll.	collection
COMAREP	Commission des accords de retraite et de prévoyance
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil Constitutionnel
Const.	Constitution
contra	solution contraire
Conv.	Convention collective
CPME / CGPME	Confédération des petites et moyennes entreprises (anciennement Confédération générale des petites et moyennes entreprises)
CPPNI	Commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation
CRDS	Contribution au remboursement de la dette sociale
CSE	Comité social et économique
CSG	Contribution sociale généralisée
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Dalloz (Recueil)
DARES	Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (Ministère du Travail)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
Décr.	Décret
DGT	Direction Générale du Travail (Ministère du Travail)
dir.	direction (ouvrage sous la direction de)
doctr.	doctrine
Dr. ouv.	Droit Ouvrier (revue)
Dr. soc.	Droit Social (revue)
éd.	édition
EPA	Etablissement Public Administratif
EPIC	Etablissement Public Industriel et Commercial
ESS	Economie sociale et solidaire

et al.	et alii (et autres auteurs)
FEHAP	Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne privés non lucratifs
FESAC	Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma
FNMF	Fédération nationale de la mutualité française
FRS	Feuillet rapide social
FSU	Fédération syndicale unitaire
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HCDS	Haut Conseil du Dialogue Social (Ministère du Travail)
I.R.	Informations rapides (Recueil Dalloz)
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
IDCC	Identifiant de la convention collective
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRES	Institut de Recherches Économiques et Sociales
IS	Informations sociales (revue de la Caisse nationale d'allocations familiales)
JA	Juris association
JC	Juris-Classeur
JCP E	Juris-Classeur Périodique édition Entreprise et affaires (La Semaine juridique)
JCP G	Juris-Classeur Périodique édition Générale (La Semaine juridique)
JCP S	Juris-Classeur Périodique Social (La Semaine juridique)
JO ou JORF	Journal Officiel de la République Française
JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes
JORF (A.N.) ou JOAN	Journal Officiel de la République Française - Compte rendu des débats à l'Assemblée Nationale
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
JT	Juris tourisme
L.	Loi

Lamy nég. coll.	Le Lamy négociation collective
Lexbase soc.	Lexbase social
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Liaisons soc.	Liaisons sociales
LO.	Loi organique
LPA	Les Petites affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
NAF	Nomenclature d'activités française
NP	Non publié (arrêt)
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation Internationale du Travail
op.cit.	opere citato (dans l'ouvrage cité)
OPCA	Organisme paritaire collecteur agréé
OPCO	Opérateur de compétences
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité(e)
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RD rur.	Revue de droit rural
RDC	Revue des contrats
RDCTSS	Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale
RDP	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
réd.	rédaction
rééd.	réédition
REMEST	Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail

Rep. trav.	Répertoire de droit du travail (Encyclopédie juridique Dalloz, droit du travail)
RFAS	Revue française des affaires sociales
RFDA	Revue française de droit administratif
RFSP	Revue française de science politique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey (Recueil)
s.	suivant(e)
Sect.	Section
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
SSL	Semaine Sociale Lamy
t.	tome
T. confl.	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
U2P	Union des entreprises de proximité
UDES/USGERES	Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (anciennement Union de syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale)
UES	Unité économique et sociale
UIMM	Union des industries et métiers de la métallurgie
UNAPL	Union nationale des professions libérales
UNEDIC	Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
UNSA	Union nationale des syndicats autonomes
UPA	Union patronale des artisans
V.	Voir
vol.	volume

INTRODUCTION

1. La présente recherche s'insère dans deux systèmes juridiques distincts mais consubstantiels : la représentativité des organisations syndicales et patronales et la négociation collective¹.

2. La représentativité multi-professionnelle renvoie au droit de la représentativité qui occupe depuis les lois du 20 août 2008² et du 5 mars 2014³ une place autonome dans le Code du travail⁴. Auparavant seuls les critères généraux de la représentativité des organisations syndicales étaient définis dans les règles relatives aux conventions et accords collectifs⁵, même si la notion faisait de nombreuses incursions dans diverses dispositions notamment en matière de droit syndical ou de représentation du personnel⁶. Nous pouvons souligner que le « *droit de la représentativité* » qu'évoquait le Professeur Albert Arseguet dans sa thèse en 1976 a acquis désormais une forme d'autonomie en droit du travail, ainsi qu'une consécration législative⁷.

3. La notion d'interprofession renvoie au droit de la négociation collective⁸ et plus précisément au champ d'application des accords interprofessionnels. Cette notion a fait débat en doctrine en raison des fonctions assignées à la négociation interprofessionnelle au niveau national qui s'est très tôt insérée dans le processus d'élaboration de la loi et dans l'organisation de la solidarité nationale au travers des accords instituant les régimes de protection sociale. Ces fonctions, par essence universelles, exigent que les accords conclus à ce niveau aient vocation à s'appliquer à l'ensemble des employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés⁹, ce qui pose

¹Les dispositions encadrant la représentativité des organisations syndicales et patronales sont codifiées dans le Livre Premier intitulé « Les syndicats professionnels » de la Deuxième partie du Code du travail régissant « Les relations collectives de travail ». La négociation collective fait l'objet du Livre Deuxième intitulé « La négociation collective-Les conventions et accords collectifs de travail » de cette même deuxième partie.

²L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF 21 août 2008, p.13064.

³L. n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JORF 6 mars 2014, p.4848.

⁴C. trav., Deuxième partie, Livre Premier, Titre deuxième « Représentativité syndicale » et Titre cinquième « Représentativité patronale ».

⁵V. C. trav., art. L.133-2 anc.

⁶V. C. trav., art. L.412-4, L.423-2 et L.433-2 anc.

⁷Albert ARSEGUET, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.XIV.

⁸L'expression « droit de la négociation collective » est utilisée ici de manière générique pour désigner les règles visées au Livre Deuxième de la Deuxième partie du Code du travail portant sur la négociation collective et les conventions et accords collectifs de travail (V. supra note n°1).

⁹Auxquels nous pouvons ajouter les EPIC et les EPA employant du personnel dans les conditions du droit privé, conformément à l'article L.2211-1 du Code du travail définissant le champ d'application des règles de la négociation collective.

inévitablement la question de l'identification des parties signataires de tels accords et de leur capacité à engager l'ensemble des secteurs d'activité.

La consubstantialité des systèmes juridiques mobilisés

4. La loi ne définit pas la notion de représentativité mais les prérogatives que celle-ci confère. Elle apparaît ainsi comme « *un titre de légitimité pour l'exercice d'un pouvoir* »¹⁰, ce pouvoir se traduisant par des actions et des moyens réservés, au premier rang desquels la faculté de signer les conventions et accords collectifs de travail. La représentativité est donc « *une pièce essentielle de la réalisation du droit de la négociation collective* »¹¹ qui s'est historiquement construite en même temps que ce dernier, et ce même si les fonctions de la représentativité se sont progressivement élargies (notamment la fonction de participation aux instances de représentation et de concertation).

5. Si du côté des organisations syndicales de salariés l'exigence de représentativité des signataires est inscrite, depuis la loi du 13 juillet 1971, comme une condition de validité de tout accord collectif¹², il n'en est pas de même du côté patronal où la représentativité des signataires ne sera exigée que pour les accords susceptibles d'extension¹³. Néanmoins, en raison de l'effet relatif de tout contrat, le champ d'application de l'accord, même étendu, sera conditionné par l'identification de la partie patronale¹⁴ et pour les accords conclus au niveau national et interprofessionnel (ANI) par la capacité des organisations patronales signataires à engager l'ensemble des secteurs d'activité. Or, cette capacité a pu être remise en question à de nombreuses reprises suscitant par la même un débat sur l'existence d'une seule et unique

¹⁰Franck PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, p.332.

¹¹Marie Laure MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, p.354.

¹²L. n°71-561 du 13 juil. 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiées, relatives à la procédure de médiation, JORF 14 juil. 1971, p.6939. V. infra.

¹³C. trav., art. L.2261-19 : « *Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus au sein de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9. Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré. [...]* ».

¹⁴Le principe selon lequel l'application d'une convention ou d'un accord collectif dépend de la situation de l'employeur peut être tiré de l'article L.2254-1 du Code travail qui dispose que « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». V. notamment Alain SUPLOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p.63 ; Marie-Laure MORIN « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p.24.

interprofession et donnant corps à la problématique des secteurs « *hors champ* »¹⁵ d'application des ANI.

6. Identifiée comme une question centrale de la réforme de la représentativité patronale¹⁶, la capacité à signer des ANI et plus généralement à participer aux négociations interprofessionnelles a fortement orienté le travail du législateur dans la loi du 5 mars 2014¹⁷. La loi de 2014 a ainsi repris, dans une logique de symétrie, les critères de la représentativité au niveau national et interprofessionnel définis par la loi du 20 août 2008 pour les organisations de salariés dont l'exigence d'une représentativité simultanée dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services¹⁸. Consacrant légalement une approche classique de l'interprofession limitée aux secteurs traditionnels de l'économie, le législateur de 2014 a créé en parallèle un nouveau niveau de représentativité nationale réservé à des organisations patronales dites « multi-professionnelles » représentant des secteurs ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel et donc habituellement exclus du champ d'application des ANI.

7. Sans traduire directement cette réforme dans le droit de la négociation collective¹⁹, le législateur a semblé malgré tout vouloir clarifier les relations entre les différents champs de représentation patronale dans les négociations interprofessionnelles. En effet, en application des dispositions issues de la loi du 5 mars 2014, préalablement à l'ouverture d'une négociation nationale et interprofessionnelle, puis préalablement à sa conclusion, les organisations professionnelles d'employeurs représentatives à ce niveau doivent désormais informer les organisations bénéficiant de la nouvelle représentativité au niveau national et multi-professionnel des objectifs poursuivis par cette négociation et recueillir leurs observations²⁰.

¹⁵Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p.472.

¹⁶V. Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.23.

¹⁷V. Ass. Nat., compte rendu intégral des débats, séance du 7 fév. 2014, JORF (A.N.) 8 fév. 2014, p.1574.

¹⁸V. *C. trav.*, art. L. 2152-4.

¹⁹V. sur ce point le projet des Professeurs Teyssié, Césaro et Martinon qui proposaient que la loi sur la représentativité patronale s'accompagne d'une clarification des règles de validité des accords nationaux et interprofessionnels et des accords de branche en réservant de façon expresse leur négociation et leur signature aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ces différents niveaux, comme pour les organisations syndicales de salariés (Bernard TEYSSIÉ, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2011, 1102).

²⁰V. *C. trav.*, art. L. 2152-3.

8. Répondant ainsi de façon indirecte à la problématique de l'identification des organisations patronales ayant capacité à signer des ANI, le législateur est venu enrichir le débat sur l'interprofession dont le périmètre est désormais défini au travers des critères légaux de la représentativité au niveau national et interprofessionnel et dont les limites poussent à la reconnaissance d'une représentativité spécifique des principales organisations du hors champ, leur conférant certaines prérogatives lors des négociations interprofessionnelles.

L'esprit et l'objet de notre recherche

9. En définissant précisément les critères de la représentativité au niveau national et interprofessionnel et en créant en parallèle un nouveau niveau de représentativité pour des organisations multi-professionnelles représentant des secteurs exclus du champ d'application des ANI, le législateur de 2014 semble vouloir refermer le débat sur l'interprofession, d'une part en consacrant l'unicité de la notion, d'autre part en répondant aux limites de celle-ci.

10. La reconnaissance d'une représentativité multi-professionnelle au niveau national différente de la représentativité nationale et interprofessionnelle est, en effet, de nature à conforter la thèse de la « *mono-interprofession* »²¹, tout en apportant une réponse aux limites de celle-ci par l'octroi d'un statut aux organisations représentant des secteurs hors champ d'application des ANI.

11. Notre étude propose ainsi d'envisager la réforme de la représentativité patronale comme une réponse au débat sur la notion d'interprofession et d'en examiner la complétude afin de déterminer si le travail entrepris permet de clore définitivement celui-ci et d'apporter en cela une solution satisfaisante aux problématiques actuelles du dialogue social au niveau national.

Les intérêts du sujet

12. Le droit de la représentativité était jusqu'aux lois de 2008 et de 2014 un droit essentiellement prétorien que la doctrine avait envisagé sous différents aspects allant de sa

²¹Lamy négo. coll. 2018, n°230.

relation avec la notion de représentation²² à l'étude exhaustive de ses critères de reconnaissance et des prérogatives conférées par cette qualité, tout en formulant des critiques de plus en plus vives à l'endroit du système de représentativité présumée jugé en décalage avec l'évolution des rapports sociaux²³. La représentativité patronale était peu étudiée en tant que telle et appréhendée dans un système général de représentativité syndicale qui n'établissait pas de distinction entre les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs²⁴.

13. La notion d'interprofession, « *concept essentiel mais très peu étudié* »²⁵, avait, de son côté, été examinée par certains auteurs s'intéressant à la représentativité au niveau national et interprofessionnel²⁶ mais également en droit de la négociation collective afin de souligner la relativité du champ d'application des accords interprofessionnels, censés pourtant embrasser l'ensemble des champs d'activité du droit privé²⁷.

14. En proposant d'envisager la réforme de la représentativité patronale comme une réponse à la notion d'interprofession, notre étude s'intéresse aux apports relativement récents de la loi du 5 mars 2014 dont la vocation est de poser la dernière pierre à l'édification d'un droit

²²V. notamment Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p.476 ; « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p.685 ; Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1991, p.5 ; Franck PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, spéc. p.331 et s.

²³V. notamment Jean SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.179 et spéc. p.181 où l'auteur évoque les « *dangers de la représentativité d'emprunt* » ; Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p.476 et spéc. p.484 où l'auteur rappelle les « *nombreuses raisons [qui] incitent à critiquer la présomption irréfragable de représentativité* » ; Michel COINTEPAS, « Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. soc.* 1992, p.250 et spéc. p.251 où l'auteur indique que la représentativité par affiliation est « *la négation même des principes de la représentation démocratique et une prime accordée à l'irresponsabilité et à la faiblesse syndicale* ».

²⁴Nous reviendrons au cours de notre étude sur les contributions scientifiques ayant traité de la représentativité patronale avant l'adoption de la loi du 5 mars 2014 mais un constat liminaire s'impose : il existe « *très peu de travaux académiques sur la question* » comme le soulignait un rapport remis en avril 2011 en réponse à un appel à projets de recherche proposé par la DARES sur les « organisations d'employeurs en France » (Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, *La construction de la représentativité patronale*, rapport non publié, présenté par une équipe pluridisciplinaire sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM, p.8). Nous remercions Madame Nicole Maggi Germain de nous avoir autorisé l'accès à ce rapport dans le cadre de la présente recherche.

²⁵Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

²⁶V. notamment Albert ARSEGUEL, thèse préc., pp.248-258.

²⁷Nous citons à ce stade, et sans caractère exhaustif, trois auteurs qui se sont plus particulièrement intéressés à la question avec des opinions divergentes : Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 ; Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 ; Christophe RADÉ, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et un article synthétisant leurs positions respectives : Christophe RADÉ, Jacques BARTHÉLÉMY, Philippe LANGLOIS « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512.

de la représentativité profondément rénové, corollaire indispensable à l'essor d'un droit conventionnel tendant à s'autonomiser par rapport à la loi.

15. Le concept d'interprofession -débattu au sein d'une doctrine autorisée avant l'adoption de la loi du 5 mars 2014²⁸- nous semble pouvoir être réexaminé à la lumière de ces nouveaux apports qui de surcroît ont connu, comme nous le verrons, certaines évolutions depuis 2014, alors que le législateur souhaitait précisément figer le paysage de la représentation patronale au niveau national.

16. Ce nouvel examen permet ainsi de mesurer l'apport des règles de la représentativité patronale -qui reçoit pour la première fois un cadre juridique- à la question de l'identification des organisations ayant la capacité à signer des ANI et à la délimitation induite du champ de l'interprofession.

17. Plus globalement, nous rappellerons qu'en renforçant la légitimité des partenaires sociaux par le biais d'une rénovation des règles de représentativité, le législateur a souhaité renforcer la légitimité de l'acte conventionnel conclu par ces mêmes partenaires sociaux et l'atteinte de cet objectif nous semble devoir être vérifié de façon particulière au niveau national et interprofessionnel où la norme conventionnelle bénéficiera d'un rayonnement quasiment identique à celui de la loi. Les prérogatives exorbitantes du droit commun octroyées à ce niveau, tant dans le droit de la négociation collective que dans la faculté de siéger dans les différentes instances de consultation et de gestion, exigent en effet une légitimité incontestée de leurs détenteurs.

18. La question nous paraît revêtir une importance certaine à l'heure d'une recomposition entamée du paysage conventionnel de branche²⁹ et de la révélation d'ensemble professionnels se situant au-delà de cette dernière mais pouvant, malgré tout, difficilement se satisfaire d'une approche classique de la notion d'interprofession, qui repose encore à ce jour sur les seuls secteurs traditionnels de l'économie.

²⁸*Ibidem.*

²⁹Nous visons ici le chantier de restructuration des branches professionnelles, codifié aux articles L.2261-32 et suivants du Code du travail, que la loi du 5 mars 2014 a engagé (art. 29-IV) et que des textes postérieurs sont venus accélérer (L. n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, art. 23, JORF n°0189 du 18 août 2015 ; L. n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 25, JORF n°0184 du 9 août 2016 ; Ord. n°2017-1385 du 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art.12, JORF n°0223 du 23 sept. 2017 ; L. n°2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, art. 34-I, JORF n°0205 du 6 sept. 2018 ; L. n°2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, art. 7, JORF n°0189 du 17 août 2022). V. infra.

19. L'étude s'intéressera de ce fait à la volonté réelle du législateur de 2014 de clôturer définitivement le débat sur les champs de la représentation patronale au niveau national et par la même celui sur l'interprofession ou au contraire d'apporter, notamment au travers de la création de la représentativité multi-professionnelle, une solution d'attente susceptible d'évolution.

20. La pertinence des règles actuelles conférant au pré carré interprofessionnel des prérogatives exorbitantes du droit commun sera pour cela débattue, dès l'instant où des secteurs hors champ à l'importance économique et sociale grandissante demeurent exclus du dialogue social national ou n'y sont, pour certains, associés que de façon très parcellaire.

21. Dans le contexte actuel de recentrage du droit de la négociation collective vers la négociation d'entreprise -qui pourrait rendre de prime abord l'étude des niveaux supérieurs moins prégnante- et de développement de nouveaux modes de régulation sociale au niveau national, la présente recherche permettra plus généralement d'appréhender la problématique du maintien de notre modèle actuel de dialogue social national et de sa légitimité aux yeux de l'ensemble des acteurs économiques et sociaux.

Une approche historique préalable : l'édification d'un droit de la représentativité marquée par l'évolution du droit conventionnel

22. *« La démocratie ne se divise pas. Il n'y a pas d'un côté une démocratie politique avec ses institutions, pour la plupart élues, et de l'autre une démocratie sociale avec ses propres règles et usages. La démocratie est une et elle est politique. Mais dans certains secteurs comme le social, il apparaît nécessaire de poser des règles de représentativité assurant la légitimité de ceux qui débattent, négocient et signent au nom des salariés et des entreprises sur des sujets aussi essentiels que l'emploi et le travail. Cette représentativité, à la différence de celle du sens commun ou de celle que pratiquent les médias, s'organise. L'État doit, en la matière, jouer son rôle régalien de définition des règles du jeu »³⁰.*

³⁰Jean-Denis COMBEXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP G* 2015, doctr. 235, p.379.

Principal instigateur de la loi du 5 mars 2014, l'ancien Directeur Général du Travail mettait ainsi en exergue la vieille tradition française d'interventionnisme de l'Etat dans l'ordre professionnel.

23. La genèse. Héritière des principes libéraux de 1789, la loi du 21 mars 1884³¹ avait proclamé la reconnaissance d'un droit syndical basé sur le pluralisme et la liberté d'adhésion tout en fixant des « *limites étroites à l'exercice de ce droit* »³². Simples groupements privés dont les droits ne dépassaient pas « *ceux des simples personnes morales* »³³, les syndicats se sont vus par la suite attribuer des fonctions de plus en plus larges dans la vie économique et sociale au point de devenir « *des organismes semi-publics* »³⁴ chargés de représenter les professions et étroitement associés à la prise de décision politique³⁵. Cet élargissement du rôle du syndicat s'est traduit par « *la nécessité de désigner la ou les organisations authentiquement qualifiées pour représenter les travailleurs* »³⁶ au travers des règles de la représentativité.

24. Le syndicat représentant la profession. Une fois légalisé en 1884, la qualité juridique du syndicat fit « *l'objet de nombreux débats au tournant des XIXème-XXème siècles* », la première interrogation portant « *sur la nature de la représentation* »³⁷. Dans un arrêt, resté célèbre, des chambres réunies du 5 avril 1913³⁸, la Cour de Cassation reconnut au syndicat la qualité de défenseur des intérêts collectifs de la profession considérée dans son ensemble et non des intérêts particuliers de ses adhérents, solution que le législateur entérina dans la loi du 12

³¹L. du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels, JORF du 22 mars 1884, p.1577.

³²Maurice BOITEL, « Les droits syndicaux dans l'entreprise », *Dr. ouv.* 1970, p.2. Au lendemain de la Révolution Française, le décret d'Allarde (Décr. du 2 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente) et la « loi » Le Chapelier (Décr. du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit "Loi Le Chapelier") avaient supprimé les corporations et les groupements ouvriers au nom de la liberté du commerce et de l'industrie. Interdisant toute forme de corps intermédiaires et de rassemblements professionnels, ces textes mettaient fin à la possibilité de constituer des syndicats, d'exercer un droit de grève ou de créer des mutuelles de solidarité. La loi de 1884, tout en reconnaissant à nouveau le fait syndical, instaurait un « *régime de défiance* » vis-à-vis des syndicats expliquant des prérogatives à l'origine limitée et l'obligation de déposer des statuts en préfecture pour acquérir la personnalité juridique, permettant par là même un contrôle de la puissance publique (V. sur ce point l'étude de Gérard LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p.5).

³³*Ibidem.*

³⁴André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°139, p.172.

³⁵V. Renato BALZARINI, « Les syndicats et l'Etat : quelques réflexions », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, pp. 47-50.

³⁶Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p.476.

³⁷Antoine BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français », *Dr. soc.* 2008, p.823.

³⁸Cass., ch. réun., 5 avr. 1913, *D.* 1914, I. 65. Autres références et commentaires in Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD et Emmanuel DOCKÈS, *Droit du Travail*, coll. *Précis*, 32^e éd., Dalloz, 2019, n°1108, p.1299.

mars 1920³⁹. Comme le souligne un auteur, ce texte constitua « *une évolution notable de la définition du rôle du syndicat vers celle que nous connaissons aujourd'hui. En effet, cette intervention législative a élargi le champ de représentation des syndicats. Pour la première fois, une loi a clairement orienté l'action des syndicats vers la défense des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent et non plus seulement la défense des intérêts de leurs adhérents. La capacité de représentation des syndicats commence alors à être envisagée à une échelle plus importante. Plus précisément, l'action des syndicats commence à être envisagée comme une action de nature à créer des effets erga omnes, précédant l'évolution suivante de la capacité de représentation en capacité d'engagement. C'est essentiellement à partir de ce moment qu'a commencé à naître le débat sur la représentativité qui a conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008* »⁴⁰.

Nous devons toutefois préciser, à ce stade, que tous les syndicats professionnels légalement constitués se voient reconnaître la faculté de représenter les intérêts « *des personnes mentionnées dans leurs statuts* »⁴¹ au-delà des intérêts de leurs seuls adhérents. Ainsi, et à l'instar de certains auteurs, nous soulignons que « *contrairement à une opinion courante, ce n'est pas la représentativité syndicale qui constitue l'aptitude à représenter un groupe, une collectivité, au-delà des adhérents ; cette aptitude tous les syndicats en sont dotés par la loi et ils n'ont pas besoin, pour en jouir, d'être représentatifs* »⁴².

25. L'émergence du concept de représentativité. Apparue pour la première fois en droit international à l'article 389 du Traité de Versailles du 28 juin 1919⁴³, la notion de

³⁹L. du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, JORF 14 mars 1920, p. 4179.

⁴⁰Marion EMERAS, *Cah. soc.* janv. 2014, n°112e2.

⁴¹C. trav., art. L. 2131-1.

⁴²Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e éd., Dalloz, 2008, p.586.

⁴³L. portant approbation du traité de paix conclu à Versailles le 28 juin 1919, JORF 13 oct. 1919, p.11294. La partie XIII du traité crée l'Organisation Internationale du Travail qui comprend une Conférence générale des représentants des membres et un Bureau international du travail placé sous la direction d'un Conseil d'administration. L'article 389 du traité relatif à la désignation des membres de la Conférence prévoit à son alinéa 3 que « *Les membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent* ». Cette disposition figure aujourd'hui dans les mêmes termes à l'article 3.5 de la Constitution de l'OIT (V. site internet de l'OIT : <https://www.ilo.org>). Interprétant ces stipulations, la Cour permanente de justice internationale, dans un avis du 31 juillet 1922, a considéré que : « *On doit évidemment tenir pour les organisations les plus représentatives celles qui représentent respectivement au mieux les employeurs et les travailleurs. Préciser quelles sont ces organisations, c'est une question d'espèce qui doit être résolue pour chaque pays au moment où se fait la désignation. Certes, le nombre d'adhérents n'est pas le seul critère pour juger le caractère représentatif, mais c'est un facteur important ; toutes choses égales d'ailleurs, l'organisation comprenant le plus grand nombre d'adhérents sera l'organisation la plus représentative. Le Gouvernement de l'État a le devoir de déterminer, d'après les éléments dont il dispose, quelles organisations sont, en fait, les plus représentatives* » (BIT, B.O. du 16 août 1922, Vol. VI, n°7).

représentativité fait son entrée dans le droit national par un décret du 16 janvier 1925 portant constitution du Conseil national économique⁴⁴. Elle sera reprise ensuite dans plusieurs textes portant sur la composition de différentes instances⁴⁵ mais c'est essentiellement en 1936 qu'elle prend son essor avec la loi organique du 19 mars 1936 qui dote le Conseil national économique d'un véritable statut légal⁴⁶ puis avec la loi du 24 juin⁴⁷ qui introduit, notamment, la procédure d'extension des conventions collectives dans le code du travail (la doctrine classique retenant traditionnellement cette date pour matérialiser l'introduction du concept de représentativité dans le droit positif national⁴⁸).

26. Un concept lié à l'extension des conventions collectives. Complétant et modifiant la loi du 25 mars 1919⁴⁹, qui dotait pour la première fois la convention collective d'un statut juridique propre⁵⁰, la loi du 24 juin 1936 érige celle-ci en véritable loi de la profession soulignant la dualité de sa nature à la fois contractuelle et réglementaire⁵¹. Laissant subsister la loi de 1919 comme régime de droit commun - évitant ainsi « *aussi bien le Scylla contractuel que le Charybde réglementaire* »⁵²- la loi de 1936 introduit, en effet, un nouveau type de conventions collectives dont la négociation est confiée à une commission mixte réunie par le ministre du travail et composée des représentants « *des organisations syndicales, patronales et ouvrières les plus représentatives* », dont l'objet est de « *régler les rapports entre employeurs et employés d'une branche d'industrie ou de commerce pour une région déterminée ou pour l'ensemble du territoire* »⁵³.

⁴⁴Décr. du 16 janv. 1925 portant création d'un Conseil national économique, JORF 17 janv. 1925, p.698. L'article 4 du décret dispose que « *Les membres du conseil national économique seront désignés dans chaque catégorie par la ou les organisations le plus représentatives* » et qu'il appartiendra au Conseil de « *statuer pour le cas où la détermination de la ou des organisations le plus représentatives serait contestée* ».

⁴⁵V. Albert ARSEGUEL, thèse préc., p.IV.

⁴⁶L. du 19 mars 1936 portant institution, organisation et fonctionnement d'un conseil national économique, JORF 21 mars 1936, p.3186.

⁴⁷L. du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre Ier du Code du travail : « De la convention collective de travail », JORF 26 juin 1936, p. 6698.

⁴⁸V. Albert ARSEGUEL, *op. cit.*, p.IV.

⁴⁹L. du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail, JORF 28 mars 1919, p.3181.

⁵⁰La loi de 1919 a sécurisé la pratique des contrats collectifs de travail nés spontanément au XIX^e siècle. Ce texte fondateur du droit des conventions collectives fût toutefois fortement influencé par les thèses contractuelles classiques, dominantes à cette époque, ce qui fragilisa les conventions conclues sous son régime. L'obligation née de ces conventions trouvait en effet sa source et ses limites dans la volonté des personnes liées et, comme l'indique un ouvrage de référence, la convention « *laissait en dehors de son empire une masse importante d'individus et se révélait également incapable d'assujettir d'une façon suffisamment ferme ceux qui, en principe relevaient de son autorité* » (Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir.G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz,1989, n°21, p.39).

⁵¹V. Paul DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv.* 1939, p.353.

⁵²Michel DESPAX, *op. cit.*, n°23, p.43.

⁵³C. trav., art.31 va. anc., réd. L. du 24 juin 1936.

Il convient, d'ores et déjà, de souligner que le texte vise les seules branches de l'industrie et du commerce à l'exclusion d'autres secteurs tels que l'agriculture ou les professions libérales. La loi de 1936 a, en effet, avant tout pour objectif l'« *organisation des professions* »⁵⁴ en confiant aux partenaires sociaux le soin d'unifier conventionnellement les conditions de travail au sein de chacune d'entre elles et de réguler ainsi l'exercice de la concurrence entre les entreprises. La notion de profession est appréhendée alors comme « *synonyme de branche d'industrie ou de commerce* », la loi n'ayant « *pas considéré le métier* »⁵⁵. La formule légale emporte ainsi comme conséquence que « *Les branches d'activité qui ne se rattachent ni au commerce ni à l'industrie échappent à l'emprise de la loi du 24 juin 1936* »⁵⁶ et feront l'objet de lois spécifiques. Cette exclusion - qui peut certainement trouver une explication dans l'histoire de la construction du droit du travail lui-même, pensé avant tout pour les secteurs de l'industrie et du commerce dans le contexte « post révolution industrielle » de la fin du XIX^e siècle - est toutefois révélatrice de la problématique des secteurs « hors champ » dont elle constitue la genèse et sur laquelle nous reviendrons au cours de notre étude.

Outre sa négociation sous égide ministérielle, la convention « *du type 36* »⁵⁷ connaît par ailleurs une évolution vers un caractère réglementaire plus affirmé avec la « *réforme fondamentale* »⁵⁸ de l'extension, qui permet au ministre du travail de rendre par arrêté ses dispositions « *obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention* »⁵⁹. Confirmant son objectif d'organisation des professions, la loi consacre ainsi l'intrusion de l'Etat, et donc du droit public, dans le mécanisme jusqu'ici purement contractuel de la convention collective. Se détachant du droit commun des contrats, la convention va dès lors « *avec l'accord de l'Etat se transformer en une loi professionnelle* »⁶⁰ et « *rayonner au-delà du champ contractuel* »⁶¹. La représentativité des signataires devient une « *condition de fond* » de cette transformation puisqu'elle permet de « *tracer une ligne de séparation entre les conventions régies par la loi de 1919 et les conventions que la loi de 1936 cherche à mettre en place* » et de garantir ainsi « *la transition d'un contrat de droit commun à l'élaboration d'une règle juridique obligatoire*

⁵⁴Léon BLUM, exposé des motifs du projet à la Chambre des députés le 9 juin 1936 (S. 1936, Lois annotées, p.187).

⁵⁵Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, p.78.

⁵⁶*Idem*, p.79.

⁵⁷Michel DESPAX, *op. cit.*, n°25, p.43.

⁵⁸*Idem*, n° 27, p.45.

⁵⁹*C. trav.*, art.31 vd. anc., réd. L. du 24 juin 1936.

⁶⁰Michel DESPAX, *op. cit.*, n°27, p.45.

⁶¹Nicole MAGGI GERMAIN et Jean-Pierre LE CROM, *La construction de la représentativité patronale*, rapport préc. non publié, p.37.

et impérative »⁶². En réservant expressément la signature des conventions susceptibles d'extension aux organisations syndicales et patronales les plus représentatives, le législateur de 1936 a, en effet, souhaité faire de la représentativité des parties signataires « *une condition de validité même de l'extension* »⁶³. Comme le soulignait le Ministre du travail de l'époque, c'est donc « *cette participation des organisations syndicales les plus représentatives qui donne une valeur spéciale à la convention intervenue* »⁶⁴. Le concept de représentativité est ainsi, dès son apparition, rattaché au mécanisme de la négociation collective⁶⁵.

27. Un concept non défini. Trouvant à s'appliquer à des entreprises qui ne sont ni signataires, ni adhérentes à l'organisation signataire, la convention « extensible » appelle une légitimité incontestable de ses auteurs leur permettant d'engager l'ensemble des employeurs et l'ensemble des salariés compris dans le champ d'application de l'accord. Si cette légitimité est reconnue aux organisations « *les plus représentatives* », la loi de 1936 ne définit toutefois pas la notion. Une des premières difficultés apparue dans les débats parlementaires opposa les tenants d'une vision unitaire et majoritaire de la représentativité et les tenants d'une vision pluraliste. Pour les premiers, la qualité représentative ne pouvait être reconnue qu'à une seule organisation jugée la plus représentative du côté salarial et du côté patronal par crainte de voir les tentatives d'organisation des professions échouer si l'on introduisait « *la multiplicité d'organisations patronales et ouvrières déjà animées les unes contre les autres d'un esprit de concurrence et de rivalité* »⁶⁶. Pour les seconds, cette qualité pouvait être reconnue à plusieurs organisations tant patronales qu'ouvrières. La rédaction de l'article 31 va. du Code du travail, issue du vote de la loi, trancha pour une vision pluraliste en employant la formule au pluriel « *des organisations syndicales, patronales et ouvrières, les plus représentatives* »⁶⁷. Cette solution, rapidement confirmée par la jurisprudence arbitrale⁶⁸, permit de minorer l'atteinte aux principes de liberté et de pluralisme syndical issus de la loi de 1884 que le mécanisme de sélection opérée par la notion de représentativité pouvait engendrer. Pour le Professeur Verdier, ce pluralisme dans la représentativité, reposant « *sur une conception proportionnelle et non*

⁶²Stamatina YANNAKOUROU, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, pp.114 et 117.

⁶³Jean-Maurice VERDIER, « Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p.573.

⁶⁴Circ. « Lebas » du 17 août 1936 relative à l'application de la loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives de travail, JORF 3 sept. 1936, p.9392.

⁶⁵V. Stamatina YANNAKOUROU, *op. cit.*, p.117.

⁶⁶Léon BLUM, *S.* 1936, Lois annotées, p.188.

⁶⁷V. supra note n°53.

⁶⁸Cour supérieure d'arbitrage, sentence Blondel, 12 oct. 1937, *Dr. soc.* 1938, p.31.

majoritaire de celle-ci » et désormais « indiscutable en droit positif », a placé la représentativité « au diapason du pluralisme syndical français »⁶⁹.

28. Une critérisation. Si la thèse pluraliste l'emporta, il n'en fallait « pas moins définir les critères des organisations syndicales les plus représentatives »⁷⁰ en l'absence d'une définition légale de la notion de représentativité. Ce fût l'objet d'une première circulaire du 17 août 1936 signée du ministre Jean Lebas⁷¹ qui, reprenant expressément l'avis de la Cour permanente de justice internationale du 31 juillet 1922⁷², précisa que si le nombre des adhérents de l'organisation est « un facteur important, il « n'est pas nécessairement déterminant ». La circulaire indiquait que l'administration, sous le contrôle éventuel des tribunaux, pouvait également s'appuyer sur « divers éléments de fait » pour désigner les organisations les plus représentatives appelées à conclure les conventions collectives dans les conditions de la loi de 1936, telles que la régularité et l'importance des cotisations perçues, la durée de leur versement ou la « valeur de l'adhésion » qui renvoyait à la notion d'indépendance par rapport à l'autre partenaire⁷³.

Dans un contexte croissant d'« institutionnalisation du syndicalisme français »⁷⁴ et d'affirmation du pluralisme syndical dans la période d'après-guerre⁷⁵, le Ministre du travail Alexandre Parodi souligna la nécessité de répondre « avec précision » au sens qu'il convenait d'attribuer à l'expression « d'organisations syndicales les plus représentatives » en raison du

⁶⁹Jean-Maurice VERDIER, *op.cit.*, p.575. Poursuivant dans cette logique, le professeur Verdier estime que le système de représentativité retenu par le droit positif est non seulement compatible avec le pluralisme syndical mais qu'il viabilise également celui-ci en le rendant praticable (V. Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p.5).

⁷⁰Sophie BÉROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », *Travail et Emploi* n°131, 2012, p.8.

⁷¹V. supra note n°64.

⁷²V. supra note n°43.

⁷³Le critère d'indépendance est dès l'origine essentiellement envisagé pour la partie salariale : l'adhésion au syndicat ne devant pas s'effectuer « sous la pression ou l'influence de certains patrons » (Circ. 17 août 1936). Nous verrons que pour autant ce critère s'applique également à la partie patronale et sera à envisager dans ce cas comme une indépendance de l'organisation vis-à-vis des pouvoirs publics, des partis politiques et autres groupes de pression (V. notamment CE, 2 mars 2011, n°313189, concl. Claire LANDAIS, *RJS* 06/2011 ; *AJDA* 2011, p.1046 ; Sophie NADAL « Indépendance et représentativité patronale : l'audace tranquille du Conseil d'État » *RDT* 2011, p.582).

⁷⁴Sophie BÉROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *op. cit.*, p.8. Après la deuxième guerre mondiale et conformément au programme commun de la Résistance, les organisations syndicales se voient attribuer un rôle majeur dans la vie économique et sociale de la Nation. Elles participent aux conseils d'administration des entreprises nationalisés, siègent au sein de nombreux organismes publics et se voient, notamment, confier la gestion la sécurité sociale mise en place en 1945. Ainsi, le syndicalisme s'institutionnalise aux côtés de la puissance publique et ce mouvement ira croissant tout au long de la deuxième partie du XX^e siècle.

⁷⁵En 1944, la CFTC refuse de fusionner avec la CGT et la CGC est créée la même année. Le pluralisme syndical est alors consacré et se développera avec la création de FO en 1947 (issue de la scission de la CGT) et de la CFDT en 1964 (V. infra), puis l'émergence de nouvelles forces syndicales dans les années 1990 (UNSA, Solidaires...). V. sur ce point Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBÉ, *Histoire des syndicats (1906-2006)*, Seuil, 2006, p.248 et s.

« rôle de plus en plus important » que les syndicats reconnus les plus représentatifs étaient « appelés à jouer dans la vie économique et sociale du pays »⁷⁶. Tout en renvoyant aux premières indications fournies par la circulaire Lebas - dont il est rappelé qu'elle fût prise en application de la loi du 24 juin 1936 pour guider l'administration dans la désignation des organisations amenées à prendre part aux travaux des commissions mixtes chargées de négocier les conventions collectives - la circulaire du 28 mai 1945 fixe de façon générale les cinq critères de la représentativité syndicale qui s'appliqueront jusqu'à la réforme de 2008, à savoir les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté et l'attitude patriotique⁷⁷. Ces critères - repris ultérieurement par le législateur⁷⁸ - seront utilisés chaque fois qu'il y aura lieu d'apprécier la représentativité syndicale et feront l'objet d'un « véritable travail de remodelage »⁷⁹ de la part de la jurisprudence, qui en privilégiera certains et fera notamment émerger celui de l'audience électorale⁸⁰. Sans détailler ce point, qui a donné lieu à une doctrine très abondante, nous pouvons souligner que ces critères - et les apports jurisprudentiels auxquels ils donneront lieu - relèvent d'une appréciation à la fois quantitative et qualitative de la représentativité destinée à vérifier la « réalité » et l'« authenticité » de la représentation syndicale⁸¹.

29. Une présomption. Abrogeant le dispositif Croizat⁸², une décision interministérielle du 8 avril 1948⁸³ reconnaît comme « les plus représentatives » les organisations syndicales nationales affiliées aux confédérations suivantes : la CGT, la CGT-FO et la CFTC pour

⁷⁶Circ. « Parodi » du 28 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales, JORF 28 juin 1945, p.3915.

⁷⁷Des textes administratifs postérieurs ont apporté des précisions sur la façon d'utiliser ces critères, notamment la décision interministérielle du 13 mars 1947 signée de Paul Ramadier, Président du Conseil des ministres et d'Ambroise Croizat, Ministre du travail et de la sécurité sociale (JORF 15 mars 1947, p.2444). Cette décision, prise sous le régime très rigide de la loi du 28 décembre 1946 (V. infra), instaurait des seuils quantitatifs dans le critère des effectifs, que les organisations devaient justifier pour participer à l'élaboration des conventions collectives. Cette appréciation arithmétique se révéla dans la pratique difficile en mettre en œuvre (notamment en raison des difficultés à obtenir et à vérifier les déclarations d'effectifs des organisations syndicales) et fût rapidement remplacée par un tableau des organisations syndicales admises à négocier les conventions collectives (V. « Tableau des organisations syndicales admises à négocier les conventions collectives du travail », *Dr. soc.* 1947, p.378). Elle fût abrogée par la décision du 8 avril 1948 (V. infra).

⁷⁸V. étude de la loi du 11 fév. 1950 infra.

⁷⁹Françoise FAVENNEC-HÉRY, « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p.630.

⁸⁰V. notamment Cass. soc., 7 janv. 1970, *Dr. ouv.* 1970, p.120 ; Cass. soc., 29 mai 1972, obs. Jean SAVATIER, *Dr. soc.* 1973, p.587.

⁸¹Jean-Maurice VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, pp. 571-588. Pour un rappel de l'appréciation quantitative et qualitative de la représentativité au travers des différents critères avant la loi de 2008, V. notamment Lydie DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, pp.279-300.

⁸²V. supra note n°77.

⁸³Décision relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collective de travail, signée par Robert Schuman, Président du Conseil des ministres et Daniel Mayer, Ministre du travail et de la sécurité sociale, JORF 9 avr. 1948, p.3541.

l'ensemble des catégories professionnelles de salariés et la CGC pour la catégorie professionnelle des cadres. Cette représentativité de droit est reconnue « *en vue de la conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité et afin d'assurer une représentation équitable des organisations syndicales appelées à discuter les clauses générales de ces conventions communes à l'ensemble des catégories de salariés* ». La décision précise que ce système n'exclut pas la possibilité pour le ministre du travail d'apprécier la représentativité d'autres organisations selon les critères précédemment fixés. A compter de cette date, deux régimes de représentativité se profilent : une représentativité présumée octroyée par l'affiliation à l'une des confédérations et une représentativité démontrée (ou prouvée) à partir des critères de la circulaire du 28 mai 1945. La décision de 1948 sera modifiée par un arrêté du 31 mars 1966 pour tenir compte de la scission intervenue au sein de la CFTC en 1964⁸⁴ et les cinq confédérations visées seront désormais : la CGT, la CGT-FO, la CFDT et la CFTC en ce qui concerne l'ensemble des catégories professionnelles de salariés, y compris les cadres ; la CGC en ce qui concerne la catégorie professionnelle des cadres.

La représentativité par affiliation ou d'« emprunt » connaîtra un développement remarquable. A l'origine institué pour la « *conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité* »⁸⁵, ce système de reconnaissance de la représentativité sera étendu à d'autres domaines par le législateur et la jurisprudence dotera l'arrêté du 31 mars 1966 « *d'une portée très générale bien qu'il ait été pris de manière stricte pour la seule négociation collective* »⁸⁶. Ainsi, la loi du 27 décembre 1968 disposera que tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise pour les dispositions relatives à l'exercice du droit syndical au sein de cette dernière⁸⁷. La loi du 13 juillet 1971⁸⁸ généralisera le double mode d'attribution de

⁸⁴A l'issue de débats internes, une « déconfessionnalisation » est majoritairement votée au sein de la CFTC qui se transforme en CFDT lors du congrès de la Confédération en 1964 (V. Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, *op. cit.*, pp.285-288). Des opposants minoritaires réussissent à maintenir malgré tout la CFTC et l'arrêté de 1966 confirmera la représentativité des deux confédérations dans les conditions de la décision du 8 avril 1948 en modifiant « *la liste des organisations syndicales nationales de salariés désignées par l'article 2 de la décision susvisée du 8 avril 1948 comme les plus représentatives* » (Arr. du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, JORF 2 avr.1966, p.2675).

⁸⁵Art.2 décision du 8 avr. 1948 préc.

⁸⁶Albert ARSEQUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.406.

⁸⁷L. n°68-1179 du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF 31 déc. 1968, p.12403. La loi du 27 décembre 1968 reconnaît des moyens d'action aux syndicats représentatifs dans l'entreprise en instituant les sections syndicales d'entreprise et les délégués syndicaux. La représentativité du syndicat dans l'entreprise peut être démontrée au moyen des critères ou découler de l'affiliation du syndicat à une organisation représentative sur le plan national. La loi de 1968 instaure ainsi une présomption légale de représentativité pour les syndicats affiliés en vue de l'exercice du droit syndical dans l'entreprise (V. infra).

⁸⁸V. supra note n°12.

la représentativité - par démonstration ou par affiliation - pour la conclusion des conventions et accords collectifs et la loi du 28 octobre 1982⁸⁹ l'étendra à la détermination des syndicats aptes à présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles et à conclure des protocoles d'accords préélectoraux⁹⁰.

De nombreux débats ont eu lieu sur la nature et la portée de cette reconnaissance de représentativité. Issue à l'origine d'une simple décision administrative, cette affirmation de représentativité s'est, en premier lieu, vue conférer une autorité absolue non susceptible de preuve contraire. La doctrine a, en effet, toujours unanimement admis que la loi du 27 décembre 1968 avait instauré une présomption irréfragable de représentativité aux syndicats affiliés à une organisation représentative sur le plan national pour l'application de ses dispositions⁹¹, ce que la jurisprudence a confirmé de manière constante⁹². Il en a été de même en matière d'élections professionnelles⁹³. Dans le droit de la négociation collective, en revanche, le caractère simple ou irréfragable de la présomption a été un temps discuté⁹⁴ même si il ne fait « *guère de doute* », pour de nombreux auteurs, que le caractère irréfragable de la présomption valait aussi dans ce domaine⁹⁵. Allant au-delà, la jurisprudence a par ailleurs étendu la solution à des situations non

⁸⁹L. n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JORF 29 oct. 1982, p.3255.

⁹⁰D'autres textes se référant à la représentativité par affiliation peuvent être cités tels que, par exemple, ceux ayant institué la participation aux des salariés aux résultats de l'entreprise (Ord.n°59-126 du 7 janv. 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, JORF 9 janv. 1959, p.641 ; Ord. n°67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, JORF 18 août 1967, p.8288 ; L. n°73-1197 du 27 déc. 1973 portant modification [des ordonnances préc.] et de l'ordonnance n°67-694 du 17 août 1967 relative aux plans d'épargne d'entreprise, JORF 30 déc. 1973, p.14151) ou les lois Aubry qui prévoyaient un mandatement spécifique par les organisations syndicales reconnues représentatives sur le plan national (L. n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF 14 juin 1998, p.9029. L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF 20 janv. 2000, p.975). V. Lydie DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, pp.303-305.

⁹¹V. Jean-Maurice VERDIER, « Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p.581.

⁹²Cass. soc., 5 juill. 1977, *Bull. civ.*, V, n°457, p.361 ; Cass. soc., 16 mars 1978, *Bull. civ.*, V, n°211, p.158 ; Cass. soc., 28 juin 1978, *Bull. civ.*, V, n°534, p.400.

⁹³Cass. soc., 7 juil. 1983, *Dr. soc.* 1984, p.86, note Jean SAVATIER.

⁹⁴V. Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.534 ; « Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives (à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 1978) », *Dr. soc.* 1979, p.259.

⁹⁵Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e éd., Dalloz, 2008, p.594. V. également Jean Maurice VERDIER, *op. cit.*, pp. 581-582 ; Jean SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Etudes offertes à Gérard Lyon Caen*, Dalloz, 1989, p.181.

expressément visées par les textes, amenant la doctrine à s'interroger sur la création d'un véritable « *principe du droit de la représentativité syndicale* »⁹⁶.

Il a été précisé, en second lieu, que la liste fixée par l'arrêté de 1966 était limitative⁹⁷ et, malgré une tentative de l'UNSA, celle-ci n'a jamais été modifiée jusqu'à la réforme de 2008⁹⁸. Enfin, l'affiliation a été limitée aux confédérations - et non aux simples fédérations - de caractère interprofessionnel reconnues représentatives sur le plan national⁹⁹.

Ce système a permis ainsi d'octroyer un « *label* »¹⁰⁰ de représentativité aux grandes confédérations syndicales et de l'étendre par un effet d' « *irradiation* »¹⁰¹ aux syndicats qui leur étaient affiliés. En dispensant ces derniers d'apporter la preuve de la réalité de leur représentativité au niveau où ils exerçaient leurs prérogatives, la représentativité d'emprunt a favorisé dans un premier temps l'implantation des syndicats dans les entreprises et a garanti en cela l'expansion du syndicalisme et de la négociation collective. Elle a ensuite été jugée bénéfique pour lutter contre l'émiettement des forces syndicales - qui a toujours aggravé la faiblesse du mouvement syndical en France - en favorisant « *l'attraction vers les structures reconnues au plan national* »¹⁰².

La représentativité par affiliation fera cependant l'objet de critiques de plus en plus vives¹⁰³ en raison de ses effets négatifs et de la place centrale qu'elle prendra dans le droit de la représentativité syndicale. En faisant « *redescendre vers la base une représentativité accumulée au sommet* »¹⁰⁴, ce système dérogeait en effet au principe de concordance qui exige que le cadre d'appréciation de la représentativité corresponde à celui dans lequel se situe la

⁹⁶Georges BORENFREUND, « Délégué syndical central, représentativité syndicale : observations sur un arrêt d'allure modeste (Cour de cassation, chambre sociale 16 décembre 1992) », *Dr. soc.* 1993, p.282. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation étend la présomption de représentativité à la désignation d'un représentant syndical au comité central d'entreprise en dehors de tout fondement textuel exprès.

⁹⁷Cass. soc., 9 déc. 1982, *Bull.civ.*, V, n°700, p.515 ; *D.* 1984, IR. p.255, obs. Jean-Maurice VERDIER.

⁹⁸CE, 5 nov. 2004, *Dr. soc.* 2004, p.1098, concl. Jacques-Henri STAHL ; V. également Guillaume TUSSEAU, « A propos de la représentativité syndicale », *RDP* 2005, p.919.

⁹⁹CE, 2 nov. 1973, *Dr. soc.* 1974, p.469, obs. Jean SAVATIER ; Cass. soc., 8 nov. 2006, *Dr. soc.* 2007, p.119, obs. Jean SAVATIER.

¹⁰⁰Gérard ADAM, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1972, p.90 et spéc. p.100.

¹⁰¹Jean-Maurice VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, p.573.

¹⁰²Albert ARSEGUEL, thèse préc., p.185. L'auteur souligne qu'en permettant l'accès aux prérogatives conférées par la représentativité sans avoir à prouver cette dernière, la représentativité présumée a favorisé les affiliations aux grandes centrales, permettant ainsi d'éviter un éparpillement trop important dans un système basé sur la liberté et le pluralisme syndical.

¹⁰³V. supra note n°23.

¹⁰⁴Jean-Maurice VERDIER, *op. cit.*, p.573. La doctrine estime que la représentativité par affiliation constituait un système de représentativité descendante, le syndicat affilié se voyant reconnaître une représentativité acquise à un niveau supérieur. La loi de 2008 inversera totalement la logique en instaurant un système de représentativité « montante » dans lequel la représentativité sera déterminée à partir de celle établie au niveau inférieur (V. infra).

prérogative exercée¹⁰⁵ et enlevait une large part à l'utilisation des cinq critères qui s'étaient progressivement dégagés. Les contestations s'amplifieront dans le domaine de la négociation collective, notamment après l'adoption de la loi de 1971, où des accords d'entreprise pourront être signés par des syndicats ne disposant en réalité que d'une influence et d'effectifs restreints mais qui du seul fait de leur affiliation pourront engager la collectivité toute entière. Porteuse d'« illégitimité » et assénant « *un rude coup au principe d'égalité appliqué aux organisations syndicales* », la présomption a pu également, de façon paradoxale, affaiblir le mouvement syndical en concédant une assurance de représentativité à des syndicats incités « *à ne pas veiller sans cesse au maintien de leur influence* »¹⁰⁶.

Ces critiques, et bien d'autres, formulées à l'endroit d'un système qui fût conçu à l'origine comme « *une exception à la philosophie dominante* »¹⁰⁷, mais qui progressivement était devenu « *la règle et non plus le tempérament* »¹⁰⁸, conduiront le législateur de 2008 à réformer profondément les règles de reconnaissance de la représentativité syndicale et à supprimer la présomption de représentativité¹⁰⁹.

30. Une consécration. Succédant à la loi du 23 décembre 1946¹¹⁰, la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives¹¹¹ consacre légalement les critères de la représentativité prouvée fixés par la circulaire Parodi du 28 mai 1945¹¹². Enumérés à l'article 31 f. du Code du

¹⁰⁵V. infra.

¹⁰⁶Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11^e éd., Lexis Nexis, 2018, n°92, p.49.

¹⁰⁷Albert ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.406.

¹⁰⁸Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p.476 et spéc. p.479.

¹⁰⁹V. infra.

¹¹⁰L. n°46-2924 du 23 déc. 1946 relative aux conventions collectives de travail, JORF 25 déc. 1946, p.10932. Abrogeant les lois de 1919 et de 1936 sur les conventions collectives, la loi du 23 décembre 1946 fût votée dans le contexte d'économie dirigée de l'après-guerre qui ne permettait pas, notamment, la libre discussion des questions de salaires et de rémunération du travail, exclues de ce fait du champ d'application des conventions. La loi de 1946 imposa un régime très rigide aux conventions collectives avec une intervention accrue de l'Etat dans leur élaboration (le ministre du travail possédant seul le droit de provoquer la réunion des commissions mixtes et de conférer une force obligatoire aux textes conventionnels par le biais d'un agrément). Le droit de conclure les conventions collectives fût réservé aux organisations syndicales les plus représentatives et une hiérarchie stricte fût instituée entre les conventions nationales, régionales ou locales dans le but d'uniformiser les conditions de travail. Par ailleurs, la loi ne permettait de conclure qu'une seule convention par branche d'activité dont le nombre fût drastiquement limité, toujours dans le but d'une uniformisation plus poussée des conditions de travail. La loi de 1946 fût un échec attesté par un nombre très faible de conventions conclues sous son empire (V. notamment André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°193-195, pp.249-252 ; Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°30-32, pp.49-53).

¹¹¹L. n°50-205 du 11 fév. 1950 relatives aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF 12 fév. 1950, p.1688.

¹¹²V. étude 28 supra.

travail, puis à l'article L.133-2 après la recodification de 1973¹¹³, ces critères recevront une application générale pour l'ensemble des prérogatives attachées à la représentativité syndicale bien qu'ils aient été posés à l'origine pour les signataires d'une convention susceptible d'extension¹¹⁴. Ils feront l'objet, comme nous l'avons indiqué supra, d'un important travail d'interprétation de la part du juge qui, tout en maintenant la référence à l'article L.133-2, les adaptera à l'évolution de la situation syndicale en en ajoutant et en remplaçant certains d'entre eux¹¹⁵. La jurisprudence forgera également des règles techniques d'appréciation de ces critères au premier rang desquelles le principe de concordance qui veut que la représentativité s'apprécie au niveau et dans le cadre où s'exerce la prérogative pour laquelle elle est exigée¹¹⁶ mais également le caractère non cumulatif des critères¹¹⁷ ou encore leur relativité qui renvoie à une appréciation par comparaison avec les autres syndicats¹¹⁸. L'aboutissement de ce travail jurisprudentiel, dans le droit antérieur à la loi du 20 août 2008, consistera à opérer une véritable « *recomposition* » des critères en retenant l'indépendance et l'influence du syndicat comme éléments essentiels d'appréciation de la représentativité¹¹⁹.

31. Une faille. Tout en consacrant les critères, la loi de 1950 crée toutefois une « *faille dans la théorie de la représentativité* »¹²⁰ issue de la loi de 1936. Renouant avec le principe de liberté contractuelle d'avant-guerre, la loi distingue des conventions collectives dites

¹¹³L. n°73-4 du 2 janv. 1973 relative au code du travail, JORF 3 janv. 1973, p.52 (Le Code du travail est né d'une première codification réalisée entre 1910 et 1927. La loi de 1973 effectua une opération de recodification puis une deuxième opération de recodification du Code du travail sera réalisée en 2008. V. Jean-Denis COMBREXELLE « Présentation du nouveau code du travail », DGT, Dossier de presse, 29 avr. 2008). L'article L.133-2 sera repris sans modification par la loi du 13 novembre 1982 (V. infra) et demeurera en l'état jusqu'à la loi de 2008 réformant la représentativité syndicale.

¹¹⁴Cass. soc., 18 oct. 1972, *Bull. civ.*, V, n° 558, p.507.

¹¹⁵L'audience mesurée par le résultat aux élections professionnelles sera très tôt intégrée comme élément d'appréciation (V. supra note n°80) en complément du critère légal des effectifs considéré comme prépondérant lors de l'adoption de la loi de 1950 en ce qu'il mesurait le nombre de salariés qui s'engageaient en adhérant au groupement syndical. L'appréciation de l'activité réelle et suffisante du syndicat se « substituera » à la stricte appréciation de l'expérience et de l'ancienneté, susceptible d'entraver l'action et le développement d'organisations récentes (V. Jean-Maurice VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, p.580). La mention de l'influence du syndicat, conjuguée à d'autres signes de représentativité, apparaîtra également dans les motivations des décisions (V. notamment Cass. soc., 5 mai 1998, obs. Jean SAVATIER, *Dr. soc.* 1998, p. 726 ; Cass. soc., 13 avr. 1999, obs. Georges BORENFREUND, *Dr. soc.* 1999, p.643). Le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation, instauré à la Libération par la circulaire Parodi, perdra de son actualité et sera jugé obsolète.

¹¹⁶Sur la construction du principe de concordance : Franck PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, p.386 et s.

¹¹⁷Cass. soc., 5 nov. 1986, *Bull. civ.*, V, n°513, p.389. Le caractère cumulatif sera en revanche expressément affirmé dans les lois de 2008 et de 2014 (V. infra).

¹¹⁸V. Georges BORENFREUND, *op. cit.*, obs. sous Cass. soc., 13 avr. 1999. L'auteur rappelle les lignes directrices adoptées par la jurisprudence de l'époque dans l'appréciation des critères.

¹¹⁹Cass. soc., 3 déc. 2002, comm. Jean-Maurice VERDIER, « Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Dr. soc.* 2003, p.298.

¹²⁰Stamatina YANNAKOUROU, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p.120.

« ordinaires », qui ne peuvent désormais être signées que par des organisations syndicales du côté des salariés¹²¹, et les conventions susceptibles d'extension signées par les organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives pour l'ensemble du territoire¹²².

Sous le régime de la loi de 1919 repris en 1936¹²³, les conventions ordinaires ne liaient que les membres des groupements signataires tant du côté employeur que du côté des salariés et à condition qu'ils n'aient pas démissionné du groupement dans un certain délai à compter de la signature de la convention¹²⁴. La loi de 1919 disposait toutefois que si une seule des parties au contrat de travail était liée par la convention, les clauses de cette dernière étaient réputées s'appliquer aux rapports nés du contrat de travail, à défaut de stipulation contraire¹²⁵. Cette dernière disposition permettait notamment au chef d'entreprise, s'il le souhaitait, de faire profiter de la convention à ses salariés non syndiqués.

La loi de 1950 va plus loin en renforçant la force contraignante des conventions ordinaires. La faculté de démissionner au moment de la signature est supprimée mais surtout la loi introduit une différence fondamentale avec le régime antérieur en disposant que « *Lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui* »¹²⁶. Cette disposition, qui forme toujours le droit commun des rapports entre accords collectifs et contrat de travail¹²⁷, étend automatiquement les effets de la convention à tout le personnel dont l'employeur est lié par la convention, y compris donc aux salariés non membres des syndicats signataires¹²⁸. Cette règle explique que désormais le critère d'application des conventions et accords collectifs de travail résidera dans la seule identité de l'employeur qui par son engagement - direct ou résultant d'une

¹²¹Dans la loi de 1919, cette faculté était offerte à tout groupement tant du côté salarial que patronal. La loi de 1950 introduit une distinction entre organisations de salariés et d'employeurs et ne réserve pas la capacité de contracter aux seules organisations syndicales du côté patronal. Tout autre groupement d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement peuvent valablement conclure un accord collectif (*C. trav.*, art. 31 a. anc., réd. L. du 11 fév. 1950). V. Paul DURAND, « La conclusion des conventions collectives de travail par les associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901 », *Dr. soc.* 1950, p.357.

¹²²V. *C. trav.*, art. 31 f. anc., réd. L. du 11 fév. 1950. Il est à noter que, contrairement aux conventions ordinaires, la composition de la commission mixte chargée de négocier et conclure la convention susceptible d'extension vise les « *organisations syndicales* », y compris du côté employeur. Cette « dualité de statuts » que l'on retrouve dans une lecture littérale des actuels articles L. 2231-1 (capacité à négocier les conventions « ordinaires ») et L. 2261-19 (conditions d'extension des conventions et accords) du Code du travail a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine et de certaines interventions jurisprudentielles (V. notamment CE, avis du 1^{er} mars 1951, *Dr. soc.* 1951, p.252) sur lesquelles nous reviendrons au cours de notre étude.

¹²³V. étude 26 supra.

¹²⁴V. *C. trav.*, art. 31 k. anc., réd. L. du 25 mars 1919.

¹²⁵V. *C. trav.*, art. 31 r. anc., réd. L. du 25 mars 1919.

¹²⁶*C. trav.*, art. 31 e. anc., réd. L. du 11 fév. 1950.

¹²⁷V. *C. trav.*, art. L. 2254-1.

¹²⁸V. Cass. soc., 17 juil. 1956, *D.* 1957, p.509, note Jean BRETHER DE LA GRESSAYE ; Cass. soc., 19 avr. 1963, *Dr. soc.* 1964, p.194, obs. Jean SAVATIER.

adhésion syndicale - déterminera le champ d'application de l'acte conventionnel¹²⁹. L'adhésion syndicale du salarié est, quant à elle, « *un facteur indifférent* »¹³⁰. Dans une étude marquante, le Professeur Gérard Lyon-Caen estimait, à ce propos, que « *l'intérêt à se syndiquer est rendu négligeable du fait que la loi déclare la convention collective applicable à tous les salariés de tout établissement compris dans son champ d'application, membres ou non du syndicat signataire* » et que « *la faiblesse du mouvement syndical français est donc d'abord inscrite dans la loi* »¹³¹.

Dorénavant, la convention produit donc un effet *erga omnes*¹³² à l'égard des salariés en dehors de tout acte positif d'extension pris par arrêté ministériel, alors que du côté patronal la convention ordinaire continue de produire un simple effet *inter partes*¹³³ (ce n'est que par l'extension ministérielle que la convention collective produira un effet *erga omnes* à l'égard des employeurs compris dans le champ d'application de la convention).

Cette extension de plein droit des effets de la convention ordinaire à l'ensemble des salariés affirme le caractère réglementaire de la convention et permet opportunément d'unifier le statut du personnel d'un même employeur mais sans que la loi n'exige pour autant qu'elle soit conclue par les organisations syndicales représentatives, contrairement aux conventions susceptibles d'extension. La loi de 1950 « minimise » ainsi l'usage de la représentativité que la loi de 1936 avait introduit pour « *marquer l'ébauche du passage du contrat à la règle de droit* » en matière de convention collective¹³⁴. La doctrine la plus autorisée à l'époque critiqua vivement cette solution¹³⁵ qui, contrairement au principe de la liberté syndicale, donne le pouvoir aux syndicats ouvriers « *de faire la loi aux non syndiqués* »¹³⁶ en étendant, sans décision de l'autorité publique, la convention aux salariés non membres des organisations signataires mais qui, surtout, pouvait inciter les employeurs à faire échec aux grandes organisations syndicales représentatives en négociant des accords souvent moins onéreux avec des organisations minoritaires non représentatives.

¹²⁹V. supra note n°14.

¹³⁰Alain SUPLOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p.63 et spéc.p.66.

¹³¹Gérard LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p.5 et spéc. p.7.

¹³²L'expression latine *erga omnes* signifie « à l'égard de tous » et est utilisée pour marquer l'opposabilité absolue (même à l'égard des tiers, que sont ici les salariés non syndiqués) de certains droits ou certains actes (Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, p.414).

¹³³L'expression latine *inter partes* signifie « entre les parties » et est utilisée pour marquer l'effet relatif des contrats ou des jugements dont le caractère obligatoire ou l'autorité n'existe en principe qu'à l'égard des parties au contrat ou à l'instance et non à l'égard des tiers (Gérard CORNU, *op. cit.*, p.568).

¹³⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op. cit.*, p.121. V. également étude 26 supra.

¹³⁵V. Paul DURAND, « *La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives de travail* » (article en trois parties), *Dr. soc.* 1950, deuxième partie p.155 et spéc. p.161.

¹³⁶Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, note sous Cass. soc., 17 juil.1956, *D.* 1957, p.509.

La loi de 1950 permettra malgré tout un remarquable essor de la négociation collective jusqu'aux années 1965-1970¹³⁷, et ce dans de nombreux secteurs d'activité qui seront désormais intégrés dans le droit commun des conventions collectives¹³⁸.

32. Une moralisation. Esquissant « *l'architecture du droit conventionnel moderne* »¹³⁹, la loi du 13 juillet 1971¹⁴⁰ proclame la reconnaissance du « *droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales* »¹⁴¹. Elle comporte plusieurs mesures destinées à « *moderniser* »¹⁴² le droit conventionnel « *à qui l'on entend demander des services accrus* »¹⁴³. Elle élargit notamment le domaine des conventions collectives de travail aux garanties sociales¹⁴⁴, aligne le régime juridique des accords d'entreprise ou d'établissement sur celui des conventions collectives¹⁴⁵ et assouplit la procédure d'extension¹⁴⁶.

La loi de 1971 fait également oeuvre de « *moralisation* »¹⁴⁷ de la négociation collective en généralisant la condition de représentativité des organisations syndicales de travailleurs pour la signature des conventions collectives de travail ordinaires. L'article 31 a. du Code du travail¹⁴⁸, issu de l'article 2 de la loi, dispose que désormais, du côté salarial, seules des

¹³⁷V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir.G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°36-37 pp.57-60.

¹³⁸L'article 31. du Code du travail intègre désormais une liste des professions relevant du droit commun des conventions collectives alors que la loi de 1936 relative aux conventions susceptibles d'extension ne visait que les branches de l'industrie et du commerce (V. étude 26 supra). Nous reviendrons sur ce point au cours de notre étude.

¹³⁹Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566. Nous reviendrons sur le contexte d'élaboration de la loi de 1971 qui fût fortement inspirée par le projet de « Nouvelle Société », plus contractuelle et moins règlementaire, mis en œuvre par Jacques Chaban-Delmas alors Premier Ministre de Georges Pompidou.

¹⁴⁰V. supra note n°12.

¹⁴¹V. actuel *C. trav.*, art. L. 2221-1. Le Conseil constitutionnel a reconnu dans la négociation collective une déclinaison du principe de participation des salariés visé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (V. Franck PETIT, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », *Dr. soc.* 2015, p.952 ; Valérie BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015, p.960 ; Isabel ODOUL-ASOREY, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », *Dr. soc.* 2015, p.987).

¹⁴²Albert MARCENET, Rapport au nom de la Commission des Affaires Culturelles de l'Assemblée Nationale n°1704 sur le projet de loi, p.3. Il est intéressant de souligner cette phraséologie que l'on retrouvera dans l'intitulé de nombreuses lois ultérieures, le législateur n'ayant cessé de « moderniser » ou « rénover » le droit de la négociation collective pour l'adapter aux évolutions du monde du travail.

¹⁴³*Ibidem*.

¹⁴⁴V. infra.

¹⁴⁵La loi de 1950 appréhendait seulement la notion d'accords collectifs d'établissement et les cantonnait dans un rôle mineur par rapport à la convention de branche. La loi de 1971 vise désormais « *les conventions d'entreprise ou d'établissement* » et marque un premier pas dans l'émancipation de la négociation d'entreprise que la loi du 13 novembre 1982 et les lois ultérieures poursuivront (V. infra).

¹⁴⁶Elle prévoit notamment la possibilité d'étendre les accords nationaux professionnels et interprofessionnels, V. infra.

¹⁴⁷Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.534.

¹⁴⁸Devenu l'article L. 132-2 après la recodification de 1973 (V. supra).

organisations syndicales représentatives pourront signer les conventions collectives de travail, la représentativité devant être prouvée, en application du principe de concordance, dans le champ d'application professionnel ou territorial de la convention ou résultant de l'affiliation à une organisation reconnue représentative au niveau national. La loi ne change rien du côté patronal « *pour lequel aucune exigence nouvelle de représentativité n'a été formulée* »¹⁴⁹. Cette solution permet de mettre fin aux « *manœuvres* »¹⁵⁰, déjà dénoncées lors de l'adoption de la loi de 1950¹⁵¹, qui permettaient l'application « *dans un nombre très appréciable d'entreprises* »¹⁵² de conventions conclues avec des organisations non représentatives, dont les dispositions n'étaient pas toutes favorables aux salariés et que les organisations les plus représentatives s'étaient refusées à signer.

Au-delà, nous pouvons souligner que la loi de 1971 consacre définitivement le caractère consubstantiel du droit conventionnel et de la représentativité. Comme le rappelait le Professeur Gérard Lyon-Caen, la représentativité était conçue, lors de son apparition en 1936, comme « *l'aptitude à être le porte-parole de ceux qui n'étaient pas représentés* »¹⁵³, rompant ainsi avec les mécanismes traditionnels de représentation du droit civil. Elle n'était de ce fait exigée que dans des circonstances exceptionnelles telles que l'extension de la convention collective qui s'appliquait alors à tous les membres du secteur professionnel considéré et, comme nous l'avons indiqué supra, pour répondre à un objectif « supérieur » d'organisation des professions. La loi de 1950 revenant aux principes posés en 1936 n'avait rien changé à cela. Or, la loi de 1971 fait désormais de la représentativité une condition générale de validité de tout accord collectif, voire « *un élément de sa définition* »¹⁵⁴. Le concept de représentativité est dès lors omniprésent dans le droit des conventions collectives et le syndicat représentatif devient l'« *agent d'exercice* »¹⁵⁵ du droit à la négociation collective fraîchement consacré¹⁵⁶.

¹⁴⁹Michel DESPAX, *op. cit.*

¹⁵⁰*Ibidem.*

¹⁵¹V. supra notes n°135 et 136.

¹⁵²Michel DESPAX, *op. cit.*

¹⁵³Gérard LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p.355.

¹⁵⁴Stamatina YANNAKOUROU, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p.122.

¹⁵⁵Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (dir.), *Syndicats et droit du travail*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p.3.

¹⁵⁶Le Conseil Constitutionnel refusera toutefois de reconnaître aux organisations syndicales un monopole de représentation des salariés en matière de négociation collective, permettant ainsi au législateur d'autoriser des modes dérogatoires de négociation tels que le mandatement d'un salarié ou la conclusion d'accords collectifs avec des représentants élus du personnel (Cons. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC, *D.* 1998, p.152, obs. Jérôme TRÉMEAU ; Marie-Laure MORIN « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p.25 ; *RTDciv.* 1997, p.785, obs. Rémy LIBCHABER), ainsi que le référendum (Cons. const., 21 mars 2018, n°2018-761 DC ; Bérénice BAUDUIN, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.* 2018, p.682).

33. Une transformation. Le droit des travailleurs à la négociation collective, affirmé par le législateur de 1971, est parachevé par la loi du 13 novembre 1982¹⁵⁷ qui crée une obligation de négocier dans les entreprises et au niveau de la branche ou de la profession. Cette obligation porte sur des domaines qui seront progressivement étendus¹⁵⁸ et s'accompagne d'exigences procédurales¹⁵⁹ destinées à organiser la phase de négociation préalable à la conclusion de la convention ou de l'accord¹⁶⁰. Un véritable droit de la négociation collective¹⁶¹ est ainsi érigé aux côtés du droit préexistant des conventions collectives de travail¹⁶². L'obligation de négocier permet désormais de conférer un plein exercice au principe constitutionnel de participation¹⁶³ et d'associer ainsi pleinement les travailleurs à la détermination collective des conditions de travail. Cette réforme ambitieuse - qui s'inscrit au

¹⁵⁷L. n°82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JORF 14 nov. 1982, p.3414.

¹⁵⁸La loi de 1982 introduit les premières obligations de négocier sur des thèmes majeurs tels que les salaires effectifs et le temps de travail. La négociation obligatoire connaîtra par la suite une évolution remarquable tant au niveau de l'entreprise que de la branche : ces domaines seront progressivement élargis (égalité professionnelle, emploi, formation...), sa périodicité sera accrue (négociations annuelles, triennales et quinquennales) et son caractère contraignant renforcé (accroissement des sanctions, notamment sous forme de pénalités financières pour les entreprises). La multiplication des obligations légales de négocier fera l'objet d'un effort de rationalisation de la part du législateur dans la loi du 17 août 2015 (L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF 18 août 2015, p.14346) puis d'une profonde rénovation dans la loi du 8 août 2016 (L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF 9 août 2016) et l'ordonnance du 22 septembre 2017 (Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF 23 sept. 2017) qui confèreront une certaine autonomie aux partenaires sociaux dans la fixation de la périodicité et du contenu des thèmes de négociations (V. Yannick PAGNERRE et Emeric JEANSEN, « L'obligation de négocier, de la loi au contrat collectif », *JCP S* 2017, 1314 ; V. également Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°s1758-1770, pp.899-905 sur la négociation obligatoire de branche et n°s1858-1937, pp.950-978 sur la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise et du groupe).

¹⁵⁹Outre l'objet et la périodicité des négociations, la loi précise notamment le statut des négociateurs (droit aux informations préalables à la négociation, règles d'indemnisation...).

¹⁶⁰La loi de 1982 distingue désormais expressément la convention collective qui a vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi [de formation professionnelle] et de travail ainsi que des garanties sociales, de l'accord collectif qui traite un ou des sujets déterminés dans cet ensemble. V. *C. trav.* art. L. 2221-1 et L. 2221-2 (la formation professionnelle a été ajoutée dans l'énumération des matières générales par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF 5 mai 2004, p.7983).

¹⁶¹La loi de 1982 marque le passage d'un droit « à » la négociation collective proclamé en 1971 à un droit « de » la négociation collective désormais organisé et contraignant (Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°278, p.523).

¹⁶²Nous rappelons toutefois que nous pouvons être amenés à utiliser par commodité l'expression « droit de la négociation collective » ou « droit conventionnel » de manière générique pour désigner l'ensemble des règles visées au Livre Deuxième de la Deuxième partie du Code du travail portant sur la négociation collective et les conventions et accords collectifs de travail (V. supra notes n°1 et n°8). La doctrine actuelle admet d'ailleurs, à ce propos, que l'ensemble normatif « étiqueté » sous l'expression « droit de la négociation collective » désigne « un corps de règles de droit ayant pour objet d'encadrer le processus de production de normes collectives par les partenaires (ou interlocuteurs) sociaux et le résultat normatif de cette production » (Patrice ADAM, « La négociation des conventions et accords collectifs de travail - A propos de la gestation des volontés collectives », *RJS* 06/2016, chron.).

¹⁶³V. supra note n°141. Le principe de participation édicté à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », garantit également l'existence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise (V. études précitées).

cœur du dispositif des lois Auroux guidées par la volonté d'instaurer une « *véritable citoyenneté dans l'entreprise* » et de permettre aux travailleurs de « *devenir les acteurs du changement* »¹⁶⁴ intervient toutefois dans un contexte de crise économique, qui amène le législateur à s'engager simultanément dans une transformation notable des principes du droit conventionnel qui prévalaient jusqu'alors.

La négociation collective s'est en effet construite sur une finalité sociale ou « *progressiste* »¹⁶⁵ visant à améliorer la condition des salariés et à compenser au plan collectif l'inégalité économique et juridique qui résulte du contrat de travail. Cette finalité est incarnée par le principe de faveur, consacré légalement dès 1936¹⁶⁶, qui veut qu'une convention ou un accord collectif, tout en ne pouvant déroger aux dispositions revêtant un caractère d'ordre public, puisse « *comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* »¹⁶⁷. Ce principe, qui s'applique en cas de conflit de normes entre la loi et la convention collective, a été transposé dans l'articulation entre normes conventionnelles¹⁶⁸ et illustre le caractère protecteur du droit du travail¹⁶⁹. Pendant de longues années, la négociation collective, portée par la croissance économique, a donc été avant tout une négociation

¹⁶⁴Jean AUROUX, Ministre du Travail, « *Les droits des travailleurs* », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Sept. 1981. Le législateur traduit dans les diverses « lois Auroux » de 1982 cette volonté de faire du salarié un véritable citoyen sur son lieu de travail en renforçant les mécanismes d'information, de représentation et d'expression et en garantissant l'exercice des libertés publiques individuelles au sein de l'entreprise. Les salariés deviennent également des acteurs du changement en pesant et en influant sur les décisions qui les intéressent directement grâce à un rôle accru des instances de représentation du personnel et au développement de la négociation au sein de l'entreprise. L'objectif plus général du législateur en matière de droit conventionnel est de donner un nouvel essor à la politique contractuelle de telle sorte que la très grande majorité des salariés soit couverte par des normes conventionnelles.

¹⁶⁵Ioannis KAPPOPOULOS, *Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle*, thèse, Lille II, 2010, p.22.

¹⁶⁶*C. trav.*, art. 31 *vc. anc.* (L. 24 juin 1936).

¹⁶⁷Actuel *C. trav.*, art. L. 2251-1. La doctrine a ainsi opéré une distinction entre l'ordre public « général » ou « absolu » auquel la convention ne peut déroger et un ordre public « social » ou « relatif » supportant la dérogation conventionnelle (ou contractuelle) dès lors qu'elle est favorable au ou aux salariés. Dans un avis du 22 mars 1973, rendu en assemblée générale, le Conseil d'Etat a donné la première définition des domaines de l'ordre public absolu et de l'ordre public social (*Dr. soc.* 1973, p.514). V. notamment Françoise FAVENNEC-HÉRY, « L'ordre public légal », *JCP S* 2016, 1126 ; Antoine JEAMMAUD, « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT* 2018, p.177.

¹⁶⁸V. Jean PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.389.

¹⁶⁹Qualifié de principe général du droit du travail par le Conseil d'Etat dans son avis de 1973 (V. *supra* note n°167) et de principe fondamental du droit du travail par la Cour de Cassation (Cass. soc., 25 nov. 1992, *Bull.civ.*, V, n° 573, p. 361), le principe dit de faveur n'a pas de valeur constitutionnelle (Cons. const., 13 janv. 2003, n°2002-465 DC, *D.* 2003, p.642). Selon le Conseil Constitutionnel, « *il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée* » (Cons. const., 29 avr. 2004, n°2004-494 DC, *RFDA* 2005, p.409, note Laurence DARDALHON). Sur l'évolution de la jurisprudence administrative, judiciaire et constitutionnelle concernant le principe de faveur : V. Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p.115 ; Sylvaine LAULOM, et Nathalie MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p.219 ; Antoine JEAMMAUD, « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT* 2018, p.177.

d'acquisition ou d'« *addition* »¹⁷⁰ consistant à améliorer le plancher légal par l'octroi de garanties et d'avantages supplémentaires aux salariés. Cette dérogation *in melius* était également la règle dans les rapports entre textes conventionnels¹⁷¹.

La fin de la période dite des trente glorieuses¹⁷², marquée par une dégradation de la situation économique et l'accélération des mutations technologiques, entraîne la recherche d'une plus grande flexibilité du travail, y compris au nom de la préservation de l'emploi. La négociation collective se transforme alors « *profondément* »¹⁷³. Elle devient un « *outil de gestion* »¹⁷⁴ chargé d'organiser les entreprises dans certains domaines¹⁷⁵ et plus particulièrement celui de la durée et de l'aménagement du temps de travail, qui permet une flexibilisation accrue de l'outil de production afin de s'adapter aux contraintes du marché. L'ordonnance du 16 janvier 1982¹⁷⁶ prévoit ainsi la possibilité d'insérer dans les conventions et accords collectifs des clauses dérogatoires à des dispositions légales ou réglementaires en matière de temps de travail, ouvrant la voie¹⁷⁷ à une longue série de réformes qui aboutiront à reléguer les dispositions légales et réglementaires au rang de normes supplétives en matière de durée du travail¹⁷⁸. Un accord étendu ou d'entreprise peut donc désormais écarter certaines dispositions légales ou réglementaires sans mettre en œuvre le principe de faveur, dès lors que le législateur l'autorise. Cette possibilité de déroger dans un sens qui n'est pas forcément

¹⁷⁰Jacques BARTHELEMY, « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.* 1988, p.554.

¹⁷¹V. supra note n°168. Conformément aux anciens articles L.132-13 et L.132-23 du Code du travail, la convention ou l'accord à champ limité ne pouvait contenir que des dispositions plus favorables que celles de la convention ou de l'accord à champ d'application plus large.

¹⁷²Les « *Trente Glorieuses* », selon l'expression de l'économiste français Jean Fourastié, désignent la période de forte croissance économique et d'amélioration des conditions de vie qu'a connue la grande majorité des pays développés entre 1946 et 1975. Les chocs pétroliers de 1973 et de 1979 marquent la fin de cette période.

¹⁷³Ioannis KAPPOPOULOS, *op. cit.*, p.19.

¹⁷⁴Jacques BARTHÉLÉMY, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p.580.

¹⁷⁵V. Gérard VACHET, « La fonction organisationnelle de la convention collective », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.559.

¹⁷⁶Ord. n°82-41 du 16 janv.1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, JORF 17 janv. 1982, p.295.

¹⁷⁷Une première possibilité de déroger aux dispositions réglementaires relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail par convention étendue avait été admise dans l'ordonnance du 27 septembre 1967 (Ord. n°67-830 du 27 sept. 1967 relative à l'aménagement des conditions du travail en ce qui concerne le régime des conventions collectives, le travail des jeunes et les titres-restaurant, JORF 28 sept. 1967, p.9557) mais cette faculté avait été peu utilisée. C'est essentiellement à partir de 1982 que la négociation « dérogatoire » se développe en raison du contexte économique (V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°144, p.250).

¹⁷⁸La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (V. supra note n°158) instaure une nouvelle architecture des normes en matière de durée du travail, de repos et de congés payés en distinguant les règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger, le champ renvoyé à la négociation collective qui devient prépondérant et les règles supplétives applicables en l'absence d'accord (*C. trav.*, art. L. 3111-3). V. notamment Françoise FAVENNEC-HÉRY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail » *Dr. soc.* 2016 p.892 ; Marc VÉRICEL, « Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail », *RDT* 2016, p.824 ; Michel MORAND, « Loi Travail et temps de travail », *SSL* 2016, n°1742, p.13.

favorable au salarié¹⁷⁹ s'accroîtra¹⁸⁰ et permettra aux partenaires sociaux « *de creuser d'immenses galeries conventionnelles en dessous ou à côté du plancher légal* »¹⁸¹. Inaugurant ainsi de nouveaux rapports entre le droit conventionnel et la loi, la négociation dérogatoire transforme la convention collective qui « *n'est plus seulement un acte juridique pouvant améliorer la situation des salariés en leur accordant des droits plus étendus que ceux qui sont consacrés par la loi* » mais qui peut désormais, « *dans certaines situations prévues par la loi, ôter aux salariés le bénéfice de droits légaux* »¹⁸². La loi perd donc, dans des cas déterminés par le législateur, « *son caractère impératif au regard des conventions collective* »¹⁸³ et la coexistence de normes d'origine professionnelle et de normes d'origine étatique - qui est une originalité de notre droit du travail¹⁸⁴ - évolue alors « *d'une situation de complémentarité vers une mise en concurrence* »¹⁸⁵.

Il convient toutefois de préciser, à ce stade, que malgré la place croissante qu'occupera la négociation collective dans l'élaboration des normes en droit du travail et la tendance accrue à favoriser son autonomie par rapport à la loi, notamment en glissant progressivement d'un système de dérogation encadrée - qui n'a pas à ce jour disparu¹⁸⁶ - vers un système de supplétivité de la norme légale, il n'y a pas, contrairement à un abus de langage courant, un renversement de la hiérarchie des normes en droit du travail. Dans le système constitutionnel actuel, le législateur continue en effet d'exercer une tutelle sur le droit conventionnel en définissant, notamment, le champ ouvert à la négociation collective, les conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords et en organisant les rapports de ces

¹⁷⁹La dérogation dans un sens défavorable au salarié est qualifiée de *in pejus* (ou pire) par opposition à la dérogation *in melius* (meilleure). Elle correspond « *à la suppression ou à la restriction de droits normalement conférés aux salariés* » (Mireille POIRIER, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p.885). La dérogation *in pejus*, qui constitue une entorse au principe de faveur, est rendue possible par le fait que ce dernier n'a pas une valeur constitutionnelle mais relève du domaine réservé au législateur au sens de l'article 34 de la Constitution (V. supra note n°169). Par conséquent, la loi peut « *ouvrir la voie à la prévalence d'une règle moins favorable aux salariés qu'une autre norme également applicable* » (Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p.115).

¹⁸⁰Le législateur multipliant, notamment à compter de 1986, les autorisations de déroger *in pejus* (V. Mireille POIRIER, *op. cit.*).

¹⁸¹Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p.887. Nous soulignons la métaphore architecturale du Professeur Ray qui rappelle qu'« *avant 1982, avec l'ordre public social on parlait volontiers de "plancher légal" au-dessus duquel les partenaires sociaux pouvaient construire une maison conventionnelle* », ces immenses galeries creusées désormais sous le plancher ou à côté de celui-ci pouvant remettre en cause « *la stabilité de l'ensemble de l'édifice* »... (V. sur des notions similaires, Michel DESPAX, « Les paradoxes de la négociation collective », *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.279)

¹⁸²Jean PÉLISSIER, « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p.96.

¹⁸³*Ibidem*.

¹⁸⁴V. Gérard LYON-CAEN, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89.

¹⁸⁵Mireille POIRIER, *op. cit.*.

¹⁸⁶V. Françoise FAVENNEC-HERY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2016, p.892.

derniers avec les lois et les règlements, ainsi que leur articulation¹⁸⁷. Qu'il s'agisse de dérogation aux lois et règlements ou de supplétivité de ces mêmes normes par rapport aux règles définies par voie de convention ou d'accord, il appartient donc toujours au législateur d'en fixer « les modalités et l'ampleur »¹⁸⁸.

Modifiant les relations entre droit conventionnel et droit légal, la tendance dérogatoire *in pejus* s'insinue également dans les rapports entre textes conventionnels eux-mêmes. Le principe de dérogation *in melius* aux conventions de portée plus large¹⁸⁹ reçoit, en effet, un premier tempérament dans la loi du 13 novembre 1982¹⁹⁰ qui admet que l'accord d'entreprise puisse déroger aux clauses d'un accord de niveau supérieur en matière salariale¹⁹¹. Il subira ensuite de nombreux assauts dans les domaines de la durée et de l'aménagement du temps de travail, terrain de prédilection de la négociation dérogatoire¹⁹².

¹⁸⁷V. *C. trav.*, Deuxième partie, Livre Deuxième.

¹⁸⁸Isabel ODOUL-ASOREY, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », *Dr. soc.* 2015, p.987. D'une manière plus générale, nous rappellerons que si le Conseil Constitutionnel a reconnu dans la négociation collective une déclinaison du principe de participation (V. supra note n° 141), il a cadré le rôle de celle-ci dans la production normative en droit du travail précisant « au fil du temps » le rôle du législateur dans la mise en œuvre du principe de participation et les rapports entre la loi et la négociation collective. Ainsi, et bien que le juge constitutionnel ait adopté une interprétation souple de l'article 34 de la Constitution fixant le domaine de compétence du législateur en laissant la possibilité à ce dernier de renvoyer à la négociation collective le soin de préciser les modalités d'application des normes qu'il édicte (notamment Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC), c'est bien le législateur et lui seul qui détermine ce qui relève du domaine de la loi et de celui de la négociation collective (V. Françoise FAVENNEC-HERY, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148 et « L'ordre public légal », *JCP S* 2017, 1126 ; V. également l'ensemble des études citées en note n°141).

¹⁸⁹V. supra note n°171.

¹⁹⁰V. supra note n°157.

¹⁹¹En vertu de l'art. L. 132-24 du Code du travail issu de la loi du 13 novembre 1982, « les clauses salariales des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise, à condition que l'augmentation de la masse salariale totale soit au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par les conventions ou accords précités pour les salariés concernés et que les salaires minima hiérarchiques soient respectés ». V. actuel *C. trav.* art. L.2253-4. Même si la doctrine a pu hésiter sur une véritable remise en cause du principe de l'avantage plus favorable en raison des garanties offertes par le texte (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », *JCP E* 23 janv. 1986 p. 14, cité par Georges BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p.626), cette première mesure ouvre la voie aux mécanismes dérogatoires sur le terrain conventionnel (Georges BORENFREUND, *op. cit.*).

¹⁹²L'aménagement de la durée du travail permet d'adapter l'organisation des entreprises à la demande du marché (V. supra) en dérogeant par exemple aux règles habituelles de recours aux heures supplémentaires (seuil de déclenchement, contingent, compensation...). Le droit de la durée et de l'aménagement du temps de travail a connu de très nombreuses évolutions depuis les années 1980 dont, notamment, les lois dites « Aubry I et II » du 13 juin 1998 et du 19 janv. 2000 (V. supra note n°90). Ce thème a servi de « laboratoire » aux mécanismes de dérogation tant vis-à-vis de la loi et des règlements, qu'entre sources conventionnelles de différents niveaux. La loi du 20 août 2008, qui comportait également un volet relatif à la durée du travail, a accentué les possibilités de dérogation par accord d'entreprise aux dispositions des accords de branche en matière de temps de travail avant que la loi du 8 août 2016 ne consacre, à quelques exceptions près, la prévalence de l'accord d'entreprise en la matière (V. Françoise FAVENNEC-HERY, « Réforme du temps de travail - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, 1461 et « Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation », *JCP S* 2016, 1293).

La négociation dérogatoire consacre donc une fonction nouvelle de la négociation collective qui se voit assigner, au-delà d'une fonction d'amélioration, une fonction d'adaptation destinée à concilier les impératifs de compétitivité économique et de progrès social. « *L'efficacité économique, dont dépend le progrès social* », justifiant alors « *peut-être la relativisation de l'ordre public social* »¹⁹³.

Cette négociation dérogatoire relève de la négociation de substitution qui autorise la convention ou l'accord collectif à remplacer les dispositions de la loi ou d'un accord de niveau supérieur par ses propres dispositions¹⁹⁴ et qui peut également se matérialiser sous forme de concessions réciproques¹⁹⁵. Dans ce dernier cas, l'accord recherché est davantage un accord « *donnant-donnant* »¹⁹⁶ dans lequel chacune des parties fait à la fois des concessions et soutient des revendications. Ce type d'accord révèle une conception différente des rapports entre les parties à la négociation. L'idée traditionnelle selon laquelle « *les concessions venaient toujours de l'interlocuteur patronal* »¹⁹⁷ évolue. Désormais l'employeur a également ses revendications, le coût du progrès social devant être « *payé par des accroissements de productivité* »¹⁹⁸. Répondant « *aux revendications des uns et des autres* »¹⁹⁹, la négociation devient alors « *un outil de cogestion* »²⁰⁰ destiné « *à adapter les normes juridiques générales aux contraintes spécifiques* »²⁰¹ et plus particulièrement aux besoins productifs des entreprises. Ce mouvement s'accompagne logiquement d'une « *décentralisation de la négociation collective* »²⁰² vers l'entreprise et d'une plus grande « *flexibilité au sein du champ conventionnel* »²⁰³.

Reconnu pour la première fois par la loi de 1950 qui ne lui accordait qu'une place « *résiduelle* »²⁰⁴ dans la hiérarchie des conventions collectives²⁰⁵ puis devenu autonome en

¹⁹³Jacques BARTHELEMY, « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.* 1988, p.554.

¹⁹⁴V. Jean-Emmanuel RAY, « Les accords sur le temps de travail », *Dr. soc.* 1988, p.108.

¹⁹⁵V. Jacques BARTHELEMY, *op. cit.*

¹⁹⁶Raymond SOUBIE, « Quelques observations sur les accords "donnant-donnant" », *Dr. soc.* 1985, p.615.

¹⁹⁷Raymond SOUBIE, « La négociation collective : déclin ou renouveau », *Dr. soc.* 1984, p.671.

¹⁹⁸*Ibidem*. Ce type d'accord s'est également développé dans le cadre de la préservation de l'emploi.

¹⁹⁹Bernard TEYSSIÉ, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 577 et spéc. pp.578-579.

²⁰⁰*Ibidem*.

²⁰¹Jacques BARTHELEMY, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p.580.

²⁰²Isabel ODOUL-ASOREY, « Un besoin de changement de paradigme de la négociation collective en France ? », *Regards et réflexions pluridisciplinaires sur la négociation collective*, Ouvrage collectif coordonné par Force Ouvrière, www.force-ouvriere.fr, 2015, p.18.

²⁰³Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009 p.887.

²⁰⁴Michel DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.* 1988, p.8 et spéc. p.9.

²⁰⁵V. C. trav., art. 31 n. anc., réd. L. 11 fév. 1950. La loi de 1950 utilise la terminologie d'« accords d'établissement » qu'elle cantonne à un simple rôle d'adaptation des dispositions préexistantes des conventions collectives nationales, régionales ou locales (V. supra note n°145).

1971²⁰⁶, l'accord d'entreprise ne cessera en effet de s'émanciper par rapport à la convention de branche sur laquelle le droit conventionnel s'était historiquement édifié²⁰⁷. Subissant dans un premier temps un « *mouvement oscillatoire* »²⁰⁸, qui a pu générer certaines incertitudes sur sa place dans notre système de relations sociales malgré les réformes opérées en 1982²⁰⁹, la négociation d'entreprise se débridera²¹⁰ avec la loi du 4 mai 2004 qui inverse le principe de la primauté de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise, permettant à ce dernier de déroger - *in melius* ou *in pejus*- aux normes conventionnelles supérieures²¹¹. Ce mouvement s'amplifiera avec les lois du 20 août 2008 et du 8 août 2016 qui substitueront, dans le domaine de la durée du travail, la technique de la supplétivité à celle de la dérogation²¹² avant que les ordonnances du 22 septembre 2017 et du 20 décembre 2017 ne généralisent le principe de

²⁰⁶V. supra note n°145.

²⁰⁷V. supra.

²⁰⁸Michel DESPAX, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.278.

²⁰⁹V. Gilles BÉLIER, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales », *Dr. soc.* 1988, p.724 ; Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise-quelques illustrations », *Dr. soc.* 1988, p.731.

²¹⁰V. Marie-Armelle SOURIAC, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579.

²¹¹La loi de 2004 émettait toutefois deux réserves : la convention de branche pouvait s'opposer expressément à la dérogation à l'aide de clauses de « non-dérogeabilité », également dites de « verrouillage », et certains domaines, qui par nature ne « *pouvaient prendre place que dans un cadre plus large que l'entreprise* », restaient de la compétence exclusive de la branche (garanties collectives de prévoyance, mutualisation des fonds de formation professionnelle, classifications, salaires minima). V. Marie-Armelle SOURIAC, *op. cit.* Malgré ces exceptions, la loi de 2004 bouleverse les règles de résolution des conflits entre conventions de branche et d'entreprise puisque jusqu'alors seuls des mécanismes dérogatoires très encadrés (V. supra) permettaient à l'accord d'entreprise de déroger. Désormais, la faculté pour l'accord d'entreprise de déroger à l'accord de branche est érigée en principe et la « primauté » de l'accord de branche ne demeure que dans des cas exceptionnels.

²¹²La loi du 20 août 2008 supprime la possibilité pour la branche de s'opposer à la primauté de l'accord d'entreprise dans certaines matières relevant du droit de la durée du travail. La prévalence de l'accord d'entreprise est expressément consacrée dès l'instant où le législateur délègue à la négociation collective le soin de définir les règles applicables dans ces matières (contingent d'heures supplémentaires, repos compensateur de remplacement, conventions de forfait, compte épargne temps, annualisation) par « *une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ». La loi précise, par ailleurs, qu'à défaut d'accord collectif, un décret détermine à titre supplétif la règle. La loi du 8 août 2016 multipliera, dans le domaine de la durée du travail et des congés, les hypothèses où la nouvelle répartition loi-accord collectif et la nouvelle articulation accord de branche-accord d'entreprise interviendront, au point de généraliser, dans ces matières, la supplétivité des normes légales et réglementaires par rapport à la norme conventionnelle et, au sein du champ conventionnel lui-même, la supplétivité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise (V. études citées en notes n°178 et 192 supra ; V. également pour une étude complète des rapports entre accord de branche et d'entreprise jusqu'à la loi de 2008 : Gérard VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p.896).

prévalence de la convention d'entreprise sur la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large²¹³.

Si l'accord d'entreprise se retrouve désormais « *au centre de gravité du droit du travail* »²¹⁴, permettant ainsi de forger « *des normes mieux adaptées aux réalités du terrain* »²¹⁵, le droit de la négociation collective connaît plus globalement, depuis 2004, une « *désintégration* »²¹⁶ du modèle traditionnel d'articulation des normes conventionnelles entre elles. Le modèle pyramidal classique selon lequel l'accord de niveau supérieur devait prévaloir sur l'accord conclu au niveau inférieur, sauf dispositions plus favorables, a donc vécu²¹⁷.

Ces modifications profondes issues du « *tremblement de terre normatif* » de 1982 - qui a connu de nombreuses « *répliques sismiques* »²¹⁸ (...2004, 2008, 2016, 2017...) - consacrent ainsi l'« *ascendant pris par la négociation sur la loi* » et la « *redistribution des rôles au sein de l'ordre négocié* »²¹⁹, soulevant inévitablement la question de la légitimité de l'acte conventionnel conclu au niveau adéquat, ainsi que celle de la légitimité des acteurs de la négociation.

En effet, tant que la négociation reposait uniquement sur un ordre public social amélioratif basé sur le principe de faveur, la question du bien-fondé de l'accord négocié - du

²¹³L'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (V. supra note n°158), complétée par l'ordonnance « balai » n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (JORF 21 déc. 2017), a généralisé la suppléativité de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large par rapport à la convention d'entreprise. La « prévalence » de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large reste a priori assurée dans 13 matières dites du « bloc 1 », sous réserve de « *garanties au moins équivalentes* » présentes dans la convention d'entreprise (C. trav., art. L. 2253-1), tandis que dans quatre autres matières dites du « bloc 2 », la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large conserve la possibilité de moduler son propre effet impératif par le biais de clauses de verrouillage, celles-ci pouvant être neutralisées lorsque la convention d'entreprise conclue postérieurement assure là aussi des garanties au moins équivalentes (C. trav., art. L. 2253-2). Dans les matières dites du « bloc 3 » correspondant à tous les domaines de la négociation collective autres que les matières du bloc 1 et 2, la prévalence de la convention d'entreprise sur la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large est désormais la règle (C. trav., art. L. 2253-3). V. notamment Jean-François CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306 ; Cécile NICOD, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017, p.657 ; Gilles AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.* 2017, p.1018 ; Alexis BUGADA, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S* 2018, 1056.

²¹⁴Paul-Henri ANTONMATTÉL, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p.1027.

²¹⁵Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°1710, p.865.

²¹⁶Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579.

²¹⁷Dans un ANI du 31 octobre 2015 relatif aux négociations collectives, les partenaires sociaux avaient ouvert la voie en proposant de clarifier la place et le rôle de chacun des niveaux de négociation, ce qui conduisait à revoir les règles d'articulation (V. Marie-Laure MORIN, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p.11). Ils se mobilisèrent à nouveau dans la « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective » qui préfigura l'adoption de la loi du 4 mai 2004 (*Dr. soc.* 2003, p.92).

²¹⁸Gilles BÉLIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. Droit Vivant, Wolters Kluwer, Paris, 6e éd., 2018, p.10.

²¹⁹Marie-Armelle SOURIAU, « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, p.14.

moins du côté des salariés - et de la représentativité réelle des acteurs importait finalement « *assez peu* »²²⁰. La communauté des travailleurs était persuadée des bienfaits d'avancées conventionnelles, négociées pour la plupart du temps au niveau supérieur, dans le cadre d'un système de représentation collective qui ne souffrait alors d'aucune contestation, puisqu' « *au pire, c'était mieux* »²²¹. Dès l'instant où le droit conventionnel n'a plus été à sens unique, transformant le « *toujours plus* » en « *souvent moins* »²²² et conduisant parfois à des situations paradoxales où le droit à négocier les conditions de travail et les garanties sociales -renforcé par l'obligation de négocier- pouvait être « *facteur de régression sociale* »²²³, la question de l'acceptabilité de la norme négociée est devenue une préoccupation majeure des acteurs de la négociation collective, devenus entre-temps de véritables « *interlocuteurs sociaux* »²²⁴. Cette question de l'acceptabilité, et plus globalement celle du rôle normatif désormais prépondérant de l'acte conventionnel adaptant la règle générale à la variété des situations²²⁵, ont entraîné une remise en cause des conditions mêmes de la négociation et de la conclusion des accords.

34. Une remise en question. Dans le système pyramidal de faveur existant jusqu'alors, la garantie d'adhésion des salariés à l'accord collectif n'avait pas à être recherchée et, comme le soulignait un auteur, la logique de départ sur laquelle les relations professionnelles s'étaient construites ne favorisait guère « *l'existence de liens forts entre agents d'exercice du droit à la négociation collective et titulaires de ce droit* »²²⁶. Cette distanciation était la résultante de trois facteurs : l'effet *erga omnes* de la convention, la règle de l'unicité de signature²²⁷ et la présomption de représentativité, dont le jeu combiné permettait que s'impose « *la loi de la*

²²⁰Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER Le GOFF, *op.cit.*

²²¹Jean-Emmanuel RAY, « La négociation collective », introduction au colloque sur la Démocratie syndicale, *Doc. D'information de l'An 2000*, n°2323, p.34 et s., cité par Albert ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.409.

²²²Jean-Emmanuel RAY, « La négociation d'entreprise : quel avenir ? », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.446.

²²³Michel DESPAX, « Les paradoxes de la négociation collective », *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.278.

²²⁴Le rôle de la négociation collective n'étant plus uniquement d'obtenir des garanties complémentaires pour les salariés afin de rétablir l'inégalité originelle issue du contrat de travail (V. supra), les rapports entre acteurs syndicaux et patronaux sont devenus plus réciproques les transformant -souvent par nécessité- en de véritables interlocuteurs (V. sur ce point Bernard TEYSSIE, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 577 et spéc. p.578).

²²⁵Depuis 2004, la question n'est plus uniquement posée en termes d'accroissement ou de réduction de droits mais en terme d'autonomie de l'acte conventionnel dans la production normative. Il ne s'agit pas, en effet, de faire obligatoirement « *mieux* », ni nécessairement « *pire* » mais il s'agit de « *faire différent* » par accord des parties (Jean-Frédéric POISSON, « Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, p.157).

²²⁶Georges BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.431.

²²⁷La signature d'un seul syndicat représentatif suffit à la validité de l'accord collectif.

minorité »²²⁸. Ce système montrait ses limites face aux mutations profondes du droit conventionnel qui supposaient que l'accord collectif « *puisse faire seul la loi des parties* »²²⁹ et donc que l'adhésion réelle de ces dernières puisse être vérifiée.

Une première correction avait été apportée par la loi du 13 novembre 1982 elle-même, qui avait introduit un droit d'opposition aux accords dérogatoires pour les organisations syndicales non signataires « *à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel* »²³⁰. La condition de majorité des électeurs inscrits, certes légèrement assouplie par la jurisprudence²³¹, a pu laisser penser que ce droit avait été « *conçu pour ne jamais servir* »²³² en regard du taux d'abstention généralement constaté aux élections professionnelles. Il n'en demeure pas moins qu'il enclenchait un processus de légitimation qui allait progressivement conduire à l'adoption du principe majoritaire dans les règles de validité des conventions et accords collectifs. Etendu aux avenants de révision réduisant ou supprimant un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs par la loi du 31 décembre 1992²³³, le droit d'opposition allait être favorisé par la loi du 4 mai 2004 qui le généralisait à tous les accords quel que soit leur niveau de conclusion et leur contenu (et plus uniquement les accords dérogatoires)²³⁴. Mais la loi de 2004 allait surtout commencer, au moins sur le principe, à renverser la logique d'une majorité opposition, jugée négative par de nombreux auteurs²³⁵, en

²²⁸Georges BORENFREUND, *op. cit.*

²²⁹Jacques BARTHÉLÉMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907.

²³⁰*C. trav.*, art. L.132-26 anc., réd. L. 13 nov. 1982. V. notamment Michel DESPAX, « L'exercice du droit d'opposition de l'article L. 132-26 du Code du travail à l'encontre de deux accords sur la durée et l'aménagement du temps de travail prenant la suite d'accords où ces deux questions ont été précédemment liées », *Dr. soc.* 1991, p.292.

²³¹Les voix à comptabiliser sont celles du premier tour de scrutin lorsque le quorum y est atteint. Seuls sont à prendre en compte les résultats intéressant l'élection des titulaires ; Cass. soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p.104, obs. Jacques BARTHÉLÉMY.

²³²Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p.887.

²³³L. n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF 1^{er} janv. 1993, p.19. V. *C. trav.*, art. L.132-7 anc., réd. L. 31 déc.1992.

²³⁴Le droit d'opposition est en outre facilité dans loi de 2004 par une modification des modalités de décompte des suffrages au niveau de l'entreprise : la majorité se vérifie désormais par rapport aux suffrages exprimés et non plus par rapport aux électeurs inscrits, neutralisant ainsi l'effet d'abstention aux élections professionnelles. Au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel, le droit d'opposition est octroyé à la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord sans référence, pour l'instant, à une notion de suffrage.

²³⁵La majorité d'opposition mesure en effet « négativement » la légitimité des signataires de l'accord à travers l'audience des non signataires. Elle remplit en cela assez mal l'objectif de légitimation de la négociation collective (V. notamment Georges BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.431 ; Albert ARSEQUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.411).

une majorité d'engagement²³⁶. Suggérée par les partenaires sociaux eux-mêmes²³⁷, la règle de signature des accords collectifs par des organisations majoritaires sera accentuée par la loi du 20 août 2008, puis par la loi du 8 août 2016 et l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, qui fixent l'état du droit actuel sur les règles de conclusion et de validité des accords collectifs²³⁸.

La majorité d'opposition puis celle d'engagement ont profondément modifié les conditions de conclusion des accords collectifs, certains auteurs voyant en l'accord majoritaire une véritable « révolution »²³⁹. Visant à « compléter la licéité d'un accord par sa légitimité »²⁴⁰, l'émergence progressive du principe majoritaire a également apporté « une modification importante à la conception traditionnelle de la représentativité syndicale »²⁴¹. En effet, si le droit d'opposition a été conçu dans un premier temps comme un correctif à la règle d'unicité de signature - « sans remettre en cause le pouvoir de chaque syndicat représentatif, pris individuellement, de conclure un accord collectif »²⁴²- la fonction principale reconnue à la représentativité en 1936 puis en 1971 s'est alors dédoublée au point de créer une véritable « représentativité d'opposition »²⁴³. La représentativité du syndicat signataire ne suffit plus désormais pour engager l'ensemble de la collectivité des travailleurs. L'accord ne sera valable qu'en l'absence d'opposition des organisations représentatives non signataires ayant recueilli la majorité des suffrages. L'avènement de la majorité « positive » d'engagement achèvera de

²³⁶Pour des développements sur les règles de majorité d'opposition et d'engagement aux différents niveaux de la négociation collective dans la loi de 2004, V. notamment Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p.590.

²³⁷V. art. I-2 de la « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective » (V. *Dr. soc.* 2003, p.92) et art. 5 de la « Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme » (V. « Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », par M. Jean-Frédéric POISSON, Député, Ass. Nat., 25 juin 2008, annexe 2, p.299).

²³⁸La validité de l'accord, quel que soit son niveau de conclusion, est désormais fondée sur l'audience électorale des organisations syndicales de salariés représentatives mesurée d'après les suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles (V. *C. trav.*, art. L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-12). Au niveau interprofessionnel et au niveau de la branche, l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, la validité de l'accord est désormais soumise à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés (avec une possibilité de « rattrapage » pour les accords signés par une minorité qualifiée de plus de 30 % par le biais d'une consultation directe des salariés visant à valider l'accord).

²³⁹Jean-Emmanuel RAY, « La négociation d'entreprise : quel avenir ? », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.465.

²⁴⁰*Ibidem*.

²⁴¹Jean SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Etudes offertes à Gérard Lyon Caen*, Dalloz, 1989, p.185.

²⁴²Albert ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, pp.410-411.

²⁴³*Ibidem*.

transformer les liens entre la représentativité syndicale et la règle de validité des accords collectifs en ajoutant à la condition de représentativité une nouvelle exigence de légitimité mesurée au travers de l'audience électorale des signataires²⁴⁴.

Cette remise en cause des conditions de validité de la norme négociée, sous fond de recherche d'une plus grande légitimité, s'est également accompagnée d'une remise en cause des conditions d'accès à la représentativité elle-même dans un contexte de désengagement syndical de plus en plus prononcé, qui ne permettait plus aux règles dégagées après-guerre de garantir une légitimité suffisante des négociateurs²⁴⁵. La réforme de la représentativité allait donc être considérée comme une condition substantielle du mouvement d'autonomisation et de renforcement de la négociation collective entamé depuis 1982.

35. Une rénovation. Alimentant les débats au sein de la doctrine la plus autorisée²⁴⁶, la question de la réforme de la représentativité syndicale a conduit, dans un premier temps, à explorer deux scénarii alternatifs consistant pour l'un à adapter le régime existant au travers d'une mise à jour et d'un regroupement des critères de la représentativité prouvée²⁴⁷, ainsi que d'une révision périodique de la liste des organisations bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité, pour l'autre à transformer profondément les règles établies en supprimant purement et simplement le système de représentativité présumée et en ne retenant qu'un seul mode de reconnaissance basé sur le vote des salariés²⁴⁸. Conscients que le système était « *à bout de souffle* »²⁴⁹ et ne permettait plus « *une rencontre authentique de volonté entre collectivités de salariés et syndicats* »²⁵⁰, les partenaires sociaux prirent eux-mêmes position, le

²⁴⁴Qu'il s'agisse de la « minorité qualifiée » d'engagement d'au moins 30 % pour les accords de branche et interprofessionnels ou de la « vraie majorité » d'engagement conditionnant la validité des accords d'entreprise (V. supra note n°238).

²⁴⁵La désyndicalisation croissante constatée depuis la fin des trente glorieuses, doublée de l'émergence de nouveaux cercles de représentation (SUD, Solidaires... V. supra note n°75) qui revendiquaient également leur place dans les négociations, ne permettait plus de garantir une adéquation suffisante entre les règles d'acquisition de la représentativité syndicale, basée en grande partie sur la représentativité présumée des cinq grandes confédérations (V. étude 29 supra), et la représentation réelle de la collectivité de travail. Comme nous l'avons indiqué supra, des accords pouvaient être négociés par des syndicats qui étaient en réalité très minoritaires, notamment au niveau de l'entreprise, mais qui bénéficiaient malgré tout d'un droit quasi exclusif d'engagement de la collectivité grâce à une représentativité empruntée...

²⁴⁶V. Jean-Maurice VERDIER et Albert ARSEGUEL, « Quelle réforme de la représentativité syndicale ? », *RDT* 2006, p.284.

²⁴⁷Que la jurisprudence avait déjà largement effectué (V. étude 30 supra)

²⁴⁸V. Raphaël HADAS-LEBEL, « *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, pp.80-92. Dans le scénario de transformation, le rapport explore la possibilité d'utiliser les différents types de scrutins tels que les élections prud'homales ou les élections professionnelles.

²⁴⁹Marie-Laure MORIN, « L'articulation entre la loi et la négociation : quel rôle pour l'Etat », in Jocelyne BARREAU (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.137.

²⁵⁰Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p.712.

9 avril 2008²⁵¹, pour un nouveau mode de mesure de la représentativité valorisant l'audience électorale et une réforme en profondeur des conditions d'acquisition de la qualité représentative²⁵².

Abstraction faite du volet relatif au temps de travail - considéré par les syndicats comme une nouvelle remise en cause des 35 heures - la loi du 20 août 2008 reprend assez fidèlement les principes dégagés par les partenaires sociaux²⁵³. Le législateur substitue ainsi au double système d'acquisition de la représentativité jusqu'alors en vigueur, un mode unique d'acquisition basé sur sept critères généraux cumulatifs²⁵⁴ que les organisations syndicales devront désormais démontrer et qui seront appréciés aux différents niveaux de négociation (entreprises et établissements, groupe, branche professionnelle, niveau national et interprofessionnel²⁵⁵). Cette généralisation de la représentativité prouvée entraîne une

²⁵¹« Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme », V. supra note n°237. La position commune est issue du mécanisme de l'article L. 1 du Code du travail, institué par la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JORF 1^{er} fév. 2007, p.1944), qui consacre le principe d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel sur tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation (V. infra).

²⁵²La position commune propose une nouvelle liste de critères de la représentativité intégrant l'audience établie à partir des résultats aux élections professionnelles et la suppression de la présomption irréfutable de représentativité (V. notamment Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p.771 ; Georges BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p.360 ; Bernard GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, act. 197 ; Manuela GRÉVY, Elsa PESKINE, Sophie NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *RDT* 2008, p.431). Le CESE s'était également prononcé en ce sens dans son avis du 29 novembre 2006 (CES, avis du 29 novembre 2006, « *Consolider le dialogue social* », présenté par Paul AURELLI et Jean GAUTIER, pp.9-15).

²⁵³V. Antoine BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social », *Dr. soc.* 2008, p.823.

²⁵⁴*C. trav.*, art. L. 2121-1 : « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations ». L'exigence cumulative est cependant appréciée de manière relative par la Cour de Cassation, qui a retenu une interprétation compréhensive du texte. Pour la Chambre sociale, en effet, si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale (Cass. soc., 29 fév. 2012, n°11-13.748, *D.* 2012, p.687 ; p.2622, note Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *RDT* 2012, p.299, obs. Isabel ODOUL-ASOREY, *Dr. soc.* 2012, p.528, obs. Laurence PÉCAUT-RIVOLIER ; *JCP S* 2012, 1168, note Bernard GAURIAU).

²⁵⁵V. *C. trav.*, art. L. 2122-1 à L. 2122-10.

disparition « programmée » de la présomption irréfragable de représentativité²⁵⁶ et le renforcement corrélatif du principe de concordance dégagé par la jurisprudence²⁵⁷.

Sans nous livrer à une étude approfondie des mécanismes de la loi de 2008²⁵⁸, il convient de souligner que le critère essentiel de la réforme est l'audience électorale, que la jurisprudence avait ajoutée aux critères légaux²⁵⁹ et que le législateur consacre désormais expressément²⁶⁰. Le besoin d'une légitimation de la négociation collective et de ses acteurs, que nous avons précédemment souligné, « irrigue » en effet « puissamment »²⁶¹ la loi du 20 août 2008 qui vise pour cela à renforcer l'application des principes démocratiques dans les relations

²⁵⁶La loi a organisé une survie temporaire de la présomption de représentativité jusqu'aux premières mesures de l'audience électorale intervenant postérieurement à son entrée en vigueur. Ce régime transitoire a été adapté au calendrier des mesures d'audience prévues aux trois niveaux de négociation (interprofession, branches, entreprises et établissements) et a pris définitivement fin en 2017 (V. Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°93, pp.50-52). La jurisprudence a été amenée à préciser les règles applicables à la survie de la représentativité présumée et à sa coexistence avec la représentativité prouvée pendant cette période transitoire (V. Cass. soc., 8 juil. 2009, *Cah. Soc.* 2009, n°213, p.210, obs. Saïda NOUREDINE ; Cass. soc., 10 mars 2010, note Franck PETIT, « L'application dans le temps de la réforme de la représentativité syndicale », *JCP G* 2010, 421 ; Marie-Laure MORIN, « La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », *Dr. soc.* 2010, p.548 ; Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Grégoire LOISEAU, « L'entre-deux de la représentativité syndicale », *SSL* 2010, n°1438 ; Cass. soc., 18 mai 2011, *Dr. soc.* 2011, p.1002, obs. Franck PETIT).

²⁵⁷V. étude 30 supra. La généralisation du principe de concordance, induite par la disparition de la représentativité présumée, oblige désormais à apprécier la représentativité d'un syndicat dans le cadre et à la date à laquelle il exerce une prérogative qui suppose cette condition (V. Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Franck PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales - Enjeux et mesures de l'audience électorale », *Dr. soc.* 2010, p.1168). La loi de 2008 affirme pour cela l'unicité des critères de la représentativité quel que soit le niveau de son appréciation (V. supra notes n°s 254 et 255). Elle ajoute toutefois aux sept critères généraux, l'exigence d'une « *implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* » lorsque la représentativité est appréciée au niveau de celle-ci (*C. trav.*, art. L. 2122-5 2°) et que le syndicat soit représentatif « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* » lorsque la représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel (*C. trav.*, art. L. 2122-9 2°) ; V. nos développements infra.

²⁵⁸V. notamment Bernard GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale - Loi n°2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, 1448 ; Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p.712 ; Pierre RODIERE, Bernard BOUBLI, Stéphane BEAL, Philippe MASSON, « La démocratie sociale est-elle en marche ? », *SSL* 2008, n°1370 ; Françoise FAVENNEC-HÉRY, « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p.630 ; « L'accès à la représentativité », *JCP S* 2012, 1234 ; Jean-Michel OLIVIER, « Rapport de synthèse » (actes du colloque organisé, le 10 avril 2009, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II) sur le thème « La rénovation de la démocratie sociale »), *Dr. soc.* 2009, p.687 ; Marie-Laure MORIN, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2011, p.62.

²⁵⁹V. supra note n°80.

²⁶⁰L'audience est l'un des sept critères obligatoires instaurés par la loi (V. supra note n°254). Pour être représentative dans l'entreprise ou l'établissement, une organisation syndicale devra avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE, quel que soit le nombre de votants (un système d'addition des suffrages étant prévu pour mesurer la représentativité au niveau du groupe, V. *C. trav.*, art. L. 2122-4) ; 8 % des suffrages additionnés au niveau de la branche pour être représentative au niveau de la branche ; 8 % des suffrages additionnés au niveau national et interprofessionnel pour être représentative à ce niveau. Une loi du 15 octobre 2010 a par ailleurs complété la loi de 2008 en mettant en place un dispositif spécifique de mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés au sein desquelles aucune élection professionnelle n'est organisée (L. n°2010-1215 du 15 oct. 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JORF 16 oct. 2010, p.18569. V. *C. trav.*, art. L. 2122-10-1 et suiv.).

²⁶¹Bernard TEYSSIE, « À propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2009, p.627.

professionnelles. Portant « *renovation de la démocratie sociale* »²⁶², la réforme ambitionne de conférer à l'accord collectif²⁶³ et à ses auteurs « *une légitimité démocratique incontestable* »²⁶⁴, qui doit équivaloir à la légitimité dont la loi et le législateur sont investis par le truchement du suffrage universel²⁶⁵. Le vote des salariés devient ainsi un des fondements de la représentation syndicale²⁶⁶ et, comme le souligne le Professeur Jean-François Césaro, l'accès à la négociation collective devra désormais passer par « *l'épreuve des urnes* »²⁶⁷.

Si certains auteurs ont pu voir dans la loi de 2008 un aveu de la faiblesse du mouvement syndical français²⁶⁸, dont la légitimité n'a pu être garantie que par le test des élections (et encore seulement des votants...), elle a abouti, pour d'autres, à une « *réforme, sans précédent depuis l'après-guerre, des règles organisant la démocratie sociale* »²⁶⁹.

Quelle que soit l'opinion retenue, il est indéniable que la réforme a bouleversé profondément « *le socle du droit antérieur* »²⁷⁰. En mettant fin à la « *glaciation du système de représentativité décrétée d'en haut* »²⁷¹, la loi de 2008 autonomise en effet le champ de la représentation professionnelle, qui ne dépend plus désormais d'une reconnaissance étatique²⁷². Elle transforme l'accès à la représentativité en un combat permanent auquel toutes les organisations syndicales devront désormais se livrer, à égalité, pour obtenir le titre convoité et être légitimes aux yeux de la collectivité de travail. Elle favorise en cela l'entrée de nouveaux

²⁶²Nous rappelons l'intitulé de la loi du 20 août 2008 « *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* » (V. supra note n°2). Le concept de démocratie sociale, sur lequel nous reviendrons, recouvre plusieurs acceptions (V. Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S* 2012, 1233). Selon René Capitant, il peut se définir comme l'« *application des principes démocratiques au contrat* » (René CAPITANT, Jean-Pierre MORELOU, Marcel WALINE, *Ecrits Constitutionnels*, Editions du CNRS, 1982, p. 172). Pour les principes de démocratie sociale contenus dans la loi de 2008, V. notamment Bernard TEYSSIE, « À propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2009, p.627 ; Franck MOREL, « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », *Dr. soc.* 2009, p.885.

²⁶³Au travers du renforcement du principe majoritaire fondé sur l'audience (V. supra note n°238).

²⁶⁴Marie-Laure MORIN, « L'articulation entre la loi et la négociation : quel rôle pour l'Etat », in Jocelyne BARREAU (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.138.

²⁶⁵V. Marc SALESINA, *Contribution à l'analyse de l'influence des institutions représentatives du personnel sur les pratiques de gestion des ressources humaines dans le contexte français*, thèse, Nancy, 2012, p.8.

²⁶⁶V. Franck PETIT, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2018, p.141.

²⁶⁷Jean-François CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2009, p.658.

²⁶⁸V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907.

²⁶⁹Franck MOREL, « Perspectives de développement de la négociation collective », *JCP S* 2012, 1106.

²⁷⁰Évelyne COLLOMP, « La loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale - Bilan des deux premières années d'application », *Dr. soc.* 2011, p.60.

²⁷¹Gilles BÉLIER et Henri-José LEGRAND, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Editions Liaisons, coll. Droit Vivant, 2009, p.245.

²⁷²L'arrêté du 31 mars 1966 établissait un système où la représentativité était fixée par l'Etat qui avait dressé la liste des organisations reconnues représentatives au niveau national et les syndicats affiliés bénéficiaient de cette représentativité « *décrétée* » sans que la preuve contraire ne puisse être rapportée (V. étude 29 supra).

acteurs sur la scène des négociations et permet de prendre en considération l'ancrage réel du syndicat dans la collectivité de travail au travers d'une mesure renouvelée de son audience au sein de cette collectivité²⁷³. En remplaçant le système de représentativité descendante par un système ascendant dans lequel la représentativité au niveau supérieur est déterminée à partir de celle établie au niveau inférieur²⁷⁴, la loi permet en outre une représentation plus directe des salariés dans les niveaux supérieurs de la négociation collective. Le législateur prend ainsi le pari que la légitimité démocratique, garantie par l'élection au sein de la collectivité de travail, sera un facteur de développement de la négociation collective²⁷⁵.

Qu'il s'agisse de la légitimité directe de l'accord collectif, assurée par la majorité d'engagement, ou de sa légitimité indirecte, renforcée par une représentativité renouvelée des négociateurs, l'obligation de légitimité innervée désormais le droit conventionnel²⁷⁶. Elle ne pouvait donc concerner qu'une seule des parties à la négociation, à savoir les organisations syndicales de salariés, sans s'interroger sur la légitimité de la partie patronale.

²⁷³ Afin de garantir une certaine stabilité, la jurisprudence a toutefois précisé que la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral (Cass. soc., 13 fév. 2013, *Dr. soc.* 2013, p.374, obs. Franck PETIT ; *RDT* 2013, p.418, obs. Isabel ODOUL-ASOREY, *JCP S* 2013, 1164, note Émeric JEANSEN et Yannick PAGNERRE ; Cass. Soc., 19 févr. 2014, *D.* 2014, p.547 ; *RJS* 2014, n°412 ; *Dr. soc.* 2014, p.648, étude Julien ICARD ; *RDT* 2014, p.272, obs. Manuela GRÉVY ; *JCP S* 2014, 1121, étude Émeric JEANSEN et Yannick PAGNERRE ; Cass. soc., QPC, 16 juin 2021, *RJS* 2021, n°459, *RDT* 2021, p.593, obs. Lou THOMAS). La Cour de cassation a toutefois nuancé son propos pour les critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et de transparence financière qui doivent être satisfaits de manière permanente (Cass. soc., 14 nov. 2013, *D.* 2014, p.2374, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2014, p.84, obs. Christophe RADÉ ; p.180, obs. Franck PETIT ; *RDT* 2014, p.127, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; *Dr. ouv.* 2014, p.135, note F. CANUT ; *Lexbase soc.* 2013, n°549, obs. Christophe RADÉ).

²⁷⁴ L'audience est mesurée au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel par une addition des résultats des élections professionnelles dans les entreprises donc par les suffrages recueillis « à la base » et issus du vote des salariés (V. supra note n°260).

²⁷⁵ V. Franck MOREL, *op.cit.*

²⁷⁶ Pour une étude complète de la question de la légitimité de la norme en droit du travail, V. les actes du colloque organisé par l'Ecole de droit de Clermont-Ferrand le 13 octobre 2017, *Dr. soc.* 2018, p.118 et s.. Il convient de préciser que si la légitimité est basée sur l'adhésion des sujets de droit, elle ne doit pas être confondue avec l'autorité de la norme. La légitimité ne vise en effet qu'à permettre une plus grande acceptabilité de l'autorité de la norme. Un exemple frappant peut-être trouvé à l'article L. 2254-2 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui crée un régime unique pour les accords de compétitivité dénommés, depuis la loi de ratification du 29 mars 2018, « accords de performance collective » (L. n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* 31 mars 2018). Ces accords - dans lesquels nous osons voir une forme de quintessence de la négociation d'« adaptation » (V. supra) - ont acquis une grande puissance en se substituant de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail et en autorisant un licenciement « sui generis » du salarié qui s'opposerait à cette modification. Le Conseil Constitutionnel a été amené à valider le dispositif au motif, notamment, que l'APC est signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires justifiant ainsi l'atteinte au droit à l'emploi et à la liberté contractuelle (V. Cons. const., 21 mars 2018, n°2018-761 DC ; Yannick PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, p.694 ; Bernard GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p.504). La légitimité de l'accord issue des conditions de sa négociation est donc censée rendre plus acceptable son autorité absolue sur la situation individuelle du salarié...

36. Une « symétrie ». La question de la légitimité de la partie patronale, mesurée au travers des règles de la représentativité, est longtemps restée ignorée en raison des règles mêmes de validité des accords collectifs. L'exigence de représentativité est en effet absente du côté patronal pour la conclusion des conventions et accords collectifs²⁷⁷, cette exigence n'apparaissant qu'au niveau de l'extension²⁷⁸. « *Etrangère au droit ordinaire de la négociation* »²⁷⁹, la question de la qualité représentative des organisations patronales se posait donc essentiellement dans le contentieux de l'excès de pouvoir des arrêtés d'extension. Dans ce cadre, la jurisprudence avait admis que les règles de représentativité d'une organisation visaient aussi bien les organisations professionnelles d'employeurs que les organisations syndicales de salariés²⁸⁰, refusant par ailleurs toute idée d'une représentativité présumée au bénéfice des groupements d'employeurs²⁸¹.

En ayant fait de l'audience mesurée lors des élections professionnelles la pierre angulaire du nouveau système de représentativité, la loi de 2008 avait toutefois créé un « *obstacle insurmontable* »²⁸² pour son application aux organisations patronales. Appelant un travail d'adaptation²⁸³, les règles de la représentativité patronale allaient être plus largement

²⁷⁷V. C. trav., art. L. 2231-1. Comme nous l'avons vu supra (V. études 31 et 32), c'est la loi de 1971 qui a introduit l'obligation de représentativité pour les organisations syndicales de salariés signataires d'une convention ordinaire. Cette exigence ne se retrouve pas du côté patronal car les règles d'engagement ne sont pas les mêmes : les organisations syndicales de salariés engagent par leur signature l'ensemble des salariés depuis la loi de 1950 (d'où la volonté du législateur de 1971 de réserver le droit de conclure les accords collectifs aux organisations les plus aptes à représenter l'intérêt de la collectivité de négociation, en exigeant pour cela leur représentativité), alors que les organisations d'employeurs n'engagent que leurs mandants par leur signature. Cette asymétrie dans les formes d'engagement et de représentation patronales et salariales (V. Marie-Laure MORIN, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p.24 et spéc. p.31) explique que la représentativité n'a pas a priori à être vérifiée du côté patronal.

²⁷⁸V. C. trav., art. L. 2261-19 (V. supra note n°13). La représentativité patronale doit être ici vérifiée car l'extension entraîne l'application de l'accord à des entreprises non adhérentes de l'organisation signataire.

²⁷⁹Sophie NADAL, « Organisations patronales représentatives : de quoi parle-t-on ? », *RDT* 2008, p.189.

²⁸⁰CE, 26 mars 2004, n°253534, *Lebon* 2004 (arrêt rendu sur une demande d'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté d'extension). V. également CE, 2 mars 1962, concl. Pierre NICOLAY, *Dr. soc.* 1962, p.544 et spéc. p. 548 (Rendu à propos d'un arrêté portant agrément d'un accord national interprofessionnel sous le régime de l'ordonnance du 7 janvier 1959 (V. infra), le Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolaÿ indiquait déjà dans ses conclusions que s'il est certain qu'en faisant l'énumération des critères de la représentativité, le législateur « *a davantage pensé* » aux organisations syndicales de travailleurs qu'aux organisations patronales, « *il est cependant difficile d'affirmer que ces dispositions du Code ne concernent que les syndicats de travailleurs. Le Code lui-même ne fait aucune distinction, et sa rédaction est telle que, grammaticalement, il concerne les deux catégories* »).

²⁸¹CE, 30 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p.1112, concl. Pascale FOMBEUR ; *RJS* 2003, n°1197 ; *D.* 2004, p.1701, note Xavier PRÉTOT et Dominique CHELLE.

²⁸²Bernard TEYSSIÉ, « 2008-2012 : les syndicats, le législateur et le juge », *JCP S* 2012, 1232.

²⁸³La référence aux résultats des élections au CSE, désormais inscrite dans le Code du travail en application de la loi de 2008, rendait cette disposition inapplicable aux organisations patronales. Un travail d'adaptation des modalités de mesure était donc devenu nécessaire du côté patronal puisque l'audience avait été introduite dans la liste des critères légaux (V. supra note n°260).

prises en débat dans l'objectif de « conforter la légitimité de l'ensemble des partenaires sociaux »²⁸⁴.

La recherche d'un équilibre des légitimités entre acteurs syndicaux et patronaux revêtait, de surcroît, une acuité particulière depuis l'adoption de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social²⁸⁵, qui avait reconnu de façon expresse un rôle de « pré-législateurs » aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel²⁸⁶. Une clarification des règles de désignation des organisations intervenant à ce niveau était dès lors devenue indispensable.

Construite sur un « principe de symétrie »²⁸⁷, la loi du 5 mars 2014 emprunte dans son volet « démocratie sociale »²⁸⁸, les critères de la loi de 2008 pour déterminer les conditions d'accès à la représentativité patronale en adaptant le critère de l'audience fondée ici sur l'adhésion et non sur l'élection²⁸⁹.

Poursuivant l'analogie avec la loi de 2008, la loi de 2014 détermine un cadre d'appréciation de la représentativité patronale en fonction du niveau de négociation. Si la question est logiquement éludée au niveau de l'entreprise et de ses différentes déclinaisons²⁹⁰ où l'employeur seul mène la négociation et n'engage que lui-même par sa signature²⁹¹, elle surgit au niveau de la branche professionnelle²⁹² et au niveau national et interprofessionnel²⁹³ où l'extension des accords exige la représentativité de l'ensemble des parties²⁹⁴. Comme pour

²⁸⁴François FILLON, Déclaration de politique générale, Ass. Nat., 24 nov. 2010, JORF (A.N.) 25 nov. 2010, p. 8729.

²⁸⁵V. supra note n°251.

²⁸⁶V. *C. trav.*, art. L. 1 (V. nos développements infra).

²⁸⁷Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.40.

²⁸⁸Nous rappelons également l'intitulé de la loi du 5 mars 2014 « *relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* » (V. supra note n°3).

²⁸⁹V. *C. trav.*, art. L.2151-1. Nous reviendrons en détail, au cours de notre étude, sur les sources de la loi du 5 mars 2014, ainsi que sur les critères de la représentativité patronale avant la réforme et dans le droit positif actuel.

²⁹⁰Nous visons ici les différents périmètres de négociation que sont l'entreprise, l'établissement et le groupe, voire l'unité économique et sociale, auxquels nous pouvons ajouter la négociation en vue de la conclusion d'accords interentreprises qui ont fait l'objet d'une reconnaissance dans la loi du 8 août 2016 (V. *C. trav.*, art. L. 2232-36 et s. ; Émeric JEANSEN, « L'accord interentreprises, d'une norme spéciale à une norme générale », *JCP S* 2016, 1411).

²⁹¹Dans les périmètres de négociation complexes tels que le groupe, l'habilitation à négocier du côté patronal peut faire appel à des techniques de représentation spécifiques mais qui ne doivent en aucun cas prêter à confusion avec une notion de représentativité (V. *C. trav.*, art. L. 2232-31 ; plus généralement sur la représentation patronale dans l'entreprise et les groupes de sociétés : Franck PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, pp.349-354).

²⁹²V. *C. trav.*, art. L. 2152-1.

²⁹³V. *C. trav.*, art. L. 2152-4.

²⁹⁴V. *C. trav.*, art. L. 2261-19, préc.. La question de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel se pose également dans le cadre de la négociation prévue à l'article L. 1 du Code du travail (V. supra notes n°s251 et 286 et nos développements infra).

les organisations syndicales de salariés²⁹⁵, une « *exigence supplémentaire* »²⁹⁶ est ajoutée aux critères généraux : une « *implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* »²⁹⁷ lorsque la représentativité est appréciée au niveau de celle-ci et que les organisations adhérentes soient représentatives « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »²⁹⁸ lorsque la représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel.

Répondant aux préconisations du Directeur Général du Travail²⁹⁹ et à l'accord trouvé entre les principales organisations patronales au cours des débats parlementaires³⁰⁰, le législateur admet également « *un invité surprise de dernière minute* »³⁰¹ en reconnaissant un nouveau niveau de représentativité patronale : la représentativité au niveau national et multi-professionnel³⁰². Ce niveau de représentativité est donc distinct de celui de la branche et du niveau national et interprofessionnel et s'adresse à des organisations patronales nationales représentant des secteurs d'activités économiques différents³⁰³ mais ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel. Ces organisations, représentant des secteurs habituellement exclus du champ d'application des ANI³⁰⁴, se voient ainsi reconnaître un statut leur conférant des prérogatives essentiellement informatives en matière de négociation collective³⁰⁵ sans qu'un nouveau niveau de négociation et de conclusion d'accords collectifs soit reconnu par le législateur et qu'une représentativité similaire existe du côté salarial.

Le principe de symétrie - qui se heurtait déjà à des formes de représentation et d'engagement asymétriques entre la partie salariale et la partie patronale³⁰⁶ - connaît donc ici une nouvelle exception malgré l'effort d'harmonisation entrepris sur les critères de la

²⁹⁵V. supra note n°257.

²⁹⁶Bernard GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale - Loi n°2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, 1448.

²⁹⁷*C. trav.*, art. L. 2152-1 2°.

²⁹⁸*C. trav.*, art. L. 2152-4 2°.

²⁹⁹V. Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.71.

³⁰⁰« Protocole d'accord relatif à l'organisation du dialogue social conclu entre les organisations patronales interprofessionnelles représentatives au plan national et les organisations patronales multi-professionnelles représentatives au plan national du 30 janvier 2014 » ; V. infra.

³⁰¹Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233.

³⁰²*C. trav.*, art. L. 2152-2.

³⁰³L'organisation patronale ayant donc vocation à représenter au-delà du périmètre de la branche.

³⁰⁴V. étude 6 supra.

³⁰⁵V. étude 7 supra.

³⁰⁶V. supra note n°277.

représentativité en vue de garantir une plus grande légitimité de l'ensemble des parties à la négociation.

Comme nous l'avons indiqué, cet ajout législatif soulève, par ailleurs, un questionnement sur la volonté de figer les règles de la représentation patronale au niveau national et, par là même, « *le tracé des champs de la négociation collective* »³⁰⁷ à ce niveau. Cette question revêt une importance certaine en raison des fonctions attribuées à cet échelon de négociation et la réponse apportée à ce jour ne nous semble pas clore définitivement le débat. Les ajustements ultérieurs apportées à la loi de 2014, sur lesquels nous reviendrons au cours de notre étude, paraissent au demeurant conforter cette idée.

Plan de l'étude

37. L'approche historique démontre que c'est « *l'accroissement du rôle de la négociation collective qui a guidé l'évolution du droit de la représentativité* »³⁰⁸. Elle démontre également que cette « co-construction » repose, depuis une quarantaine d'années, sur la recherche d'une plus grande légitimité de l'accord collectif et de ses auteurs dans le cadre d'un mouvement d'autonomisation de la norme conventionnelle. Les références non exhaustives que nous avons pu citer témoignent de l'investigation réalisée par la doctrine sur les liens entre légitimité et représentativité.

38. En nous enrichissant de ces nombreux apports, nous nous proposons toutefois de revenir au rôle originel que le législateur avait assigné à la représentativité, à savoir la construction d'ensembles professionnels au sein desquels s'épanouissait la négociation collective.

L'octroi d'un cadre juridique à la représentativité patronale par la loi de 2014 revivifie en effet cette fonction dès l'instant où l'identification de la partie patronale permet de délimiter « *les espaces professionnels de négociation* »³⁰⁹. L'exigence d'une représentativité des organisations professionnelles d'employeurs - reposant désormais sur des critères objectifs et expressément définis - pour la négociation et la conclusion des conventions de branche ou des accords professionnels et interprofessionnels susceptibles d'extension contribue ainsi à

³⁰⁷Antoine LYON-CAEN, « Dessin industriel », *RDT* 2014, p.145.

³⁰⁸Françoise FAVENNEC-HÉRY, « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p.630.

³⁰⁹Antoine LYON-CAEN, *op. cit.*

structurer le paysage conventionnel. Elle révèle toutefois, comme nous l'avons précédemment souligné, la situation d'ensembles professionnels se situant au-delà de la branche mais dont les organisations ne peuvent prétendre à une représentativité au niveau national et interprofessionnel et aux prérogatives associées puisque le législateur réserve celles-ci aux organisations des secteurs de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

39. En posant expressément cette exigence, le législateur semble vouloir refermer le débat sur la thèse de la mono ou de la pluri-interprofession qui serait donc unique mais qui laisse pour autant ouverte la question des secteurs « hors champ » couvrant « 25 % du secteur privé »³¹⁰. Des organisations patronales présentes au niveau national et représentant certains de ces secteurs reçoivent certes une réponse du législateur avec la création simultanée de la représentativité multi-professionnelle mais un examen attentif des prérogatives qui lui sont attachées démontrera qu'elles sont peu opérantes en comparaison de celles octroyées aux organisations du champ interprofessionnel. Par ailleurs, la loi ne répond pas à la problématique du « hors champ » dans son ensemble puisqu'elle limite, comme nous le verrons, cette nouvelle représentativité à certains « secteurs ».

40. Se situant au-delà de la branche comme leurs homologues de l'interprofession, les principales organisations du hors champ auraient-elles pu se voir reconnaître une représentativité catégorielle au niveau national et interprofessionnel, à l'instar des organisations de salariés, plutôt que de se voir reconnaître un niveau de représentativité spécifique qui, rappelons-le, ne vise que certains secteurs du hors champ et laisse la question entière pour les autres ? Faut-il au contraire consolider la situation actuelle, comme le suggère le Haut Conseil du Dialogue Social³¹¹, en assortissant la représentativité au niveau national et multi-professionnel de son pendant vis-à-vis des organisations de salariés et en clarifiant les modalités de négociation d'accords collectifs pleinement efficaces à ce niveau ? A moins qu'il ne faille repenser totalement la représentation patronale au niveau national et faire sauter le verrou d'une interprofession limitée à quatre secteurs ?

41. Nous pensons que les évolutions intervenues dans le champ de la représentativité multi-professionnelle depuis la publication de la loi de 2014 laissent à penser que la situation n'est pas figée et qu'elle pourrait connaître d'autres évolutions, notamment dans le cadre de la

³¹⁰Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p.472.

³¹¹V. HCDS, « *Représentativité des organisations syndicales et professionnelles d'employeurs, Bilan du cycle 2013-2016* », Ministère du travail, pp.88-89.

restructuration des branches professionnelles. En effet, les critères exigés pour bénéficier de la représentativité multi-professionnelle, que nous détaillerons au cours de notre étude, ne sont-ils pas de nature à modifier encore une fois le périmètre de ce niveau de représentativité dans l'hypothèse d'une réduction du nombre de branches ? Nous pouvons ajouter, plus globalement, que la pertinence du découpage « interprofession/multi-profession », qui favorise un éclatement des champs de représentation, mérite très certainement d'être rediscutée à la lumière de la recomposition du paysage conventionnel de branche. Cette recomposition sous-tend, en effet, la création d'ensembles professionnels élargis susceptibles de questionner le niveau conventionnel « supérieur ».

42. Notre étude s'attachera donc à démontrer que si les règles actuelles de la représentativité patronale peuvent constituer une forme de réponse au débat sur la notion d'interprofession, cette réponse nous paraît inachevée.

Après plusieurs réformes successives des relations professionnelles, qui ouvrent « *une phase de stabilisation du droit et d'appropriation des nouvelles modalités de la négociation collective par tous ses acteurs* »³¹², nous nous permettrons de formuler malgré tout certaines propositions visant à modifier les règles encadrant la représentation patronale au niveau national dans l'objectif de franchir les limites sectorielles du dialogue social national et de rendre ce dernier plus universel.

1ère partie : La notion d'interprofession.

2ème partie : L'apport de la réforme de la représentativité patronale à la notion d'interprofession.

³¹²Yves STRULLOU, (ancien) Directeur Général du Travail, Avant-propos in « *La négociation collective en 2018* », Edition 2019, Ministère du Travail (DGT et DARES), p.11.

PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'INTERPROFESSION

43. Centralisation et décentralisation. Si la branche professionnelle constitue le niveau où s'est construit originellement le droit conventionnel, nous avons vu que « *ce pilier historique du système français de négociation collective* »³¹³ a subi une « *érosion [...] sous l'effet de la décentralisation de la négociation vers le niveau de l'entreprise* »³¹⁴. Si l'on peut dater l'accentuation de ce phénomène du début des années 1980 avec le développement de la négociation d'adaptation et la consécration de la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise³¹⁵, un mouvement inverse, et semble-t-il plus ancien, de centralisation de la négociation collective est né d'une pratique consistant à associer les organisations syndicales et patronales, regroupées sous la forme de grandes confédérations nationales, à l'élaboration de la décision publique. Véritable « *incarnation du dialogue social à la Française* »³¹⁶, une négociation centralisée au niveau national s'est en effet progressivement développée avec la pratique de la « *loi négociée* »³¹⁷ qui consiste, dans sa forme actuellement la plus aboutie, à conférer un caractère pré-législatif à l'accord conclu à ce niveau et à reconnaître par là même à ses auteurs, un véritable rôle d'auxiliaires du législateur. Cette dimension « politique » de la négociation collective a pu également se révéler dans le champ de la solidarité nationale où des accords conclus entre les organisations syndicales et patronales présentes au niveau national ont permis d'instaurer des systèmes de protection sociale pour l'ensemble des salariés.

44. Niveaux. Cet « *éclatement progressif des cadres traditionnels de la négociation collective* », que l'on a pu repérer dans beaucoup de pays européens³¹⁸, a conduit le législateur à structurer notre système de négociation collective « *en institutionnalisant et hiérarchisant différents niveaux de négociation : l'interprofessionnel, la branche et*

³¹³Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ? », *Dr. soc.* 2014, p.212.

³¹⁴*Idem*, p.213.

³¹⁵V. étude 33 supra.

³¹⁶INSTITUT MONTAIGNE, « *Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise* », Rapport sept. 2015, p.17.

³¹⁷Jean Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron., p. 253 et spéc. p.254.

³¹⁸V. Nikitas ALIPRANTIS, « La nature et les agents de la négociation collective. Evolutions caractéristiques dans les pays européens occidentaux », *RIDC* 1979, vol. 31, n°4, pp.779-804 et spéc. p.794.

l'entreprise »³¹⁹. La mutation de l'ordonnancement normatif opérée depuis les lois Auroux a certes modifié les rapports entre ces différents niveaux mais a également contribué à redéfinir les fonctions attribuées à chacun d'eux. Si l'accord d'entreprise a vocation à devenir « *un vecteur prioritaire d'élaboration de la norme dans un certain nombre de domaines* »³²⁰ au nom d'un « *principe de proximité* » et d'une adaptation au « *sacro-saint "terrain"* »³²¹, la négociation de branche, que l'on pourrait croire « *sensiblement affaiblie* »³²², voit au contraire son rôle réorganisé³²³ et ses contours remodelés dans un vaste chantier de restructuration³²⁴. La négociation dite « interprofessionnelle » est, quant à elle, confortée, notamment depuis l'adoption de la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007, dans un rôle d'« intérêt général » où la production normative ne se résumera pas à réguler les relations au sein d'un groupe professionnel mais sera étroitement associée à l'action de l'Etat.

45. Enjeux. La mise en évidence des rôles en recomposition de la négociation permet de mesurer l'apport de chaque niveau dans le jeu des relations professionnelles. Tour à tour « *processus autonome de création de normes* » et « *instrument majeur dans le processus*

³¹⁹INSTITUT MONTAIGNE, *op. cit.*, p.7. Nous rappelons que la « hiérarchisation », encore très présente dans certaines dispositions du Code du travail qui se réfèrent à la notion de « niveau » de négociation, a été mise à mal par les techniques de dérogeabilité et de supplétivité. Depuis la loi du 4 mai 2004, notamment, le critère pyramidal classique consacrant l'autorité hiérarchique de l'accord de « niveau supérieur » sur l'accord de « niveau inférieur » - que seul le principe de faveur pouvait tempérer - a cédé la place à une nouvelle articulation entre les normes conventionnelles (V. supra). S'il existe toujours des « *règles applicables à chaque niveau de négociation* » (C. trav., Deuxième partie, Livre deuxième, Titre III, chap. II), les formules législatives actuelles s'appuient désormais sur une notion de « largeur » du champ territorial ou professionnel pour opérer une comparaison et une classification entre les accords - qui sont les résultats normatifs de la négociation - plutôt que sur une notion de niveau (V. infra). Nous rappelons également que l'« entreprise » est à entendre au sens large en intégrant ses multiples déclinaisons (entreprise/établissement, groupe, interentreprises voire unité économique et sociale).

³²⁰Paul-Henri ANTONMATTEI, Damien CHENU, Jean-Julien JARRY, Michel MORAND, Christine NEAU-LEDUC, « Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles de la négociation collective », *RJS* 12/2017, chron..

³²¹Patrick MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p.679. Plus généralement sur le rôle de l'accord d'entreprise : V. étude 33 supra.

³²²Jean-François CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306.

³²³Les missions de la branche sont désormais définies par l'article L. 2232-5-1 du Code du travail introduit par la loi du 8 août 2016 et remanié par l'ordonnance du 22 septembre 2017 : « *La branche a pour missions : 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles. 2° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ». Ces missions générales sont complétées par les missions dévolues aux organes dont la branche doit se doter (C. trav., art. L. 2232-9 visant les missions de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation ; C. trav., art. L. 2232-10 relatif aux observatoires paritaires de la négociation collective), ainsi que par des dispositions spécifiques permettant à la branche de pallier les difficultés de négociation dans les entreprises de moins de cinquante salariés (C. trav., art. L. 2232-10-1). V. notamment Philippe ROZEC, « La négociation de branche : enjeux et méthode au cœur de la réforme », *JCP S* 2016, 1302 ; Patrice ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p.1039 ; Cécile NICOD, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT* 2017, p.657 ; Paul-Henri ANTONMATTEI, Damien CHENU, Jean-Julien JARRY, Michel MORAND, Christine NEAU-LEDUC, *op. cit.* ; Muriel CHAGNY, « Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence », *JCP S* 2018, 1057 ; Alexis BUGADA, « La primauté stratégique de la branche - (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S* 2019, 1115.

³²⁴V. supra note n°29 et nos développements infra.

législatif»³²⁵, le droit conventionnel ainsi « nivelé » renvoie à la question de l'identification précise des cadres de la négociation. En effet, le législateur laisse les parties « *entièrement libres de modeler à leur gré* »³²⁶ le domaine territorial et le domaine professionnel de l'accord issu de la négociation³²⁷. Si cette liberté ne semble pas, de prime abord, poser de difficultés lorsque la négociation a pour objet de définir des règles conventionnelles dans le cadre d'un dialogue social pleinement autonome, elle soulève en revanche une difficulté indéniable lorsque la négociation a pour objet de s'inscrire dans le processus législatif et/ou d'intervenir dans le champ de la solidarité nationale. La « *vocation universelle* »³²⁸ de la négociation impose dans ces derniers cas que le champ d'application de l'accord couvre non seulement tout le territoire national mais également l'ensemble des professions. La question de la capacité de la négociation interprofessionnelle à couvrir l'ensemble des secteurs d'activité devient alors essentielle.

46. Plan de première partie. La difficulté à cerner sur un plan juridique le champ de la négociation qualifiée d'« interprofessionnelle » est apparue avec le développement d'une négociation au-delà de la branche, qui est restée longtemps l'objet d'une pratique. Un débat sur la notion d'« interprofession » a ainsi émergé à l'occasion de contentieux portant sur le champ d'application d'accords ayant vocation à régir une pluralité de secteurs professionnels, sans qu'ils ne s'étendent pour autant nécessairement à l'ensemble des professions.

Titre I : Une notion liée au développement de la négociation interprofessionnelle.

Titre II : Une notion sujette à discussion.

³²⁵Ioannis KAPPOPOULOS, *Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle*, thèse, Lille II, 2010, p.14.

³²⁶Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°148, p.266.

³²⁷C. trav., art. L. 2222-1 : « *Les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés " conventions " et " accords " dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel* ».

³²⁸Franck MOREL, « Perspectives de développement de la négociation collective », *JCP S* 2012, 1106.

TITRE I : UNE NOTION LIEE AU DEVELOPPEMENT DE LA NEGOCIATION INTERPROFESSIONNELLE

47. Des accords collectifs interprofessionnels ont été négociés et conclus, notamment au plan national, « *bien avant que ce niveau de négociation soit l'objet de dispositions du Code du travail* »³²⁹. Le développement de cette négociation procède d'un élargissement « *vers le haut* »³³⁰ de l'espace traditionnel de négociation que constituait la branche d'activité (**chapitre 1**), avant qu'elle ne s'autonomise et ne soit identifiée comme un niveau de négociation à part entière (**chapitre 2**).

³²⁹Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. Droit Vivant, Wolters Kluwer, Paris, 6e éd., 2018, p.301.

³³⁰Nikitas ALIPRANTIS, « La nature et les agents de la négociation collective. Evolutions caractéristiques dans les pays européens occidentaux », *RIDC* 1979, vol. 31 n°4, p.794.

CHAPITRE I : UNE NÉGOCIATION DE BRANCHE « ÉLARGIE »

48. La branche d'activité s'est imposée très tôt comme le cadre de référence de la négociation collective à laquelle le législateur avait confié le soin d'organiser les professions au travers d'une réglementation contractuelle des conditions de travail. Elle a dès lors été considérée comme le « pivot » de la négociation collective (**section 1**) en ce sens que « *tout a commencé par la négociation collective de branche* » et que les autres niveaux (interprofession et entreprise) ont été construits « *en partant de la négociation de branche et par rapport à elle* »³³¹. L'absence d'une définition légale de la notion de branche, ainsi que la liberté octroyée aux parties pour délimiter le champ d'application de leur convention³³², ont conduit à une conception « *élastique* »³³³ de la branche que la jurisprudence administrative a été amenée à consacrer, soulignant ainsi l'existence d'une négociation au-delà de la branche (**section 2**).

Section 1. La branche, pivot de la négociation collective

49. Si loi du 25 mars 1919 avait octroyé une reconnaissance légale à la convention collective de travail³³⁴ - qui ne bénéficiait jusqu'alors que d'un « *statut doctrinal et jurisprudentiel* »³³⁵ - nous avons vu que la loi du 24 juin 1936 lui avait assigné un rôle plus ambitieux consistant à unifier conventionnellement les conditions de travail au sein des « professions » afin d'organiser ces dernières³³⁶. Cette ambition avait conduit le législateur de 1936 à dépasser l'approche contractuelle de la convention collective qui prévalait jusqu'alors³³⁷

³³¹Damien DELEVALLEE, « La branche professionnelle, une notion historique en voie de définition », *JCP S* 2016, 1445.

³³²V. étude 45 supra.

³³³Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°254, p.475. V. également Cécile HABLOT-MUROLO, « *Couverture conventionnelle dans les branches- Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique* », Rapport de recherche IRES et CFE-CGC, sept. 2018, p.13.

³³⁴V. supra note n°50.

³³⁵Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, p.15.

³³⁶V. étude 26 supra.

³³⁷Même si la convention légalisée par loi de 1919 comportait déjà un « *germe de réglementation de droit public* » (Maurice EBLÉ, *Le Développement juridique et social de la convention collective de travail*, Paris, Éditions Spes, 1919, rééd. 1923, cité par Renée PETIT, *op. cit.*, p.32). Pour une analyse des aspects réglementaires de la convention collective dans la loi du 25 mars 1919 : Renée PETIT préc. ; Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2e éd., Dalloz, 1989, n°20, p.39.

en introduisant le mécanisme de l'extension, qui permet d'assujettir l'ensemble de la profession aux effets de la convention. Il convenait dès lors, dans l'esprit du législateur, de conférer aux conventions collectives susceptibles d'extension « *le plus large champ d'application possible* » en posant le principe que « *leur cadre professionnel serait celui de la "branche d'activité"* »³³⁸. Or, la loi de 1936 ne définit pas la notion de branche d'activité, qu'elle circonscrit par ailleurs à l'industrie et au commerce³³⁹. Ce silence, qui perdure dans le droit positif, entretient une difficulté d'appréhension de la branche d'activité (§ 1) que nous tenterons de clarifier (§ 2).

§ 1. Les difficultés d'appréhension de la branche d'activité

50. Bien qu'elle ait « *longtemps régné en majesté dans le système des relations professionnelles* »³⁴⁰, un problème d'identification de la branche d'activité s'est posé dès la parution de la loi de 1936. La mission première que lui avait assigné le législateur consistait à harmoniser les conditions de travail des salariés de telle sorte que le « *coût d'achat de la force de travail soit exclu des facteurs de la concurrence* »³⁴¹ que se livrent « *les employeurs d'une même profession* »³⁴². Les premiers commentateurs de la loi avaient déduit des débats parlementaires que le « *mot "profession"* » était employé comme « *synonyme de branche d'industrie et de commerce* » qui figurait dans le texte adopté et non au sens de « *métier pris indépendamment de la branche d'industrie et de commerce auxquelles il se rattache* »³⁴³. Une analogie entre la branche et la profession était ainsi établie mais sans qu'une définition précise ne puisse en être donnée.

Plusieurs méthodes d'identification furent testées (A) avant que le législateur ne laisse le soin aux parties elles-mêmes de définir la notion (B).

³³⁸Michel DESPAX, *op. cit.*, n°253, p.472.

³³⁹V. étude 26 supra.

³⁴⁰Patrice ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p.1039.

³⁴¹Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. Droit Vivant, Wolters Kluwer, Paris, 6^e éd., 2018, p.286.

³⁴²Léon BLUM, exposé des motifs du projet à la Chambre des députés le 9 juin 1936 (*S.* 1936, Lois annotées, p.187).

³⁴³Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, pp.78-79. V. également étude 26 supra.

A. Les méthodes d'identification éprouvées

51. A défaut de définition légale, la notion de branche a été considérée dès 1936 comme répondant « *essentiellement à une notion de fait* »³⁴⁴. Comme le souligne le Professeur Michel Despax, il convenait, malgré tout, de « *déterminer au sein de l'industrie et du commerce, quelles étaient les branches d'activité susceptibles de servir de cadre à une négociation collective* »³⁴⁵. Cette exigence se trouvait par ailleurs accrue dès lors que la convention pouvait faire l'objet d'une extension. Dans cette hypothèse où le fruit des négociations est imposé à des tiers par une mesure réglementaire, il devenait en effet « *indispensable* » que ces derniers « *puissent connaître sans ambiguïté la branche d'activité visée par l'arrêté ministériel* »³⁴⁶. Deux méthodes d'identification de la branche - correspondant à des conceptions de la notion sensiblement différentes - se sont ainsi successivement imposées.

1- La méthode analytique ou la conception libérale de la branche

52. Liberté et intervention étatique. Sous l'empire de la loi de 1936, il appartient aux parties de délimiter le champ d'application professionnel et territorial de la convention collective. La loi de 1936 n'a pas modifié sur ce point la loi de 1919.

En prévoyant que la convention susceptible d'extension est négociée au sein d'une commission mixte composée des organisations syndicales, patronales et ouvrières, les plus représentatives de la branche d'industrie ou de commerce (pour la région considérée ou pour l'ensemble du territoire lorsqu'il s'agit d'une convention nationale) qu'il appartient au ministre du Travail ou son représentant de réunir à la demande d'une organisation intéressée³⁴⁷, la loi de 1936 confère toutefois à l'autorité administrative une prérogative particulière dans l'identification de la branche. En convoquant les organisations, le ministre désigne en effet les parties à la convention. Cette prérogative apparaît alors avec « *une importance accrue* » puisque le ministre détermine par là même « *le domaine professionnel et régional de l'accord* »³⁴⁸.

³⁴⁴André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°208, p.269.

³⁴⁵Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°254, p.473.

³⁴⁶Renée PETIT, *op. cit.*, p.109.

³⁴⁷*C. trav.*, art. 31 va. anc., réd. L. du 24 juin 1936.

³⁴⁸Paul DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv.* 1939, p.353 et spéc. p.364.

53. Méthode. Dès lors, le ministère du Travail qui réunit la commission puis prononce l'extension³⁴⁹ et le Conseil d'Etat, qui est amené à apprécier la validité de cette dernière dans le cadre d'un éventuel contentieux pour excès de pouvoir, forgèrent une première méthode d'identification de la branche. Cette méthode « *analytique* » consistait à reconnaître l'existence d'une branche d'industrie et de commerce, « *chaque fois qu'une activité présentait des caractères originaux* »³⁵⁰. Ils s'appuyaient pour cela sur un faisceau d'indices liés à l'originalité de l'activité : la matière première mise en œuvre, les classifications du personnel, mais également l'organisation du travail et la structure donnée par les intéressés à leur organisation professionnelle³⁵¹.

54. Limites. Cette méthode révéla une « *conception assez libérale* »³⁵² de la notion de branche et permit ainsi la conclusion d'un grand nombre de conventions collectives. Elle aboutit toutefois à la reconnaissance de branches d'industries ou de commerces « *assez étriquées* »³⁵³, qui ne correspondaient pas à l'objectif recherché d'une large couverture conventionnelle³⁵⁴.

2- La fixation autoritaire ou la conception stricte de la branche

55. Dirigisme. Dans la période de l'immédiat après-guerre, la situation économique et sociale engendra une intervention accrue de l'Etat dans le jeu des relations professionnelles. Soucieux de reconstruire l'économie nationale, le gouvernement pratiqua une politique dirigiste basée sur le contrôle des prix et des salaires, dont la détermination ne pouvait dès lors relever des seuls acteurs économiques et sociaux. Cette politique se traduisit par une législation interventionniste dans le domaine de la négociation collective. Tout en souhaitant redonner un pouvoir aux organisations syndicales et réaffirmer la place des conventions collectives dans la

³⁴⁹Avant de prendre l'arrêté d'extension, le ministre du Travail doit publier un avis au Journal officiel appelant les organisations professionnelles et toutes personnes intéressées à lui adresser leurs observations et avis. Il doit prendre, en outre, l'avis de la section ou des sections professionnelles compétentes du conseil national et économique (C. trav., art. 31 ve. anc., réd. L. du 24 juin 1936).

³⁵⁰Michel DESPAX, *op. cit.*.

³⁵¹V. Michel DESPAX, *op. cit.* ; Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.67 ; Cécile HABLOT-MUROLO, « *Couverture conventionnelle dans les branches- Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique* », Rapport de recherche IRES et CFE-CGC, sept. 2018, p.13.

³⁵²André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°208, p.269.

³⁵³Michel DESPAX, *op. cit.*.

³⁵⁴Pour des exemples de « découpage » de branches sous l'empire de loi de 1936 : Renée PETIT, *op. cit.*, pp.108-111.

règlementation du travail³⁵⁵, la loi du 23 décembre 1946 imposa, comme nous l'avons souligné, un cadre très rigide pour la conclusion de ces dernières³⁵⁶. La loi de 1946 ne permettait ainsi de conclure qu'une seule convention collective par « branche d'activité »³⁵⁷ dont le nombre fût par ailleurs drastiquement limité.

56. Méthode. Désirant aboutir à une uniformisation plus poussée des conditions de travail, les services du ministère du Travail abandonnèrent la méthode analytique au profit d'une fixation autoritaire d'une liste de vingt branches d'activité qui fût soumise à l'approbation de la Commission supérieure des conventions collective³⁵⁸.

57. Limites. Cette « *conception stricte* »³⁵⁹ de la notion de branche se révéla très difficile à mettre en œuvre sur le plan de la pratique conventionnelle. En effet, ce découpage induisait l'élaboration de conventions applicables à des ensembles professionnels très vastes, ce qui générait de grandes difficultés pour parvenir à un accord. Aussi, le ministère du Travail fut-il amené « *plus modestement* »³⁶⁰ à agréer des conventions³⁶¹ concernant des branches très étroites et la méthode autoritaire se solda par un échec en terme de couverture conventionnelle des salariés.

B. La méthode d'identification retenue

58. Renouant avec un principe de liberté contractuelle, la loi du 11 février 1950 abandonne le cadre rigide instauré par la loi du 23 décembre 1946 et permet aux parties de déterminer le domaine professionnel et territorial de la convention signée³⁶². Confirmée par les

³⁵⁵Durant la guerre de 1939-1945 et plus particulièrement sous le gouvernement de Vichy, les syndicats avaient vu leur rôle diminué au profit d'une organisation corporative basée sur des comités sociaux institués par la Charte du Travail (L. du 4 oct. 1941 relative à l'organisation sociale des professions dite Charte du Travail, JORF 26 oct. 1941, p.4650). Des conventions collectives pouvaient être conclues au sein de ces comités sociaux mais le rôle de l'Etat fût prépondérant dans la fixation des conditions de travail. V. notamment Jean-Pierre Le CROM, *Syndicats nous voilà. Vichy et le corporatisme*, Les Éditions de l'Atelier/ Editions Ouvrières, Paris, 1995.

³⁵⁶V. supra note n°110.

³⁵⁷La référence aux branches d'industrie et de commerce fût abandonnée en raison de l'élargissement du domaine d'application de la loi à d'autres secteurs (V. infra) et remplacée par la notion de branche d'activité.

³⁵⁸V. xxx, « Note documentaire sur l'œuvre accomplie par la Commission supérieure des conventions collectives », *Dr. soc.* 1947, p.367.

³⁵⁹André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°208, p.269.

³⁶⁰Michel DESPAX, *op. cit.*.

³⁶¹Nous rappelons que sous l'empire de la loi de 1946, la convention collective devait être agréée par un arrêté du ministre du Travail pour revêtir une force obligatoire et acquérir ainsi une valeur juridique (V. supra note n°110).

³⁶²*C. trav.*, art. 31 a. al. 3 anc., réd. L. du 11 fév. 1950 : « *Les conventions collectives déterminent leur champ d'application. Celui-ci peut être national, régional ou local* ».

lois ultérieures, cette latitude laisse ainsi aux protagonistes de la négociation collective le soin d'identifier eux-mêmes la branche au sein de laquelle s'épanouissent leurs relations conventionnelles (1). Cette méthode, qui garantit une certaine souplesse et le respect de la liberté contractuelle, génère toutefois un certain « désordre »³⁶³ dans l'appréhension de la branche (2).

1- La liberté des parties

59. Liberté totale. Pour reprendre à nouveau les mots du Professeur Michel Despax, « la branche d'activité est d'abord ce que des parties signataires ont entendu qu'elle soit »³⁶⁴. Cette conception « en quelque sorte existentielle »³⁶⁵ de la notion de branche d'activité souligne que « le premier enjeu de la négociation collective dans une branche consiste précisément à la définir »³⁶⁶.

Ayant abandonné toute forme de dirigisme et d'immixtion dans le découpage des branches à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1950, les pouvoirs publics se sont bornés,

³⁶³Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

³⁶⁴Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°254, pp.473-474.

³⁶⁵Albert ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.376. L'auteur commente ainsi la formule de son directeur de thèse (Michel Despax) qui figurait déjà dans les précédentes éditions du *Traité*.

³⁶⁶Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. *Droit Vivant*, Wolters Kluwer, Paris, 6^e éd., 2018, p.288.

dans un premier temps, à offrir une nomenclature des activités économiques établie par l'INSEE³⁶⁷ mais sans que celle-ci ne revête un caractère obligatoire³⁶⁸.

60. Liberté guidée. La loi du 13 novembre 1982 est venue ensuite préciser que le champ d'application professionnel des conventions et accords collectifs de travail est défini « *en termes d'activités économiques* »³⁶⁹. Les négociateurs conservent la liberté de déterminer le domaine territorial et le domaine professionnel de la convention³⁷⁰ mais pour ce dernier, le législateur impose désormais « *un critère unique de découpage des champs professionnels* », qui doit faciliter « *une remise en ordre* » du système de négociation collective³⁷¹. Toutefois, la

³⁶⁷L'Institut national de la statistique et des études économiques a été créé par la loi de finances du 27 avril 1946 (art. 32 et 33 ; JORF 1^{er} mai 1946, p.3630) afin d'organiser l'information économique et sociale au niveau national. Pour faciliter cette organisation, l'INSEE a établi une nomenclature des activités économiques productives dont plusieurs versions se sont succédées dans le temps. La version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 est la NAF rév. 2 (deuxième révision depuis l'entrée en vigueur de l'actuelle nomenclature NAF - Nomenclature d'activités française - en 1993 ; V. <https://www.insee.fr>). Toute entreprise et chacun de ses établissements se voit attribuer par l'INSEE, lors de son inscription au répertoire SIRENE, un code APE (Activité principale exercée) caractérisant son activité principale par référence à la nomenclature d'activités française (Le Système national d'identification et du répertoire des entreprises et de leurs établissements, couramment abrégé sous l'acronyme SIRENE, est le répertoire français géré par l'INSEE qui attribue un numéro SIREN aux entreprises, aux organismes et aux associations et un SIRET aux établissements de ces mêmes entreprises, organismes et associations).

³⁶⁸Le champ d'application des conventions de branche renvoie la plupart du temps à la nomenclature NAF de l'INSEE pour déterminer les activités visées. De jurisprudence constante, la référence à cette nomenclature n'a toutefois qu'une valeur indicative pour la détermination de la convention applicable à une entreprise, qui doit s'analyser en regard de son activité principale (V. notamment Cass. soc., 19 janv. 1984, *Bull. civ.*, V, n°29, p.23 ; Cass. soc., 18 juil. 2000, *RJS* 11/2000, n°1117). L'appréciation de l'activité principale relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui peuvent recourir à un faisceau d'indices pour rechercher l'activité réelle de l'entreprise (Cass. soc., 12 mars 2003, *RJS* 05/2003, n°585 ; Cass. soc., 31 mai 2006, *JCP S* 2007, 1009 note Françoise BOUSEZ ; Cass. Soc. 15 mars 2017, *JCP S* 2017, 1184, note Yannick PAGNERRE).

³⁶⁹*C. trav.*, art. L. 2222-1.

³⁷⁰Pour un rappel du principe par la jurisprudence : notamment Cass. soc., 16 nov. 2005, *JCP S* 2006, 1218, note Christine NEAU-LEDUC. S'agissant du champ d'application territorial, l'actuel article L. 2232-5 al. 1 du Code du travail dispose : « *Le champ d'application territorial des conventions de branches et des accords professionnels peut être national, régional ou local* ». L'article L. 2232-5-2 du même code, créé par la loi 8 août 2016, est venu préciser : « *Les branches ont un champ d'application national. Toutefois, certaines des stipulations de leurs conventions et accords peuvent être définies, adaptées ou complétées au niveau local. Les organisations d'employeurs constituées conformément à l'article L. 2131-2 affiliées ou adhérentes aux organisations d'employeurs reconnues représentatives dans la branche sont habilitées à négocier, dans le périmètre de la branche, des accords collectifs dont le champ d'application est régional, départemental ou local, et à demander l'extension de ces accords* ». La loi du 8 août 2016 a également modifié l'état du droit antérieur sur l'application des conventions et accords collectifs nationaux aux départements et territoires d'outre-mer. Antérieurement la convention ou l'accord devait en effet préciser s'il comprenait ces derniers. Désormais, l'article L. 2222-1 al.3 du Code du travail dispose : « *Les conventions et accords collectifs de travail dont le champ d'application est national s'appliquent, sauf stipulations contraires, en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans un délai de six mois à compter de leur date d'entrée en vigueur. Ce délai est imparti aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs habilitées à négocier dans ces collectivités pour conclure des accords dans le même champ si elles le souhaitent* ».

³⁷¹Pascale FOMBEUR, concl. CE, 6 nov. 2000, *RJS* 03/2001, p.199 (Etudes et Doctr.). En instituant ce critère unique de découpage, le législateur a souhaité prévenir les chevauchements de champs d'application professionnels des conventions et accords.

loi ne précise pas davantage ce critère³⁷² qui, malgré son « *apparente objectivité* »³⁷³, génère en réalité une grande diversité au sein du paysage conventionnel de branche.

Tout d'abord, ce critère n'exclut pas de limiter le champ d'application à un secteur restreint qui s'inscrit dans le cadre d'une activité plus générale et étendue. La jurisprudence a, par exemple, admis que le Crédit Agricole - qui fédère des caisses régionales constituées sous forme de sociétés coopératives régies par un statut spécifique - forme une branche professionnelle au sens du droit des conventions et accords collectifs de travail³⁷⁴. L'existence d'un secteur d'activité autonome est ainsi reconnue au sein de l'activité bancaire en général qui forme elle-même une branche professionnelle³⁷⁵.

³⁷²Lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 13 novembre 1982, un amendement avait été déposé afin de compléter la rédaction de l'article L. 132-5 du Code du travail (actuel *C. trav.*, art. L. 2222-1) en cours de discussion. L'amendement proposait d'ajouter que le champ d'application soit défini en termes d'activités économiques « *en se référant autant que possible à la nomenclature de l'INSEE* ». L'amendement fût rejeté conformément à l'avis de la commission qui avait estimé « *qu'il fallait laisser aux négociateurs le soin de préciser le champ d'application professionnel, en se référant, s'ils le souhaitent, à la nomenclature de l'INSEE. Mais il ne paraît pas opportun de leur imposer une telle nomenclature qui n'est pas toujours adaptée* » (Ass. Nat., compte rendu intégral des débats, 2^e séance du 9 juin 1982, JORF (A.N.) 10 juin 1982, p.3192).

³⁷³Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. *Droit Vivant*, Wolters Kluwer, Paris, 6^e éd., 2018, p.288.

³⁷⁴CA Paris, 9 févr. 2006, *SSL* 2006, n°1273, note Pierre RODIÈRE. Tout en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris sur un autre motif, la Cour de Cassation a reconnu que le Crédit agricole constitue en tant que telle une branche distincte de celle du secteur bancaire (Cass. soc., 12 sept. 2007, *Bull. Civ.*, V, n°128 ; V. Christine NEAU-LEDUC, « Relations loi/branche : le rôle de "loi professionnelle" de la branche renforcé », *SSL* 2008, n°1361, p.65 et spéc. p.66). Pour fonder leur décision, les hauts magistrats ont souligné que l'accord collectif en cause ayant le même champ d'application qu'une convention antérieure ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension validé par la juridiction administrative, il en résultait nécessairement que « *le Crédit Agricole constitue un secteur d'activité objectivement autonome au sens des articles L. 133-2 et suivants du code du travail* » et que « *les juridictions judiciaires ne sont pas compétentes pour apprécier l'autonomie de ce secteur* ». La Cour de Cassation confirme ainsi sa jurisprudence antérieure puisqu'elle avait déjà admis dans des termes identiques qu'un accord litigieux conclu par la fédération nationale du Crédit Agricole ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension validé par le Conseil d'Etat, avait donc été nécessairement conclu dans un secteur d'activité autonome et que les juridictions judiciaires n'étaient pas compétentes pour apprécier l'autonomie de ce secteur (Cass. soc., 12 oct. 2006, *JCP S* 2007, 1008, comm. Bernard GAURIAU, *RDT* 2007, p.188, note Sophie NADAL ; V. également les extraits du rapport de Marie-Laure MORIN, « L'affaire Crédit Agricole - Questions sur le processus de négociation et la définition de la branche d'activité », *SSL* 2006, n° 1280, p.5).

³⁷⁵La doctrine s'est interrogée sur l'orthodoxie de cette décision en regard de la fonction de régulation de la concurrence (V. note Pierre RODIÈRE préc.). Cette fonction traditionnelle de la branche, désormais expressément visée par l'article L. 2232-5-1 du Code du travail (V. supra note n°323), est en effet un des traits spécifiques de la négociation à ce niveau l'opposant à la négociation au niveau de l'entreprise. Pour l'auteur, « *La branche professionnelle se définit ainsi par la pluralité d'entreprises. Plus exactement, pour pouvoir parler de branche professionnelle, encore faut-il constater l'existence d'une pluralité d'entités jouissant dans leurs relations réciproques d'une autonomie suffisante pour être en situation de concurrence dans le cadre concerné et pour que la négociation collective puisse par conséquent remplir sa fonction d'égalisation des conditions de concurrence. Une branche ne peut pas se résumer à une entité unique qui n'entre en concurrence avec aucune autre entité sur le marché concerné* ». Il n'est effectivement pas sûr qu'au cas d'espèce cet aspect ait été réellement pris en compte, dès l'instant où l'on peut légitimement s'interroger sur l'autonomie laissée aux caisses régionales de Crédit Agricole permettant un libre jeu de la concurrence entre elles... Un doute reste au contraire permis sur le fait de savoir si l'entité « Crédit Agricole » ne se présente pas davantage comme « *un opérateur unique ayant une action autonome sur le marché identifié comme celui du Crédit Agricole* », ce qui conduirait à « *nier l'existence d'une branche professionnelle propre au Crédit Agricole* » (Pierre RODIÈRE, *op. cit.*).

Le caractère strict du critère a pu également être discuté. Dans un arrêt du 17 juin 2002 - à l'origine de la première « affaire Crédit Agricole »³⁷⁶ - le Conseil d'Etat saisi sur la légalité de l'arrêté d'extension de l'accord signé par la fédération nationale du Crédit Agricole considère que *« si les 51 caisses régionales du Crédit Agricole et leurs filiales exercent une activité bancaire, les conditions dans lesquelles elles assurent cette activité demeurent, sur plusieurs points intéressant notamment le droit du travail, spécifiques par rapport à celles applicables aux banques commerciales ; qu'elles sont notamment régies par une convention collective qui leur est propre ; que le ministre compétent pour étendre les conventions ou accords collectifs concernant les professions agricoles, dont font partie les salariés du Crédit Agricole aux termes des dispositions combinées des articles L. 722-20 du code rural et L. 131-2 du code du travail, est, en application de l'article L. 131-3 du code du travail, le ministre de l'agriculture et non celui chargé du travail ; que les salariés du Crédit Agricole relèvent, en ce qui concerne leur régime de sécurité sociale, de la mutualité sociale agricole et non du régime général ; que, compte tenu des spécificités rappelées ci-dessus qui doivent faire regarder l'activité économique exercée par le Crédit Agricole comme une "profession", l'accord du 13 janvier 2000 constitue un "accord professionnel" susceptible, en application des dispositions précitées de l'article L. 133-1 du code du travail, d'être étendu »*³⁷⁷. Ainsi, pour reconnaître au Crédit agricole le caractère d'une branche professionnelle autonome, le Conseil d'Etat *« s'intéresse moins à l'activité économique au sens strict qu'aux conditions de son exécution »*³⁷⁸.

La Cour d'appel de Paris reprend à son compte les mêmes arguments dans son arrêt du 9 février 2006³⁷⁹ en soulignant - avant d'énumérer les conditions particulières dans lesquelles l'activité économique du Crédit Agricole est exercée - qu'il est *« constant que la loi ne définit pas la notion de branche professionnelle et qu'aux termes de l'article L. 132-5 du Code du travail, il appartient aux parties à la négociation de déterminer le champ d'application de leur accord ; que si le champ d'application se définit principalement en termes d'activité économique, aucune disposition légale n'impose aux partenaires sociaux de ne se référer qu'à ce seul critère et que ceux-ci peuvent décider de définir un secteur plus restreint au sein d'une activité plus générale et étendue, dès lors que le champ ainsi défini concerne des entreprises exerçant une activité professionnelle de même nature, ayant des intérêts communs et*

³⁷⁶V. supra note n°374.

³⁷⁷CE, 17 juin 2002, n°s 226936 et 227145, Lebon 2002.

³⁷⁸Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.72.

³⁷⁹V. supra note n°374.

fonctionnant selon des critères identiques au niveau tant des employeurs que des salariés ». Le critère obligatoire de l'activité économique ne serait donc pas exclusif d'autres critères selon les juges du fond de l'ordre judiciaire.

Nous avons vu que la Cour de Cassation a déclaré les juridictions judiciaires incompétentes pour apprécier l'autonomie de ce secteur, dès l'instant où le Conseil d'Etat l'a lui-même admise en validant l'arrêté d'extension³⁸⁰. Pour autant, dans son rapport lié à l'arrêt du 12 octobre 2006, la Conseillère à la chambre sociale Marie-Laure Morin indique : « *Si nous estimons que le texte de l'article L. 132-5 n'interdit pas de définir objectivement la branche par d'autres critères que celui stricte de l'activité économique, mais également par des critères objectifs tirés des conditions dans lesquelles l'activité est remplie, comme l'ont retenu le Conseil d'État et les juges du fond, nous aurons à dire si le critère tiré du statut juridique particulier des Caisses de Crédit Agricole et du régime de protection sociale propre de leur personnel, constituent de tels critères objectifs* »³⁸¹. Il semble donc que devant les hauts magistrats de l'ordre judiciaire le caractère strict du critère de l'activité économique ait également donné lieu à discussion, même si l'arrêt ne se prononce pas sur ce point en raison de la validation préalable de l'arrêté d'extension par le juge administratif. Il convient certes de préciser que dans les dernières lignes du rapport, la Conseillère prend le soin de rappeler que la loi du 23 février 2005³⁸² a modifié l'article L. 132-5 (L. 2222-1) du Code du travail en ajoutant que pour ce qui concerne les professions agricoles, « *le champ d'application des conventions et accords collectifs peut en outre tenir compte du statut juridique des entreprises concernées ou du régime de protection sociale d'affiliation de leurs salariés* ». Les caisses de Crédit Agricole doivent donc déterminer le champ d'application professionnel de leurs conventions et accords en termes d'activités économiques selon les règles de droit commun mais sont légalement autorisées, de par leur appartenance aux professions agricoles³⁸³, à tenir compte de critères « complémentaires »³⁸⁴ que sont leur statut juridique ou le régime de protection sociale de leurs salariés.

La consécration légale de cette exception est un argument de poids pour conclure au caractère strict de l'appréciation en termes d'activités économiques. Cécile Hablot soutient

³⁸⁰Cass. soc., 12 oct. 2006 et Cass. soc., 12 sept. 2007 (V. supra note n°374).

³⁸¹Marie-Laure MORIN, « L'affaire Crédit Agricole - Questions sur le processus de négociation et la définition de la branche d'activité », *SSL* 2006, n° 1280, p.5 et spéc. p.9.

³⁸²L. n° 2005-157 du 23 fév. 2005 relative au développement des territoires ruraux, art. 65, JORF 24 fév. 2005, p.3073.

³⁸³Les Caisses de crédit agricole mutuel sont visées au 6° de l'article L. 722-20 du Code rural et de la pêche maritime auquel renvoie l'article L. 2222-1 du Code du travail (L. 132-5 anc.).

³⁸⁴L'article L. 132-5 (L. 2222-1) du Code du travail employant la locution adverbiale « en outre ».

ainsi dans sa thèse qu'une « *généralisation de la détermination de la branche par d'autres critères que strictement économiques doit donc être rejetée* »³⁸⁵. Cette généralisation serait contraire à l'intention du législateur qui a retenu un critère unique dans le but de rationaliser le découpage des branches.

Si cette opinion mérite toute notre attention, nous soulignons toutefois que les juges du fond ne visent pas expressément cet argument de texte dans l'arrêt du 9 février 2006 et considèrent qu'aucune disposition légale n'impose aux partenaires sociaux de ne se référer qu'au seul critère de l'activité économique³⁸⁶. La Cour de Cassation n'a, quant à elle, pas eu à se prononcer sur ce point soulevé par le Conseiller rapporteur dans l'affaire précédente.

Nous ajoutons que dans d'autres secteurs que celui des professions agricoles, la branche est parfois définie par d'autres critères que celui de la seule activité économique. Les branches de l'Economie sociale et solidaire³⁸⁷ sont ainsi fréquemment délimitées en prenant en compte « *le statut juridique des employeurs* » ou en se référant à « *un dispositif légal* »³⁸⁸. Nous citerons à titre d'exemples : la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile qui regroupe « *l'ensemble des entreprises et organismes employeurs privés à but non lucratif qui, à titre principal, ont pour activité d'assurer aux personnes physiques toutes formes d'aide, de soin, d'accompagnement, de services et d'intervention à domicile ou de*

³⁸⁵Cécile HABLOT, *op.cit.*, p.74.

³⁸⁶V. *supra*.

³⁸⁷V. *infra*.

³⁸⁸Michel ABHERVÉ, « *Les difficultés de structurer le dialogue social en ESS* », XI^e rencontres du Réseau inter-universitaire de l'économie sociale et solidaire, Faculté de Droit et des Sciences Sociales Poitiers, Juin 2011, p.3.

proximité »³⁸⁹ ; celle de la Mutualité qui est déterminée par le statut juridique des organismes mutualistes régis par le Code de la mutualité³⁹⁰ ou encore celle des ateliers et chantiers d'insertion dont le critère d'identification renvoie de façon expresse aux articles L. 5132-15 et suivants du Code du Travail³⁹¹.

³⁸⁹Art. 1 définissant le champ d'application de la Convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010 (IDCC 2941). La branche de l'aide à domicile repose donc sur un périmètre professionnel définie par une convention collective nationale se référant à l'activité « *d'aide, de soin, d'accompagnement [etc.]* » que les organismes employeurs exercent à titre principal, tout en visant le caractère privé à but non lucratif de ces derniers. Il en est de même de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif qui regroupe plusieurs conventions collectives dont le champ d'application renvoie au caractère privé à but non lucratif des structures. Ainsi, la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 (IDCC 29) comporte un article numéroté 01.02.2 et intitulé « *Champ d'application économique (établissements concernés)* » qui stipule : « *La présente convention s'applique aux établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux privés à but non lucratif aux services centraux et aux sièges sociaux des organismes gérant ces établissements, lorsque leur activité est principalement en grande partie consacrée au fonctionnement et à la gestion de ceux-ci (codes APE ci-dessous énumérés ou code 97-23) relevant des classes de la nouvelle nomenclature d'activités et de produits (NAF) suivantes [...]* ». Les établissements d'hébergement pour personnes âgées sont, par exemple, visés dans la liste des activités couvertes dès lors que ces établissements relèvent d'un statut privé à but non lucratif tel que les associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 (L. du 1^{er} juil. 1901 relative au contrat d'association, JORF 2 juil. 1901, p.4025) ou les fondations régies par la loi du 23 juillet 1987 (L. n°87-571 du 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, JORF 24 juil. 1987, p.8255). En revanche si l'activité d'hébergement est exercée sous forme lucrative (sous forme de société anonyme régie par l'art. L. 225-1 du Code de commerce par exemple), l'établissement relèvera alors de la branche de l'hospitalisation privée qui regroupe - entre autre - les « *établissements d'accueil pour personnes handicapées et pour personnes âgées, de quelque nature que ce soit, privés, à caractère commercial* » (Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 - IDCC 2264 - art. 2).

³⁹⁰Art. 1.1 définissant le champ d'application de la Convention collective nationale de la mutualité du 31 janvier 2000 (IDCC 2128) : « *La présente convention nationale règle les rapports, y compris dans les départements d'outre-mer, entre les employeurs et les salariés sous contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée, à temps plein ou à temps partiel, des organismes mutualistes régis par le code de la mutualité, à l'exclusion : des activités exercées par les organismes dont les salariés relèvent d'autres conventions collectives, notamment la FEHAP, le tourisme social, les fédérations et unions d'aide à domicile comme l'UNASSAD ; des activités relevant de l'article 16 de la loi du 30 juin 1975 ; des professionnels de santé exerçant des activités médicales ou dentaires, liés par un contrat individuel particulier, inscrits à un ordre en application d'un code de déontologie* ».

³⁹¹Le préambule de la Convention collective nationale des ateliers et chantiers d'insertion du 31 mars 2011 (IDCC 3016) indique : « *Pour les partenaires sociaux de cette convention collective nationale, les ateliers et chantiers d'insertion constituent une branche professionnelle à part entière. Les ateliers et chantiers d'insertion conventionnés par l'Etat selon l'article L. 5132-15 ont pour mission : 1) D'assurer l'accueil, l'embauche et la mise au travail sur des actions collectives des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières ; 2) D'organiser le suivi, l'accompagnement, l'encadrement technique et la formation de leurs salariés en vue de faciliter leur insertion sociale et de rechercher les conditions d'une insertion professionnelle durable* ». L'article 1 définit le champ d'application dans les termes suivants : « *Il régit les rapports et s'applique à l'ensemble des employeurs et salariés de droit privé, cadres et non cadres, titulaires d'un contrat de travail et quelles que soient la nature et la durée de ce contrat, des ateliers et chantiers d'insertion conventionnés par l'Etat au titre de l'article L. 5132-15 du code du travail* ». Le champ conventionnel de branche est donc ici défini par référence « à un dispositif légal », celui des ateliers et chantiers d'insertion régis par les dispositions des articles L. 5132-15 et suivants du Code du Travail.

2- Une liberté facteur de désordre

61. Liberté patronale. Que l'on souscrive au caractère strict ou non du critère retenu par le législateur, celui-ci est quoiqu'il en soit « *tributaire de l'objet statutaire* »³⁹² de l'organisation patronale qui décide ou accepte de négocier la convention collective donnant corps à la branche. Comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises en introduction de notre étude, c'est l'identification de la partie patronale qui permet en réalité de délimiter le champ d'application de tout accord ou convention³⁹³. Le champ professionnel d'une convention collective est ainsi « *délimité par celui de l'organisation patronale qui en est signataire* »³⁹⁴. Ce principe est la résultante de l'effet relatif du contrat qu'est toute convention et de la mise en œuvre de la technique du mandat³⁹⁵. Les parties définiront donc le champ d'application de la convention en termes d'activités économiques mais seuls les syndicats patronaux détermineront en pratique « *l'étendue de la branche d'activité* », les syndicats d'ouvriers n'ayant quant à eux « *aucun rôle à jouer dans cette délimitation* »³⁹⁶. La définition de la branche est donc « *l'affaire du patronat* »³⁹⁷ et l'objet statutaire des organisations professionnelles d'employeurs signataires permettra d'en tracer les contours. Ceci explique que, malgré le critère objectif de l'activité économique, les branches sont extrêmement diverses. Certaines couvrent « *des activités très variées* », alors que d'autres sont au contraire « *étroitement spécialisées* »³⁹⁸ selon le champ de compétence des organisations patronales.

62. Emiettement. La latitude laissée aux négociateurs de définir le champ d'application professionnel de la convention - même guidés par le critère de l'activité

³⁹²Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER Le GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. *Droit Vivant*, Wolters Kluwer, Paris, 6^e éd., 2018, p.288.

³⁹³V. études 5, 31, 36 et 38 supra.

³⁹⁴Jacques BARTHÉLÉMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Dr. soc.* 2014, p.207 et spéc. p.208.

³⁹⁵*Ibidem*. V. également nos études préc. et les articles de doctrine cités en références.

³⁹⁶Philippe LANGLOIS, note sous CE 15 déc. 1978, *D.* 1979, I.R., p.332. L'auteur souligne que cette inégalité entre les parties ne résulte pas de la notion même de branche d'activité mais qu'elle est la conséquence de la technique de la représentation (Sur la technique civiliste de la représentation dans le droit de la négociation collective, V. outre les références citées dans notre introduction : Philippe LANGLOIS, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 283 ; Christophe RADÉ, « Droit du travail et conventions collectives », *RDC* 2004, n°4, p.1001).

³⁹⁷Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ? », *Dr. soc.* 2014, p.212 et spéc. p.213.

³⁹⁸Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *op. cit.* .

économique - et l'éparpillement de la représentation patronale³⁹⁹ ont favorisé un nombre très important de branches englobant des « *micro-branches (en nombre de salariés couverts)* », voire des « *branches mortes (en termes d'activité de négociation)* »⁴⁰⁰. Plusieurs rapports⁴⁰¹ ont ainsi mis en évidence un « *émiettement de la négociation* »⁴⁰² entre des branches de taille et d'importance économique les plus diverses et constaté que ce paysage « *hétéroclite et*

³⁹⁹Comme l'a souligné le sociologue Jean Bunel, la représentation patronale est plurielle compte tenu de la diversité des entreprises (en termes de taille mesurée en nombre de salariés ou de chiffre d'affaire, de clientèle, de marchés, de technologies et de produits, de statuts juridiques et de modes de gouvernance, de culture et de valeurs, de localisation...) et de la difficulté de construire un intérêt commun (V. Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.4). Un recensement des organisations professionnelles d'employeurs signataires ou adhérentes d'une convention ou d'un accord collectif, effectué en 2013 par la DGT, a révélé un nombre très important d'organisations avec des lignes de partage souvent peu lisibles, soulignant ainsi « *l'hétérogénéité et la complexité du monde patronal* » (La DGT a dénombré 1043 confédérations et organisations professionnelles distinctes signataires ou adhérentes d'une convention collective ou d'un accord de branche, d'un accord professionnel ou d'un accord interprofessionnel ; V. Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, pp.25-28). Des données sur la diversité de la représentation patronale figurent également dans les études de la DARES réalisées à partir des résultats des campagnes quadriennales de mesure de l'audience des organisations patronales, conformément aux règles de reconnaissance de la représentativité patronale introduites par la loi du 5 mars 2014 (V. Gabin LANGEVIN, « Adhésion aux organisations patronales : une mesure de la couverture patronale », DARES, Document d'études 2019, n°228).

⁴⁰⁰Patrice ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p.1039.

⁴⁰¹Notamment : Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles* », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française (Pour une analyse du rapport : Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », *RDT* 2009, p.596) ; Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013 (V. *JCP S* 2013, act., 439), Jean-Denis COMBEXELLE, « *La négociation collective, le travail et l'emploi* », Rapport au Premier Ministre, France Stratégie, sept. 2015 (V. *JCP S* 2015, act., 327 ; *JCP S* 2015, act., 333) ; Patrick QUINQUETON, « *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles* », Rapport à Madame la ministre du travail, 15 déc. 2015 (V. Sabine IZARD, « La réforme des branches à grands pas », *SSL* 2015, n°1703, p.2 ; Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », recueil des propos de Patrick Quinqueton, *SSL* 2015, n°1703, p.3 ; Alain SAURET, « Vers une nouvelle structuration des branches professionnelles : à propos du rapport Quinqueton », *Gaz. Pal.*, 2 fév. 2016, n°05, p.14) ; Pierre RAMAIN, « *Rapport sur la restructuration des branches professionnelles (rapport non définitif)* » (V. « Atteindre l'objectif de moins de 100 branches nécessite des évolutions législatives (rapport non définitif de P. Romain) », dépêche AEF n°621030, 31 janv. 2020 ; « Le détail du paysage conventionnel avec moins de 100 branches proposé par Pierre Romain (rapport non définitif) », dépêche AEF n°621078, 31 janv. 2020 ; Elsa LEDERLIN, Alexis BECQUART, « Deuxième phase du mouvement de rapprochement des branches professionnelles. L'utilisation des conclusions du rapport Romain (non définitif) », *SSL* 2020, n°1912, p.5 ; Jacques BARTHÉLÉMY, Gilbert CETTE, Gély KOUDADJE, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.* 2020, p.455).

⁴⁰²Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD, Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, coll. *Précis*, 32^e éd., Dalloz, 2019, n°1409, p.1661.

morcelé »⁴⁰³ ne permettait pas à la branche d'assumer pleinement ses fonctions⁴⁰⁴. Des préconisations ont dès lors été formulées afin de simplifier le paysage conventionnel français⁴⁰⁵ en favorisant pour cela le regroupement des branches professionnelles⁴⁰⁶. Suivant fidèlement ces préconisations⁴⁰⁷, le législateur profitera de la réforme représentativité patronale pour introduire un droit spécifique de la restructuration des branches au sein du Code du travail⁴⁰⁸.

§ 2. Un essai de clarification

63. La difficulté d'identifier la branche d'activité provient du législateur lui-même qui en consacrant la liberté des parties s'abstient de donner une définition de la notion (A). Divisée sur l'utilité d'une telle définition, la doctrine a de son côté fourni certaines contributions sur lesquelles nous nous arrêterons afin d'analyser leur apport dans l'appréhension de la notion (B). La synthèse de ces travaux de clarification souligne la coexistence de plusieurs acceptions de la branche et confirme que cette dernière ne peut être appréhendée en dehors de la pratique sociale qui l'a édifiée (C).

⁴⁰³Benjamin REDT, Charly COCO, Glenn TANGUY-LATUILLIÈRE, Fabrine THUILLIER, Coralie DEFFES, Azadeh AKRAMI-CASTANON, « La restructuration des branches : pour une refonte concertée et dynamique du paysage syndical », *Dr. soc.* 2018, p.871. Comme le précisent les membres de la DGT co-auteurs de cet article, en octobre 2015 la sous-commission de la restructuration des branches professionnelles (créée par la loi du 5 mars 2014) de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (*C trav.*, art. L. 2271-1 et s. ; V. infra) décomptait 687 conventions collectives déposées auprès du ministère du Travail et 220 conventions collectives relevant du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation soit 907 conventions collectives, de portée et d'application variables. Nous ajoutons qu'en 2009, le rapport Poisson faisait également état de 687 conventions collectives du « régime général » (ministère du Travail) et de 255 conventions du secteur agricole, soit 942 branches (Jean-Frédéric POISSON, Rapport préc., p.41).

⁴⁰⁴Les différents travaux précités ont souligné les effets négatifs d'un tel morcellement : une portée régulatrice de l'accord de branche amoindrie et une perte de lisibilité du droit conventionnel ; des conventions obsolètes qui perdurent faute de dénonciation ; un risque de contentieux lié à une mauvaise application ; une entrave à la mutualisation des moyens (V. Benjamin REDT, Charly COCO et autres membres de la DGT, *op. cit.*).

⁴⁰⁵Pour une comparaison internationale : Jean-Frédéric POISSON, Rapport préc., pp.91-107.

⁴⁰⁶Pour une analyse des préconisations formulées par les rapports précités sur le regroupement des branches : Alain SAURET, « Le regroupement des branches », *JCP S* 2016, 1441 ; V. également les articles précités en note n°401. Nous précisons, en outre, que dans son rapport pour un Code du travail plus efficace remis en 2004, Michel de Virville formulait déjà des propositions chiffrées en termes de regroupement de branches, ceci afin de favoriser l'effectivité des textes conventionnels (V. Michel de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, proposition n°50, p.75).

⁴⁰⁷V. notamment la « palette de mesures » proposée par Jean Denis Combrexelle sur la structuration des branches à l'occasion de la remise de son rapport sur la réforme de la représentativité patronale (Rapport oct. 2013 préc., pp.77-80).

⁴⁰⁸La loi du 5 mars 2014 a introduit dans la partie législative du Code du travail une nouvelle section intitulée « Restructuration des branches professionnelles ». Ses dispositions ont été complétées par des textes postérieurs (V. supra note n°29) qui ont affiné un double dispositif de regroupement des branches : une restructuration administrée par la puissance publique d'une part et l'encadrement d'une restructuration conventionnelle réalisée par les partenaires sociaux d'autre part (V. *C. trav.*, art. L. 2261-32 et s.). Comme nous l'avons indiqué en introduction de notre étude, nous reviendrons sur ce dispositif technique lors de l'examen de ses conséquences sur les critères de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel (V. infra).

A. L'absence d'une définition légale de la branche

64. Un auteur a souligné de façon imagée que « *Les branches professionnelles demeurent un sujet aussi mystérieux que le monstre du Loch Ness. Tout le monde en parle, personne n'en a vu la moindre définition, qu'elle soit juridique, économique ou sociale* »⁴⁰⁹. En s'abstenant de livrer une définition explicite, le législateur entretient concomitamment une confusion entre certaines notions qui participe à la difficulté d'identifier la branche (1), même si des ébauches de distinction ont pu être récemment constatées (2).

1- Une confusion législative entre la convention collective et la branche

65. Nous avons vu que le législateur a laissé le soin aux parties de définir le champ d'application de la convention et de déterminer par là-même les contours de la branche. Il lui était probablement difficile d'en « *décider autrement* » puisque cette liberté « *apparaît étroitement liée à la liberté syndicale* »⁴¹⁰. Pour autant, cette liberté a généré un grand désordre dans le paysage conventionnel de branche en raison de la diversité des structures syndicales et plus particulièrement des organisations patronales⁴¹¹. Si, comme le souligne un auteur, ce désordre « *a comme origine la volonté - respectable - des négociateurs* »⁴¹², il résulte également de l'« *assimilation de la notion de branche au seul lieu de négociation d'une convention collective* »⁴¹³. Cette assimilation provient du fait que la branche n'est pas explicitement définie⁴¹⁴ et que le législateur lui-même entretient une confusion entre la convention collective

⁴⁰⁹Gilles LÉCUELLE, « *Le lieu d'une politique socio-économique codéterminée* », *Dr. soc.* 2018, p.890.

⁴¹⁰Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°148, p.266.

⁴¹¹V. étude 62 supra.

⁴¹²Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

⁴¹³Gilles LÉCUELLE, *op. cit.*

⁴¹⁴Reprenant son rapport de 2009, le Député Jean-Frédéric Poisson indiquait dans un interview donné aux Cahiers Lamy du CE en 2014 que « *La branche n'est pas juridiquement définie. Pour les économistes, la « branche » renvoie à un marché de produits ou de services supposé homogène. Pour les statisticiens, elle peut être employée concurremment avec la notion de secteur, c'est-à-dire un ensemble d'entreprises regroupées selon un critère d'activité dominante, et non à partir d'un critère d'activité homogène. Du point de vue du droit du travail, les « branches » sont des constructions de la négociation collective. Autrement dit, les branches professionnelles ne sont pas des cadres préétablis (donnés par le marché, établis par la science ou constitués par l'administration), dans lesquels on ferait entrer des acteurs eux-mêmes préexistants. Leurs contours résultent de compromis entre les acteurs que cette négociation engage* » (Jean-Frédéric POISSON, « Les branches professionnelles : constat et améliorations possibles », *Cah. Lamy du CE* 2014, n°135, p.27 ; V. également rapport préc. : « *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles* », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, p.35).

de branche et la branche professionnelle. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner attentivement la rédaction des dispositions du Code du travail relatives aux conventions de branche et accords professionnels⁴¹⁵. L'article L. 2232-5 al.1 dispose ainsi que « *Le champ d'application territorial des conventions de branches et des accords professionnels peut être national, régional ou local* » alors que l'article L. 2232-5-2, crée par la loi du 8 août 2016, indique : « *Les branches ont un champ d'application national. Toutefois, certaines des stipulations de leurs conventions et accords peuvent être définies, adaptées ou complétées au niveau local. Les organisations d'employeurs constituées conformément à l'article L. 2131-2 affiliées ou adhérentes aux organisations d'employeurs reconnues représentatives dans la branche sont habilitées à négocier, dans le périmètre de la branche, des accords collectifs dont le champ d'application est régional, départemental ou local, et à demander l'extension de ces accords* ». Cette dernière précision législative, qui procède d'une « *tentative de synthèse* »⁴¹⁶ entre branche et convention collective, accroît au contraire la confusion entre les deux notions. En effet, en érigeant comme principe que les branches ont un champ d'application national - tout en maintenant la possibilité d'une négociation subsidiaire au niveau local - la loi du 8 août 2016 vise « *la disparition* »⁴¹⁷ ou à tout le moins la contraction des branches territoriales, dont le nombre et l'activité conventionnelle parfois inexistante participent à l'émiettement et à l'affaiblissement du tissu conventionnel. Pour autant, l'article L. 2232-5 continue à poser le principe que le champ d'application des conventions ou accords de branche est soit national, régional ou local. Par ailleurs, l'évocation par l'article L. 2232-5-2 d'un « champ d'application » pour les branches professionnelles ne semble pas appropriée car le champ d'application « *concerne les dispositions conventionnelles mais pas la branche elle-même qui ne "s'applique" pas vraiment à quiconque* »⁴¹⁸.

⁴¹⁵Regroupées dans : *C. trav.*, Deuxième partie, Livre II, Titre III, Chap. II, Sect. II « *Conventions de branche et accords professionnels* ».

⁴¹⁶Damien DELEVALLEE, « La branche professionnelle, une notion historique en voie de définition », *JCP S* 2016, 1445.

⁴¹⁷*Ibidem*.

⁴¹⁸*Ibid*.

2- Des ébauches de distinction

66. Approche institutionnelle. Si certains auteurs ont pu voir dans la loi du 8 août 2016 une définition de la notion de branche⁴¹⁹, elle n'est venue en réalité que préciser les missions de cette dernière⁴²⁰. Cette intervention du législateur aurait pu, au contraire, être « *l'occasion de clarifier la notion de branche professionnelle en la distinguant clairement de celle de convention collective* »⁴²¹ car ces deux notions « *ne sont pas synonymes* »⁴²². La convention collective ne serait en réalité qu'un « *outil* »⁴²³ de la branche.

Dans étude antérieure à la publication de la loi du 8 août 2016, Vincent Bonnin soulignait que « *si en droit du travail, la branche est très vite associée à la convention et à l'accord collectif [...]. Il n'est cependant pas possible d'affirmer qu'il n'existe pas de branche sans accord collectif* »⁴²⁴. La place prise par les organisations professionnelles, dans les relations avec les pouvoirs publics notamment, permettrait « *d'identifier de tels périmètres* »⁴²⁵. Même si la branche trouve « *sa principale raison d'être dans la conclusion d'une convention collective* »⁴²⁶, nous souscrivons à cette opinion que la loi du 8 août 2016 semble avoir confortée. Tout en confirmant sa vocation première, qui consiste à définir conventionnellement les conditions d'emploi et de travail des salariés et à réguler par là-même la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application⁴²⁷, le législateur a en effet explicitement assigné à la branche - et aux structures paritaires qui en sont issues - des missions relevant de l'intérêt général, telles qu'une représentation auprès des pouvoirs publics et un appui aux entreprises⁴²⁸. L'appréhension de la branche en tant que structure de représentation et de « *service* »⁴²⁹ et non plus uniquement au travers de son activité conventionnelle milite ainsi pour une distinction entre la branche professionnelle et la convention collective de branche, la première ne pouvant dès lors être réduite au seul lieu de conclusion de la seconde.

⁴¹⁹V. notamment Philippe PORTIER, « Restructuration des branches professionnelles : le point de vue de la CFDT », *Dr. soc.* 2018, p.879.

⁴²⁰V. supra note n°323.

⁴²¹Damien DELEVALLEE, *op. cit.*

⁴²²Lamy négo. coll. 2018, n°623.

⁴²³*Ibidem.*

⁴²⁴Vincent BONNIN, « A la recherche de la branche », *BS* 12/10, Etude, 1.

⁴²⁵*Ibidem.*

⁴²⁶*Ibid.*

⁴²⁷*C. trav.*, art. L. 2232-5-1. Nous rappelons que les dispositions de l'article L. 2232-5-1 ont été remaniées par l'ordonnance du n°2017-1385 du 22 septembre 2017 (V. supra note n°323 ; V. également note n°213 sur les garanties définies aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 visées par l'article).

⁴²⁸V. supra note n°323. V. également sur les missions de la branche autres que conventionnelles : Alexis BUGADA, « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », *JCP S* 2016, 1442 ; Christophe FROUIN, « Des branches au service », *JCP S* 2019, 1116.

⁴²⁹Christophe FROUIN, *op. cit.*

67. Restructuration. Sans entrer à ce stade dans un détail technique⁴³⁰, nous soulignons que le dispositif de restructuration des branches professionnelles distingue également les deux notions. L'article L. 2261-33 du Code du travail dispose effectivement qu'« *En cas de fusion des champs d'application de plusieurs conventions collectives en application du I de l'article L. 2261-32 ou en cas de conclusion d'un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes, les stipulations conventionnelles applicables avant la fusion ou le regroupement, lorsqu'elles régissent des situations équivalentes, sont remplacées par des stipulations communes, dans un délai de cinq ans à compter de la date d'effet de la fusion ou du regroupement* » et que « *Pendant ce délai, la branche issue du regroupement ou de la fusion peut maintenir plusieurs conventions collectives* ». Pendant le délai de cinq ans, la branche peut donc comporter plusieurs conventions collectives, ce qui atteste que les deux notions ne se recoupent pas.

Au-delà de ces dispositions transitoires, une certaine doctrine soutient d'une manière générale que la négociation au sein de la branche « *peut conduire à la conclusion d'une seule convention collective de travail applicable à l'ensemble des salariés des entreprises de la branche* » mais que « *rien n'empêche les partenaires sociaux de conclure également, dans la branche, plusieurs conventions et accords collectifs de travail autonomes ayant, le cas échéant, leur propre champ d'application, catégoriel ou territorial par exemple* »⁴³¹. Cette possibilité de conclure, dans le périmètre d'une branche professionnelle, des conventions et accords autonomes résulterait « *de la suppression, par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (art. 39), de l'alinéa 2 de l'ancien article L. 132-11 du code du travail qui disposait que, "lorsqu'un accord professionnel a le même champ professionnel qu'une convention de branche, il s'incorpore à ladite convention dont il constitue un avenant ou une annexe"* »⁴³². Il ne ferait donc « *aucun doute qu'aux termes des dispositions de la loi, une branche peut comporter, en particulier depuis 2004, non pas seulement une convention collective applicable à l'ensemble des salariés*

⁴³⁰V. supra note n°408.

⁴³¹Pia VOISINE, « Comment fluidifier le processus de restructuration des branches ? », *Dr. soc.* 2018, p.884. Cet article rédigé par la Directrice de missions du MEDEF livre la position de l'organisation patronale sur la restructuration des branches professionnelles et prône la liberté des partenaires sociaux dans la structuration du paysage conventionnel. Ces derniers devraient ainsi pouvoir décider si la branche sera le réceptacle d'une seule ou au contraire de plusieurs conventions collectives dans le cadre du chantier de restructuration.

⁴³²*Ibidem*.

*des entreprises de la branche mais plusieurs conventions ou accords collectifs autonomes, le cas échéant, catégoriels, territoriaux, etc »*⁴³³.

Réfutant cette thèse, le Professeur Paul-Henri Antonmattei souligne qu'au contraire le sens du dispositif de restructuration des branches serait qu'une branche n'accueille à l'avenir qu'une seule convention collective et que cette « *unicité conventionnelle est assumée par les réformateurs puisque la restructuration des branches passe uniquement par le regroupement des champs conventionnels et la construction d'une seule convention collective* »⁴³⁴. La rédaction de l'article L. 2261-33 du Code du travail semble au demeurant confirmer cette approche puisqu'il est prévu que si un accord d'harmonisation est conclu pendant le délai de cinq ans, il se substitue aux stipulations des conventions collectives antérieures régissant des situations équivalentes et qu'en cas d'échec des négociations les stipulations de la convention

⁴³³*Ibid.*. L'auteur ajoute que la possibilité de conclure des accords autonomes territoriaux ou catégoriels dans le périmètre d'une branche est d'ailleurs consacrée par l'article L. 2232-5 du Code du travail qui dispose que le champ d'application des conventions et accords de branche peut être national, régional ou local et par l'article L. 2232-7 du Code du travail qui prévoit les règles de validation des conventions et accords catégoriels de branche. Nous soulignons que l'article L. 2232-5-2 disposant que « *Les organisations d'employeurs constituées conformément à l'article L. 2131-2 affiliées ou adhérentes aux organisations d'employeurs reconnues représentatives dans la branche sont habilitées à négocier, dans le périmètre de la branche, des accords collectifs dont le champ d'application est régional, départemental ou local [...]* » nous semble un argument textuel plus adapté à la démonstration que l'article L. 2232-5.

⁴³⁴Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire ! », *Dr. soc.* 2018, p.868.

collective de la branche de rattachement s'appliquent à l'issue de ce délai⁴³⁵. Le sens de la réforme serait donc bien la mise en place d'une négociation au cœur de grandes branches fusionnées afin de concevoir une convention collective unique⁴³⁶.

Si nous nous rangeons à cette dernière opinion, nous soulignons que le simple fait qu'un débat existe sur l'unicité conventionnelle au sein des branches regroupées ou fusionnées - y compris au-delà de la période transitoire visée à l'article L. 2261-33 - corrobore l'idée que le champ conventionnel et la branche doivent a priori être distingués. Le conseiller d'Etat Patrick Quinqueton fait d'ailleurs de cette distinction un postulat du dispositif de restructuration des

⁴³⁵V. Gérard VACHET, « Le champ d'application conventionnel en cas de fusion des branches professionnelles », *Dr. soc.* 2018, p.899. Nous précisons que les dispositions de l'article L. 2261-33 du Code du travail ont fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil Constitutionnel. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité visant, notamment, l'alinéa 3 de l'article qui dispose qu'« *A défaut d'accord conclu dans ce délai, les stipulations de la convention collective de la branche de rattachement s'appliquent* », le Conseil a en effet estimé qu'« *En adoptant ces dispositions, 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. Dès lors, et compte tenu de l'objectif d'intérêt général énoncé au paragraphe 17 de la présente décision, la privation d'effet des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent, non des situations propres à cette branche, mais des situations équivalentes à celles régies par la convention collective de la branche de rattachement, ne méconnaît pas le droit au maintien des conventions légalement conclues* » mais qu'« *En revanche, 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* » (Cons. const., 29 nov. 2019, n°2019-816 QPC, *D.* 2019, p.2306 ; *JCP S* 2019, 1350, étude Alexis BUGADA ; *SSL* 2019, n°1887, p.12, obs. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *JSL* 2020, n°490, obs. Hélène NASOM-TISSANDIER ; *RDT* 2020, p.200, obs. Sophie NADAL ; *Dr. soc.* 2020, p.366, note Barbara GOMES). Comme l'indique Sylvain Niel, le Conseil opère donc une « *dichotomie* » entre les stipulations propres à une branche qui doivent subsister tant qu'un accord de remplacement n'est pas conclu et les stipulations portant sur des situations équivalentes, qui peuvent être remplacées par celles de la convention de rattachement au bout de cinq ans. La limite entre une situation équivalente et une situation propre à une branche étant, comme le souligne l'auteur, « *délicate à tracer* » (Sylvain NIEL, « Les conventions collectives de branche vont-elles disparaître ? », *SSL* 2019, n°1888-1889, p.4). V. également sur ce dernier point, Alexis BUGADA, « Constitutionnalité réservée de la fusion imposée des champs conventionnels », *JCP S* 2019, 1350 : l'auteur souligne que la notion de « situations équivalentes » reste à déterminer et qu'elle ne doit pas être confondue « avec celle de "garanties au moins équivalentes" qui conditionne l'articulation des conventions de branche et d'entreprise dans les domaines listés par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du code du travail. La première se révèle plutôt thématique (situations équivalentes), alors que la seconde serait plutôt de nature qualitative (garanties équivalentes) ».

branches lorsqu'interviewé sur son rapport⁴³⁷, il indique : « *Dans mon rapport, je préfère d'ailleurs parler de champ conventionnel que de branches. La branche c'est l'organisation qu'il y a derrière le champ conventionnel. Regrouper des champs conventionnels induit un regroupement des branches, mais ce n'est pas un préalable* »⁴³⁸.

68. Interbranches. Nous pouvons, enfin, voir dans la précision apportée par l'ordonnance du 22 septembre 2017⁴³⁹ aux dispositions de l'article L. 2232-5 du Code du travail traitant du champ d'application territorial des conventions de branches et des accords professionnels⁴⁴⁰, une autre ébauche de distinction législative entre la branche et le champ conventionnel. Un second alinéa ainsi rédigé a été ajouté à l'article : « *Sauf disposition contraire, les termes "convention de branche" désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* ». En introduisant la notion d'« accords interbranches », qui n'était pas jusqu'alors appréhendée par le Code du travail, le législateur opère à nouveau une dichotomie entre la branche et le champ conventionnel. Selon les termes du nouvel alinéa, la convention de branche peut en effet également désigner des

⁴³⁶V. Sylvain NIEL, *op. cit.* La Direction Générale du Travail a d'ailleurs prévu que les stipulations spécifiques aux différentes situations puissent être prises en compte au sein d'un champ conventionnel unifié. Comme l'indique son ancien Directeur Général, « *On peut très bien imaginer que suite à une fusion des champs conventionnels, les partenaires sociaux d'une branche construisent une convention socle, une sorte de "maison commune" où ils traiteraient des enjeux communs, par exemple la formation professionnelle ou encore la lutte contre les discriminations, et qu'ils traitent dans les annexes des stipulations spécifiques aux différentes situations* » (Yves STRULLOU, *Liaisons soc. quotidien*, 10 sept. 2018). Nous soulignons que cette idée figurait déjà dans le rapport de Jean Denis Combrexelle, alors Directeur Général du Travail, sur la réforme de la représentativité patronale (Rapport oct. 2013 préc., pp.79-80). La validité de cette forme de « *regroupement en réseau* » consistant en un tronc commun avec des annexes sectorielles fait cependant l'objet de discussions en doctrine (V. Christophe FROUIN, « La négociation du regroupement des branches », *JCP S* 2016, 1443). En effet, si l'article L. 2232-5-2 du Code du travail admet que soient négociés, dans le périmètre de la branche, des accords collectifs dont le champ d'application est régional, départemental ou local (V. étude 65 supra), il n'existe pas de dispositions analogues sur la négociation d'annexes sectorielles au sein de la branche. Cette absence d'autorisation expresse a conduit certains auteurs à s'interroger sur la compatibilité d'un tel système avec le principe de l'égalité de traitement (V. Patrick QUINQUETON, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », interview par Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, *SSL* 2015, n°1703, p.3 ; Jean-Guy HUGLO, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », *SSL* 2016, n°1727, p.8 et spéc. p.13). Nous ajoutons que cette question revêt une importance accrue depuis que la Chambre sociale de la Cour de Cassation a refusé de reconnaître une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs dans les domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union européenne (Cass. soc., 3 avr. 2019, *D.* 2019, p.766 ; *D.* 2019, p.963, comm. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *JCP S* 2019, 1134, note Grégoire LOISEAU ; *JCP S* 2019, 1135, note Joël CAVALLINI ; *JCP G* 2019, 519, note Gérard VACHET ; *JCP G* 2019, 520, note Jérôme DANIEL ; *Dr. soc.* 2019, p.447, comm. Christophe RADÉ ; *Dr. soc.* 2019, p.559, note Jean-Emmanuel RAY ; *SSL* 2019, n°1858, note Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE et Laurent MARQUET DE VASSELOT ; *JCP S* 2020, 1078, étude Anne BERRIAT).

⁴³⁷V. supra note n°401.

⁴³⁸Patrick QUINQUETON, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », interview par Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, *SSL* 2015, n°1703, p.3.

⁴³⁹Ord. n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective (ratifiée par la loi du 29 mars 2018, V. supra note n°276).

⁴⁴⁰V. étude 65 supra.

accords interbranches qui n'étaient jusqu'alors que le fruit de la pratique. Cette « légalisation » atteste ainsi d'une différence entre le périmètre de la branche⁴⁴¹ et l'étendue du champ conventionnel au sein duquel elle peut s'insérer (même si nous devons admettre que l'accord interbranches ne portera que sur un sujet déterminé alors que la convention collective de branche a vocation à régir le statut des salariés de la branche et donc, dans l'approche classique, à donner corps à cette dernière).

B. Les apports doctrinaux à la définition de la branche

69. La confusion entre le périmètre de la branche et le champ d'application des conventions collectives a donc fait récemment l'objet de tentatives de clarification de la part du législateur mais celles-ci nous paraissent, à tout le moins, inachevées. Si cette confusion provient de l'absence d'une définition légale de la branche, la doctrine semble toutefois divisée sur l'utilité, voire l'opportunité, d'une telle définition (1). Certains auteurs ont malgré tout tenté définir la branche en la comparant à des notions voisines mais l'analyse de ces contributions souligne la difficulté d'établir de véritables critères de différenciation (2).

1- Les débats sur l'opportunité d'une définition

70. Une définition non souhaitable. Selon Jean-Denis Combrexelle, *« la solution, proposée par certains, consistant à donner une définition législative et donc théorique de la branche n'est pas souhaitable dans la mesure où elle serait inadaptée à une situation par trop diverse et complexe »*⁴⁴². Soutenant la même idée, le Député Jean-Frédéric Poisson soulignait dans son rapport que *« L'absence de définition a priori donne sa souplesse d'usage à la norme de composition des branches, autorisant des interprétations très hétérogènes de l'activité économique. Dès lors qu'il s'agit de négociation collective, en raison même des objets de la représentation d'intérêts collectifs et des modes d'exercice de celle-ci, cette notion commune d'activité économique doit pouvoir se prêter, légitimement et logiquement, à des interprétations*

⁴⁴¹Sur la théorie des périmètres en droit du travail : Aurélie MUSSIER, *Les périmètres du droit du travail*, thèse, Nancy, 2016 ; Les périmètres d'application du droit du travail – actes du colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux - 2 mars 2018, *Dr. ouv.* 2018, pp.533-600.

⁴⁴²Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.79.

diverses et évolutives. Celles-ci sont précisément l'enjeu premier d'une négociation libre ou autonome »⁴⁴³. Ainsi, selon l'auteur, « proposer une définition des branches professionnelles à codifier serait entièrement dénué de sens et contraire à toute idée de négociation collective autonome »⁴⁴⁴.

71. Une définition nécessaire. Pour Jacques Barthélémy, en revanche, le dispositif conçu pour restructurer les branches au moyen d'une concentration des conventions collectives, « rend encore plus indispensable une définition juridique du concept de branche »⁴⁴⁵. Pour autant, selon l'auteur, « Il ne peut pas plus exister de définition juridique universelle de la branche que de celle d'entreprise. Et les critères permettant de cerner la première en droit social ne peuvent qu'être similaires à ceux définissant la seconde »⁴⁴⁶. Jacques Barthélémy propose ainsi de recourir au concept d'unité économique et sociale - qui a permis à la jurisprudence de cerner la notion d'entreprise en droit social⁴⁴⁷ - pour définir la branche au plan juridique. Comme pour la définition de l'entreprise, l'unité économique serait caractérisée par des activités « similaires, complémentaires, ou concourant à un même objectif consolidé » et ne serait donc pas remise en cause « par le fait que les activités des différentes entreprises [de la branche] ne sont pas identiques »⁴⁴⁸. Une telle définition irait dans le sens de regroupements larges, ce que souhaiterait au demeurant le gouvernement dans le cadre du chantier de

⁴⁴³Jean-Frédéric POISSON, « Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, pp.35-36.

⁴⁴⁴*Idem*, p.38.

⁴⁴⁵Jacques BARTHÉLÉMY, « L'ordre public professionnel », *Cah. Lamy du DRH* 2016, n°235, p.44 et spéc. p.45 ; *adde* Jacques BARTHÉLÉMY, « Branche et ordre public professionnel », *Cah. Lamy du DRH* 2019, n°268, p.48 ; Jacques BARTHÉLÉMY, Gilbert CETTE, Gépy KOUDADJE, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.* 2020, p.455 ; Alexis BUGADA, « Pour plus de clarté et de transparence dans la restructuration des branches », *JCP S* 2022, 1119.

⁴⁴⁶*Ibidem*.

⁴⁴⁷Le concept d'unité économique et sociale a émergé en jurisprudence au début des années 1970 d'abord pour réagir à des pratiques frauduleuses consistant à constituer plusieurs sociétés juridiquement distinctes en vue de contourner les règles relatives à la représentation du personnel dans l'entreprise (V. notamment Cass. crim., 23 avr. 1970, *D.* 1970, p.444) puis pour reconnaître, en dehors de toute fraude, que des sociétés juridiquement distinctes pouvaient constituer un ensemble économique unique (V. notamment Cass. soc., 19 déc. 1972, *D.* 1973, p.381, note Michel DESPAX). Ces premières démarches ont donné lieu, par la suite, à un développement considérable de la notion d'unité économique et sociale dont la jurisprudence a progressivement affiné les critères et qui a été intégrée dans certaines dispositions du Code du travail (V. *C. trav.*, art. L. 2313-8 sur la mise en place du CSE et L. 3322-2 sur la mise en place de la participation). Au-delà de son domaine d'application, circonscrit à certaines matières telles que le droit de la représentation du personnel, la notion d'UES a contribué plus généralement à l'édification de la théorie juridique de l'entreprise en droit du travail (V. notamment Jean SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, pp.527-546 ; Georges PICCA, « Entreprise et unité économique et sociale », *Sur l'entreprise et le droit social*, *Etudes offertes à Jacques Barthélémy*, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.9 ; Isabelle DESBARATS, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, pp.75-92).

⁴⁴⁸Jacques BARTHÉLÉMY, *op. cit.*, p.46.

restructuration « aussi bien par souci de sécurité juridique, de coût de gestion du tissu conventionnel que d'effets au plan social, notamment de l'emploi »⁴⁴⁹. Par ailleurs, la branche ainsi définie « ne serait pas contradictoire avec l'existence de professions qui en sont des composantes »⁴⁵⁰. Le contenu des conventions de branche serait, enfin, conditionné par l'unité sociale qui « ne peut se nourrir que de la consistance juridique d'une collectivité de travail, à l'intérieur de laquelle des droits fondamentaux, tels la mobilité ou la libre circulation des travailleurs, doit être totale »⁴⁵¹.

2- L'étude de notions voisines

72. Appelant également de ses vœux l'« officialisation » de « critères distinctifs » permettant de définir la branche, Lydie Dauxerre livre une contribution dans laquelle elle tente d'appréhender celle-ci au travers de notions voisines⁴⁵². Tout en soulignant que l'appréhension de la branche professionnelle nécessite une analyse pragmatique et empirique, l'auteur indique en effet que la branche peut être envisagée au travers des notions de profession, de secteur d'activité ou de filière.

73. Profession. La profession, qui n'est pas d'avantage définie par le Code du travail⁴⁵³, naîtrait « de la spécificité des conditions dans lesquelles une entité déploie une activité (statut conventionnel et social, régime de protection sociale, règles contentieuses, organisation de l'entité) et ce, au regard de celle qu'une autre exerce et qui relève précisément d'une profession identifiée »⁴⁵⁴. La profession serait ainsi caractérisée par « une activité économique dont les

⁴⁴⁹*Ibidem.*

⁴⁵⁰*Ibid.*

⁴⁵¹*Ibid.*

⁴⁵²Lydie DAUXERRE, « Contribution à l'étude de la branche professionnelle », *JCP S* 2010, 1038.

⁴⁵³Nous rappelons que la section du Code du travail régissant les conventions de branche s'intitule « *Conventions de branche et accords professionnels* » (V. supra note n°415). La notion de profession est donc explicitement visée par les dispositions relatives à la négociation collective mais ne reçoit, pas plus que la branche, une définition en droit du travail (V. Pascal CAILLAUD, « Déclin ou renouveau des professions ? Une notion sous les feux de l'actualité juridique », *Dr. soc.* 2016, p.100 ; Jean-Pierre Le CROM, « La profession dans la construction du droit du travail », *Dr. soc.* 2016, p.105). Nous pouvons toutefois déduire de l'intitulé de la section que la branche et la profession constituent un niveau identique de négociation. Nous soulignons, à ce propos, que cette connexité a pu être constatée dès l'adoption de la loi du 24 juin 1936 dont l'ambition était l'organisation des professions au travers de l'extension des conventions collectives de branche (V. supra). La rédaction de l'alinéa 2 de l'article L. 2232-5 du Code du travail issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 (V. étude 68 supra) indiquant que « *Sauf disposition contraire, les termes "convention de branche" désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* » semble au demeurant confirmer de façon explicite ce point.

⁴⁵⁴Lydie DAUXERRE, *op. cit.*

modalités d'exercice comportent une part de spécificité »⁴⁵⁵. La branche transparaîtrait alors « du constat de l'existence d'une pluralité d'entreprises ou d'entités d'une profession déterminée (textile) ou de professions ayant une particularité commune (travail du métal : automobile, aéronautique, biens d'équipement) »⁴⁵⁶. La branche pourrait donc comporter des entreprises qui appartiennent à une même profession ou à des professions différentes, ce qui pourrait induire que la profession s'insère dans la branche et non l'inverse⁴⁵⁷. Alain Sauret constate d'ailleurs que lorsque la profession est envisagée comme une activité réglementée (avocats, experts-comptables, pharmaciens...), il n'y a alors « pas d'exemple de profession unique éclatée au niveau conventionnel »⁴⁵⁸. La profession agirait ainsi comme un identifiant de la branche, tout particulièrement lorsque la profession est régie par un statut qui permet d'en tracer les contours. Si cette démonstration n'est pas inutile, il faut toutefois admettre qu'en dehors de cette dernière hypothèse, et bien qu'une « alchimie »⁴⁵⁹ s'opère entre la branche et la profession, l'absence de définition légale ne permet pas de conclure avec certitude à l'existence d'une logique de niveau entre les deux notions⁴⁶⁰. La « logique de plus grand ou de plus petit »⁴⁶¹ qui permettrait d'identifier la branche au travers de la reconnaissance d'une ou plusieurs professions et non l'inverse se heurtera quoi qu'il en soit au principe de la liberté des parties de définir le champ d'application professionnel de la convention.

74. Secteur. Le secteur d'activité ne se confondrait pas avec la branche selon l'INSEE, qui semble opposer les deux notions. La définition de la branche (ou branche d'activité) donnée par l'Institut indique en effet : « Une branche (ou branche d'activité) regroupe des unités de production homogènes, c'est-à-dire qui fabriquent des produits (ou produisent des services) qui appartiennent au même item de la nomenclature d'activité économique considérée. Au

⁴⁵⁵*Ibidem*. Nous rappelons que c'est en raison de certaines « spécificités » que le Conseil d'Etat avait estimé que l'activité économique exercée par le Crédit agricole devait être regardée comme une « profession » (V. supra note n°377).

⁴⁵⁶*Ibid.*

⁴⁵⁷Jacques Barthélémy semble affirmatif sur ce point (V. supra note n°450). D'autres auteurs ont soutenu au contraire que la branche se situe à un niveau inférieur de la profession. La branche serait alors une « sous-structure » de la profession (Albert ARSEQUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.382).

⁴⁵⁸Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

⁴⁵⁹Lydie DAUXERRE, *op. cit.*

⁴⁶⁰Cette idée se heurte d'ailleurs à la précision apportée par l'alinéa 2 de l'article L.2232-5 du Code du travail (V. supra note n°453). Sur le terrain conventionnel, il n'existe pas a priori de différence entre les accords de branche et les accords professionnels qui ressortent du même niveau de négociation. Nous rappelons également qu'antérieurement à la précision apportée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, la loi du 4 mai 2004 avait supprimé l'alinéa 2 de l'ancien article L. 132-11 du code du travail qui disposait que « Lorsqu'un accord professionnel a le même champ d'application territorial et professionnel qu'une convention de branche, il s'incorpore à ladite convention dont il constitue un avenant ou une annexe » (V. supra note n°432).

⁴⁶¹Alain SAURET, *op. cit.*

contraire, un secteur regroupe des unités statistiques (entreprises, unités légales) classées selon leur activité principale »⁴⁶². Lydie Dauxerre en conclut que « *Le secteur d'activité se distingue donc, à bien des égards, de la branche. Néanmoins, parce qu'il subordonne l'appartenance d'une entreprise à celle-ci au respect du critère de l'activité principale exercée, il peut être appréhendé comme l'une de ses composantes* »⁴⁶³. Comme l'indiquait déjà Michel Despax, « *le "secteur professionnel" serait donc une notion "seconde" par rapport à celle de branche d'activité* »⁴⁶⁴.

Cette position semblerait au demeurant recevoir une confirmation à la fois légale et jurisprudentielle. L'article L. 2261-17 du Code du travail relatif à l'élargissement des conventions et accords étendus⁴⁶⁵ dispose en effet au 1° et au 2° que la procédure a pour objet de « *Rendre obligatoire dans le secteur territorial considéré une convention ou un accord de branche déjà étendu à un secteur territorial différent* » et de « *Rendre obligatoire dans le secteur professionnel considéré tout ou partie d'une convention ou d'un accord professionnel déjà étendu à un autre secteur professionnel* ». Le champ d'application de la convention de branche ou de l'accord professionnel étendu à un secteur territorial ou professionnel peut donc - dans des circonstances de carence de la négociation collective détaillées par l'article⁴⁶⁶ - être élargi à un autre secteur territorial ou professionnel, ce qui sous-tend que la convention de branche ou l'accord professionnel s'appliquera alors à plusieurs secteurs territoriaux ou professionnels. Par ailleurs, l'article L. 2261-12 du même Code indique : « *Lorsque la dénonciation d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel émane d'une organisation seule signataire, soit pour la partie employeurs, soit pour la partie*

⁴⁶²<https://www.insee.fr> (Définitions, méthodes et qualité/Définitions).

⁴⁶³Lydie DAUXERRE, *op. cit.*. Nous précisons que pour définir le concept « Secteur d'activité/Secteur », l'INSEE indique : « *un secteur regroupe des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la même activité principale (au regard de la nomenclature d'activité économique considérée). L'activité d'un secteur n'est donc pas tout à fait homogène et comprend des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature que celui du secteur considéré. Au contraire, une branche regroupe des unités de production homogènes* ». Il n'est pas sûr, à notre sens, que cette définition « économique » élaborée à des fins statistiques soit d'un grand secours sur un plan juridique car au-delà de la référence à l'activité principale que la jurisprudence appréhende quoi qu'il en soit de façon souveraine (V. supra note n°368), l'INSEE semble davantage axer le critère de différenciation entre le secteur et la branche sur l'homogénéité de l'activité. Le secteur permettrait ainsi de classer à des fins d'études statistiques et économiques les entreprises qui ont la même activité principale mais cette activité pourrait ne pas être totalement homogène et comprendre des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature NAF (V. supra note n°367). La branche, quant à elle, ne regrouperait que des unités de production homogènes c'est-à-dire relevant exclusivement du même item de nomenclature.

⁴⁶⁴Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°255, p.475.

⁴⁶⁵V. infra.

⁴⁶⁶L'article L. 2261-17 du Code du travail autorise la procédure d'élargissement, « *En cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé [...]* ». Nous reviendrons sur ce point dans la suite de note étude.

salariés, concernant un secteur territorial ou professionnel inclus dans le champ d'application du texte dénoncé, ce champ d'application est modifié en conséquence ». Cette précision constituerait donc un argument textuel complémentaire permettant d'affirmer que le secteur est une composante de la branche. Nous tempèrerons toutefois l'apport de ces dispositions en soulignant qu'elles visent le secteur « territorial » et/ou « professionnel » et non le secteur « d'activité ». Les deux notions ne se confondraient pas⁴⁶⁷. Par ailleurs, depuis la loi du 13 novembre 1982, le secteur professionnel n'est plus explicitement rattaché à la branche en matière d'élargissement, ce qui ne permet plus de soutenir qu'il est nécessairement une composante de la branche⁴⁶⁸.

La jurisprudence a également été amenée à se prononcer sur la question en matière de licenciement pour motif économique pour lequel le secteur d'activité sert, dans certaines hypothèses, de cadre d'appréciation des difficultés économiques⁴⁶⁹. Ainsi, dans un arrêt du 3 octobre 2011, les juges du fond ont estimé que *« le secteur d'activité doit être considéré comme le secteur qui regroupe des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la même activité principale, laquelle peut elle-même être composée de différentes unités de production dont chacune participe au processus de fabrication du produit ou à la mise à la disposition de ce produit ou d'un service. L'employeur distingue à juste titre la notion de branche d'activité de celle de secteur d'activité, indiquant relever de la branche d'activité de l'électronique qui comporte plusieurs secteurs d'activité dont celui des supports d'enregistrement auquel appartient le site fermé »*⁴⁷⁰. La branche comporterait alors, au cas d'espèce, plusieurs secteurs d'activité. Saisie à plusieurs reprises, la Chambre sociale de la Cour

⁴⁶⁷V. Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.79. Pour l'auteur, l'expression « secteur professionnel », tout comme le « secteur territorial », correspond à un terme générique qui renvoie au champ d'application de tout accord (branche, professionnel ou interprofessionnel) notamment depuis qu'il n'est plus explicitement rattaché à la branche (V. infra). Le secteur professionnel ne devrait pas « être confondu avec le secteur d'activité, lequel recouvre plusieurs branches » ...

⁴⁶⁸Dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1971, l'ancien article 31 *m a* du Code du travail indiquait que le ministre du travail peut « étendre à l'intérieur d'une branche d'activité, à un secteur professionnel déterminé, une convention collective déjà étendue à un autre secteur professionnel de cette branche d'activité ». La notion de « secteur professionnel » introduite par la loi était donc perçue comme une composante de la branche, même si certains auteurs avaient pu regretter qu'une définition plus précise des secteurs professionnels ne soit donnée par le législateur et qu'une subdivision des branches d'activité « *manifestement pléthoriques* » en secteurs professionnels ne soit opérée à cette occasion (Gérard LYON-CAEN, « Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" », *D.* 1970, Chron., p.159 et spéc. p.160. L'auteur commentait le projet de loi en cours de discussion). Dans sa rédaction issue de la loi du 13 novembre 1982, l'article L. 133-12 (actuel *C. trav.*, art. L. 2261-17) dispose que l'élargissement consiste « à rendre obligatoire dans le secteur professionnel considéré une convention ou un accord professionnel déjà étendu à un autre secteur professionnel » (L'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective - JORF 23 sept. 2017 - est venue préciser « [...] tout ou partie d'une convention ou d'un accord professionnel [...] »). La référence à la branche a donc disparu.

⁴⁶⁹V. *C. trav.*, art. L. 1233-3.

⁴⁷⁰CA Pau, 3 oct. 2011, n°s 4405/11, 10/04592 : *JurisData* n° 2011-023361.

de Cassation n'a, quant à elle, pas livré une définition explicite de la notion de secteur d'activité en matière de licenciement pour motif économique préférant renvoyer l'appréciation aux juges du fond⁴⁷¹ et poussant le législateur à fournir certaines indications⁴⁷².

Si ces précisions ne sont pas inutiles, nous pouvons toutefois douter que le cadre retenu en matière d'appréciation des difficultés économiques soit appelé à coïncider avec la notion de

⁴⁷¹Dans sa jurisprudence fondatrice des arrêts *Thomson-Vidéocolor* et *TWR-REPA*, la Chambre sociale de la Cour de Cassation avait retenu le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise comme cadre d'appréciation des difficultés économiques justifiant le licenciement (Cass. soc., 5 avr. 1995, *D.* 1995, p.367, obs. Irène De LAUNAY-GALLOT ; *D.* 1995, p.503, note Marianne KELLER ; *Dr. soc.* 1995, p.482, note Philippe WAQUET ; *Dr. soc.* 1995, p.489, note Gérard LYON-CAEN). Saisie à plusieurs reprises sur cette notion de secteur d'activité appliquée au droit du licenciement économique, la Cour de cassation n'en a pas livré une définition explicite (V. notamment Cass. soc. 9 mai 2006, *RDT* 2006, p. 98, obs. Philippe WAQUET ; Cass. soc. 4 mars 2009, *JCP G* 2009, 10082, note Danielle CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP S* 2009, 1190, note Pierre-Yves VERKINDT ; *RDT* 2009, p.306, obs. Jean-Yves FROUIN ; *SSL* 2009, n° 1391, p.11 ; Cass. soc. 23 juin 2009, *JCP S* 2009, 1505, note Joël GRANGÉ ; Cass. soc. 26 juin 2012, *D.* 2012, p.1830 ; *JCP S* 2012, 1448, note Jérôme DANIEL). Comme le souligne le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *La notion, dont la pertinence et l'opportunité sont parfois discutées, n'est pas définie par la Cour de cassation [...]. Il en résulte qu'elle relève du pouvoir des juges du fond et que toute tentative de définition doit partir d'une casuistique construite à partir des décisions rendues par la Cour de cassation* » (Pierre-Yves VERKINDT, note sous Cass. soc. 4 mars 2009 préc.). C'est en pratique à l'employeur, à qui il revient d'établir la réalité des difficultés économiques invoquées à l'appui de licenciements pour motif économique, de produire les éléments nécessaires à la détermination du secteur d'activité du groupe qui conditionne l'appréciation des difficultés économiques (V. Jean-Yves FROUIN, obs. sous Cass. soc. 4 mars 2009 préc.). Amené à statuer, le juge du fond est invité à mettre en œuvre la notion selon la méthode du faisceau d'indices en prenant en compte la nature des produits, la clientèle auxquels ils s'adressent et le mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise (V. Cass. soc. 10 févr. 2010, n° 08-41109, NP ; Cass. soc. 24 oct. 2012, nos 11-23418, 11-23419, 11-23420, NP). Nous précisons malgré tout que dans son rapport sur l'arrêt du 4 mars 2009, le Conseiller Jean Chauviré avait tenté de donner la définition suivante : « *relèvent d'un même secteur d'activité les entreprises dont l'activité économique a le même objet, quelles que soient les différences tenant aux modes de production des biens ou de fourniture des services comme aux caractéristiques des produits ou services* » (*SSL* 2009, n° 1391, p.12). Cette définition - qui semble rejoindre l'appréciation du Doyen Waquet (Philippe WAQUET, obs. sous Cass. soc. 9 mai 2006 préc.) - ne nous permet pas toutefois d'établir, dans notre matière, une distinction claire entre la branche et le secteur d'activité.

⁴⁷²L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JORF 23 sept. 2017), complétée sur ce point par l'ordonnance « balai » du 20 décembre 2017 (Ord. n° 2017-1718 du 20 déc. 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF 21 déc. 2017) et par la loi de ratification du 29 mars 2018 (V. supra note n°276), a apporté des précisions afin de clarifier « *le périmètre d'appréciation de l'élément causal du licenciement économique* » (V. étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p.42). L'ordonnance a ainsi introduit dans le Code du travail une définition du périmètre d'appréciation de la cause économique du licenciement jusqu'alors établi par la jurisprudence, tout en limitant ce périmètre au territoire national (V. Gérard COUTURIER, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p.17). En outre, afin de sécuriser la procédure de licenciement pour motif économique, elle a inscrit dans la loi une « définition » du secteur d'activité. L'article L. 1233-3 dans sa dernière rédaction dispose ainsi : « *Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude. [...] Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché* ». Selon le Professeur Couturier si « *Ce texte a été présenté comme une "définition du secteur d'activité", destinée à "donner une plus grande visibilité aux entreprises" [...]. Ce n'est en réalité qu'une énumération simplement indicative d'un certain nombre d'indices, assortie de l'indication selon laquelle ils doivent se rapporter à un même marché* » (Gérard COUTURIER, *op. cit.* ; adde Sébastien RANC, « Focale sur la notion de secteur d'activité », note sous Cass. soc., 14 sept. 2022, n°21-13941, *BJT* 2022, n°BJT201s7, p.17).

secteur usitée dans le droit de la négociation collective⁴⁷³. En l'absence d'une définition explicite et générale, nous pencherons davantage sur une approche fonctionnelle de la notion qui pourra avoir des acceptions différentes selon la matière considérée et qui ne nous permet pas d'affirmer avec certitude que le secteur est un élément de la branche. Alain Sauret indique d'ailleurs qu'« *Au niveau de l'unité de base, secteur et branche peuvent se confondre ou être confondus. Sauf qu'une négociation de branche peut comprendre des secteurs, de même qu'un secteur peut être éclaté en plusieurs branches* » et que « *Ce n'est donc pas sur un plan conceptuel que ces notions s'opposent, mais purement au plan du terrain de la réalisation* »⁴⁷⁴. A l'exception de certaines dispositions expresses telles que celles relatives à l'élargissement ou à la dénonciation des conventions de branche⁴⁷⁵, la différence entre le secteur et la branche sera donc la résultante, comme pour la profession, de la seule volonté des parties à l'accord.

75. Filière. La filière émergerait, enfin, comme un axe de négociation possible selon Lydie Dauxerre⁴⁷⁶. La filière correspondrait à une « *chaîne d'activité* »⁴⁷⁷. Ainsi en serait-il de la filière nucléaire dont l'activité s'étend de l'extraction des minerais au traitement des combustibles nucléaires irradiés et des déchets nucléaires ou de la filière automobile qui regroupe des constructeurs, des équipementiers et des entreprises de services à l'automobile (garages, réparation automobile...). La filière comprendrait alors « *de grandes entreprises donneuses d'ordre et des sous-traitants de premier, deuxième et troisième rangs qui appartiennent à plusieurs branches (métallurgie, plasturgie, réparation automobile...)* »⁴⁷⁸. De même un « *secteur* » tel que celui des énergies aurait « *pour filières le gaz, le nucléaire, le pétrole et l'électricité* »⁴⁷⁹. La filière se distinguerait donc de la branche mais également du secteur... Bien que l'auteur ne la mentionne pas, la définition donnée par l'INSEE à la notion de filière semble abonder dans le sens d'une distinction entre cette dernière et la branche. Pour l'Institut, « *La filière désigne couramment l'ensemble des activités complémentaires qui concourent, d'amont en aval, à la réalisation d'un produit fini. On parle ainsi de filière électronique (du silicium à l'ordinateur en passant par les composants) ou de filière automobile (de l'acier au véhicule en passant par les équipements). La filière intègre en général plusieurs*

⁴⁷³Le Professeur Gérard Lyon-Caen s'interrogeait déjà sur ce point lors de la création prétorienne du secteur d'activité en matière de licenciement économique (V. Gérard LYON-CAEN, note sous Cass. soc. 5 avr. 1995 préc.).

⁴⁷⁴Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

⁴⁷⁵V. *supra*.

⁴⁷⁶Rappel : Lydie DAUXERRE, « Contribution à l'étude de la branche professionnelle », *JCP S* 2010, 1038.

⁴⁷⁷*Ibidem*.

⁴⁷⁸*Ibid.*

⁴⁷⁹*Ibid.*

branches »⁴⁸⁰. Nous devons cependant rappeler que les définitions de l'INSEE ne sont données qu'à des fins de statistiques économiques⁴⁸¹ et que l'on ne peut en déduire une application de plein droit dans la science juridique⁴⁸².

Alain Sauret analyse, pour sa part, la filière comme une « *sorte de secteur non séquencé* » qui pourrait se caractériser par sa « *verticalisation* » c'est-à-dire en partant « *de l'amont pour aller vers l'extrême aval* »⁴⁸³. A l'instar des définitions précédentes, l'auteur souligne que le regroupement des activités complémentaires de l'amont à l'aval d'une activité principale permettrait de caractériser la filière. Pour autant, l'assimilation de celle-ci à « un secteur non séquencé » ajoute un peu plus à la confusion entre ces différentes notions.

Si l'on perçoit que la filière peut devenir un « *enjeu majeur* »⁴⁸⁴ de la négociation collective afin de réguler les rapports sociaux au sein de « chaînes de valeur »⁴⁸⁵ réunissant des entreprises donneuses d'ordre et des sous-traitants, Jean-Denis Combrexelle met toutefois en garde les négociateurs qui plaqueraient de tels accords « *dans un paysage dont les piliers essentiels sont l'accord de branche et l'accord d'entreprise* »⁴⁸⁶. Pour l'ancien Directeur Général du Travail, il pourrait en effet en résulter une « *grande insécurité en l'absence de toute articulation entre les différents accords* »⁴⁸⁷ et ce type d'expérimentation devrait recevoir un « *cadre juridique* »⁴⁸⁸ de la part du législateur. Nous pouvons en déduire que l'accord de filière ne doit donc pas être assimilé aux conventions de branche et accords professionnels et relève d'un domaine « expérimental » qui n'a pas à ce jour été appréhendé par le législateur⁴⁸⁹.

⁴⁸⁰<https://www.insee.fr> (Définitions, méthodes et qualité/Définitions).

⁴⁸¹V. supra note n°463.

⁴⁸²Nous rappelons notamment la position constante de la jurisprudence sur la valeur indicative de la nomenclature de l'INSEE pour déterminer la convention collective applicable (V. supra note n°368) et l'abandon du projet qui prévoyait d'intégrer une référence à cette nomenclature dans le Code du travail (V. supra note n°372).

⁴⁸³Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

⁴⁸⁴Jean-Denis COMBREXELLE, « *La négociation collective, le travail et l'emploi* », Rapport au Premier Ministre, France Stratégie, sept. 2015, p.99.

⁴⁸⁵Dans la littérature économique une chaîne de valeur, ou une filière, peut être définie comme un ensemble de produits (biens ou services) et de producteurs concourant à la desserte d'un marché.

⁴⁸⁶Jean-Denis COMBREXELLE, *op. cit.*

⁴⁸⁷*Ibidem.*

⁴⁸⁸*Idem.*, p.100.

⁴⁸⁹Nous soulignons, à ce propos, que l'alinéa 2 de l'article L. 2232-5 du Code du travail précisant ce qu'il convient d'entendre dans les termes « convention de branche » (V. notamment supra note n°453) n'octroie aucune place à d'éventuels « accords de filière ». Pour poursuivre l'analyse, nous nous rangeons à l'opinion de Jean-Denis Combrexelle qui souligne que la logique de filière en matière de négociation collective devrait être ouverte à l'expérimentation et appréhendée par le législateur dans le cadre de l'« entreprise étendue », c'est-à-dire au-delà des frontières traditionnelles de l'entreprise - qui n'intègre plus l'ensemble des étapes de la chaîne de production et de distribution- et à l'initiative des branches et d'entreprises volontaires (V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., pp.99-100).

76. Bilan. Si cette approche terminologique paraît utile sur un plan conceptuel, elle révèle avant tout qu'à défaut d'un ordonnancement précis des notions de branche, profession, secteur ou filière, le sens de ces dernières évoluera en fonction des pratiques sociales. Lydie Dauxerre conclut d'ailleurs en ce sens, lorsqu'elle indique : « *la branche et la profession se ressemblent voire s'assemblent. La branche n'est pas le secteur d'activité, lequel n'est pas nécessairement le secteur économique. Elle n'est pas davantage la filière avec laquelle elle s'enchevêtre parfois* »⁴⁹⁰. Au-delà d'un certain flou, l'enseignement premier à retenir de cette approche est donc, encore une fois, que la négociation est « *à la barre de navigation* »⁴⁹¹ pour définir ce qu'il convient d'entendre par branche professionnelle. L'analyse conceptuelle de ses composantes ou de ses avatars ne sera finalement que d'un faible secours...

C. Approche synthétique de la notion de branche

77. De cette tentative de clarification, nous retiendrons que la branche n'est apparemment pas « *soluble dans l'activité conventionnelle* »⁴⁹², notamment depuis la loi du 8 août 2016 qui tend à lui conférer une dimension institutionnelle et à la concevoir comme une « *entité affectée de missions générales* »⁴⁹³ (1). Cette emprise étatique actuelle sur la branche ne doit toutefois pas gommer l'idée que celle-ci est avant tout le fruit d'un construit social (2).

1- La branche norme et la branche entité

78. La branche pourrait ainsi se concevoir à la fois comme une « *organisation paritaire du travail* »⁴⁹⁴ structurée autour de ses missions d'intérêt général et de ses organes de

⁴⁹⁰Lydie DAUXERRE, « Contribution à l'étude de la branche professionnelle », *JCP S* 2010, 1038. Nous soulignons, à l'instar de l'auteur, que dans l'affaire Crédit agricole, les juges administratif et judiciaire entretiennent également la confusion entre les notions de branche, de profession et de secteur qui sont tour à tour utilisées pour appréhender l'activité de la banque coopérative et qualifier les accords conclus par la Fédération nationale du Crédit agricole (V. étude 60 supra).

⁴⁹¹Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

⁴⁹²Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », *RDT* 2009, p.596.

⁴⁹³Alexis BUGADA, « La primauté stratégique de la branche - (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S* 2019, 1115.

⁴⁹⁴*Ibidem*.

gouvernance⁴⁹⁵, comme le lieu de négociation d'une convention collective - voire de plusieurs selon certains - et d'accords de branche ou comme le produit de cette négociation. Elle pourrait s'identifier, enfin, au travers des organisations syndicales qui la composent en soulignant le rôle de marqueur joué par la partie patronale dans la délimitation du champ conventionnel.

Pour schématiser, nous pourrions retenir, comme le suggère le Professeur Patrice Adam, qu'il existe une « *branche norme* » qui renvoie à l'espace de production conventionnelle et une « *branche entité* » qui viserait davantage la dimension institutionnelle et conforterait l'idée que la branche ne serait pas uniquement « *le reflet des accords qu'elle produit* »⁴⁹⁶.

2- La branche, fruit d'un construit social

79. Divisant la doctrine, le débat sur la nécessité de donner une définition « *simple, claire et opérationnelle* »⁴⁹⁷ de la branche ou, au contraire, de ne pas empiéter sur la liberté des partenaires sociaux de modeler leur espace social et économique semble revêtir une certaine actualité, notamment depuis la décision prise par les pouvoirs publics de restructurer le paysage conventionnel des branches afin de permettre à ces dernières de remplir pleinement leurs missions⁴⁹⁸. Cette décision imposerait en effet de clarifier les périmètres à restructurer et donc de « *poser les jalons d'une compréhension de ce que fait la politique de restructuration à l'idée de branche et à ses déclinaisons plurielles* »⁴⁹⁹. La branche deviendrait ainsi depuis le lancement du chantier de restructuration en 2014, un « *objet de l'action publique* » à « *gouverner et à modeler* »⁵⁰⁰. Elle échapperait de ce fait progressivement à l'autonomie collective des partenaires sociaux et n'aurait plus tant « *vocation à exprimer la "loi de la*

⁴⁹⁵V. supra notes n°s 323 et 428. V. également pour des études détaillées sur le rôle de la Commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation (CPPNI) : Alain SAURET et Alexis BUGADA, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la branche », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°291f4, p.34 ; Christophe FROUIN, « Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », *JCP S* 2018, 1058.

⁴⁹⁶Patrice ADAM, « L'accord de branche », *Dr. soc.* 2017, p.1039.

⁴⁹⁷Alexis BUGADA, « La primauté stratégique de la branche - (Un autre regard sur l'ordre des choses) », *JCP S* 2019, 1115.

⁴⁹⁸Nous soulignons que le dispositif de restructuration des branches vise en réalité le regroupement des champs conventionnels et non la dimension institutionnelle de la branche (V. en ce sens Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire ! », *Dr. soc.* 2018, p.868). Dans sa décision du 29 novembre 2019 (V. supra note n°435), le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs admis la constitutionnalité de la fusion des champs conventionnels mais a prononcé l'inconstitutionnalité de la fusion des branches (V. Alexis BUGADA, « Constitutionnalité réservée de la fusion imposée des champs conventionnels », *JCP S* 2019, 1350).

⁴⁹⁹Jérôme PORTA, « La branche professionnelle : déconstruction et restructuration », *Dr. ouv.* 2018, p.570 et spéc. p.572. Nous rappelons également la position « tranchée » de Jacques Barthélémy sur la nécessité de définir la branche en raison du chantier de restructuration (V. étude 71 supra).

⁵⁰⁰*Ibidem*.

*profession" que la manière dont des professions s'organisent selon la volonté du législateur »*⁵⁰¹. Cet interventionnisme étatique trouverait également une illustration dans les missions expressément assignées à la branche par le législateur depuis 2016. On comprend dès lors que si la branche était jusqu'alors « *dessinée en creux par le droit du travail* »⁵⁰², son « *entrée dans le Code du travail* »⁵⁰³ appelle, pour certains, une définition juridique du concept même si cette quête paraît « *compliquée* »⁵⁰⁴ et « *restreindrait un peu plus la liberté revendiquée par les acteurs* »⁵⁰⁵.

Nous concluons, pour notre part, qu'à défaut d'une telle définition dont l'opportunité semble discutable, les différentes acceptions de la branche s'entremêlent et qu'il n'est pas possible d'appréhender celle-ci en dehors de la pratique de terrain dont elle découle, même si les pouvoirs publics ont entrepris de la modeler.

Il convient d'ailleurs de souligner que la branche, saisie en tant que norme conventionnelle, faisait déjà l'objet d'une intervention étatique soutenue au travers de la procédure d'extension qui a permis à l'administration, sous le contrôle du juge, d'effectuer un véritable travail de délimitation de ses frontières et de consacrer une conception « élastique » de celle-ci.

Section 2. La consécration d'une conception « élastique » de la branche

80. Si la nécessité de définir ou non la branche ne laisse désormais « *plus indifférent* »⁵⁰⁶, l'absence d'une telle définition n'ôte pas pour autant à la notion « *sa juridicité* »⁵⁰⁷. Saisi dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'arrêté d'extension, le Conseil d'Etat a, en effet, considéré de longue date qu'il appartenait au ministre du Travail, et après lui au juge administratif, de définir ce qu'il convenait d'entendre par branche d'activité (§ 1). Cette

⁵⁰¹Barbara GOMES, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », *Dr. soc.* 2020, p.366. V. également pour une position similaire : Sophie NADAL, « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », *RDТ* 2017 p.652.

⁵⁰²Jérôme PORTA, *op. cit.*, p.584.

⁵⁰³*Ibidem*.

⁵⁰⁴Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire ! », *Dr. soc.* 2018, p.868.

⁵⁰⁵*Ibidem*. Le Professeur Antonmattei souligne la position prise par les partenaires sociaux sur la restructuration des branches à propos de laquelle ils revendiquent leur liberté de décider paritairement des critères de celle-ci (V. « Délibération sociale sur "les critères permettant d'accompagner la restructuration des branches" », Lettre paritaire du 28 janv. 2016).

⁵⁰⁶Jérôme PORTA, « La branche professionnelle : déconstruction et restructuration », *Dr. ouv.* 2018, p.570 et spéc. p.585.

⁵⁰⁷Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », *RDТ* 2009, p.596.

prérogative s'explique par la vocation originelle de la procédure d'extension qui est d'ériger la convention collective en « loi de la profession » (§ 2).

§ 1. L'extension, vecteur de transformation de la convention collective

81. Nous avons vu que la loi du 24 juin 1936 avait assigné à la convention collective conclue dans le cadre de la branche l'objectif d'organiser les professions⁵⁰⁸. Cette première « mission » de la branche ou, devrions-nous dire, de la convention collective de branche, a pu être réalisée grâce à la technique de l'extension qui, en mobilisant les mécanismes du droit public, a permis à la convention dépasser les rapports contractuels de droit privé (A) et d'élever celle-ci au rang de loi professionnelle (B).

A. Le droit public au secours du droit privé

82. L'introduction de la technique de l'extension, exorbitante du droit commun des contrats, a permis de renforcer les effets réglementaires de la convention collective soulignant que cette dernière relève à la fois du droit privé par son mode de conclusion et du droit public par la nature de ses effets (1). Cette dualité, exacerbée par l'intervention étatique, a suscité un débat en doctrine sur la nature exacte de la convention collective étendue que la jurisprudence a été amenée à trancher (2).

1- Les rapports entre norme privée et norme publique

83. Principes. Dans une contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives, Sophie Nadal souligne que dès le début du XX^e siècle, l'idée d'une réglementation directe des conditions générales du travail par les organisations professionnelles s'est heurtée « *autant à la conception française de la souveraineté qu'aux fondements de la théorie générale des contrats* »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸V. notamment étude 26 supra.

⁵⁰⁹Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouv.* 2002, p.423 et spéc. p.427.

La question de la souveraineté, ainsi posée, renvoie à l'autonomie collective des partenaires sociaux par rapport à la sphère étatique et de façon plus générale aux rapports entre la représentation professionnelle et la représentation nationale ou, autrement dit, entre la démocratie sociale et la démocratie politique⁵¹⁰. Comme nous l'avons souligné en introduction de nos travaux, l'ossature de notre droit du travail repose en effet sur la coexistence de normes d'origine professionnelle et de normes d'origine étatique et, rapportée au droit de la négociation collective, cette coexistence a été marquée de façon prégnante par la question de l'évolution des rapports entre la loi et la convention collective⁵¹¹. Si le législateur a conservé une tutelle sur le droit conventionnel⁵¹², nous avons vu que ce dernier n'a eu de cesse de s'émanciper au point de revendiquer parfois un domaine de compétence réservé⁵¹³.

Cette question des rapports entre la norme privée et la norme publique a été également au cœur des débats sur la nature juridique des conventions collectives et plus particulièrement après l'adoption de la loi du 24 juin 1936 qui, en introduisant la procédure d'extension, consacrait l'intrusion de l'Etat dans un mécanisme jusqu'ici purement contractuel⁵¹⁴. Dès leur apparition spontanée à la fin du XIX^e siècle⁵¹⁵, les contrats collectifs de travail se sont en effet « heurtés », pour reprendre l'expression de Sophie Nadal, à la conception civiliste de « *la théorie générale des contrats* »⁵¹⁶. Leur force obligatoire achoppait sur les dispositions de

⁵¹⁰Pour des développements substantiels sur le concept d'autonomie collective des partenaires sociaux (sur lequel nous reviendrons) : Cécile FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux - Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006.

⁵¹¹V. notamment étude 33 supra.

⁵¹²*Ibidem*.

⁵¹³Nous visons ici le mouvement de renforcement de l'autonomie collective des partenaires sociaux illustré, notamment, par la position commune du 16 juillet 2001 (V. supra note n°217) qui revendiquait un élargissement du champ d'action de la négociation collective par rapport à la loi (V. Antoine MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr soc.* 2003, p.361). La question de cet élargissement trouverait une réponse ultime dans une réforme constitutionnelle qui reconnaîtrait un domaine réservé à la négociation collective aux côtés du législateur et modifierait ainsi en profondeur la place de la démocratie sociale par rapport à la démocratie politique (V. Cécile FOURCADE, *op. cit.*, p.331).

⁵¹⁴V. étude 26 supra. V. également pour une approche récente de l'analyse dualiste : Philippe LANGLOIS, « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », *A droit ouvert, mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p.511.

⁵¹⁵V. supra note n°50.

⁵¹⁶Sophie NADAL, *op. cit.*

l'ancien article 1165 du Code civil qui consacrait l'effet relatif des contrats⁵¹⁷. Si la loi de 1919 comportait un germe de réglementation de droit public et permettait, dans des hypothèses limitées, que le droit collectif prime sur le droit individuel du travail⁵¹⁸, c'est l'introduction de la technique l'extension dans le droit positif qui autorisa la convention collective à produire des effets à l'égard de véritables tiers au contrat. Par dérogation à l'effet relatif, l'extension va effectivement permettre de rendre les stipulations de la convention obligatoires pour tous salariés et employeurs compris dans son champ d'application⁵¹⁹. L'arrêté ministériel - acte de droit public - prononçant l'extension impose ainsi à des tiers le respect d'une convention - acte de droit privé - à laquelle ils n'ont « *consenti ni personnellement ni par l'intermédiaire d'un groupement professionnel* »⁵²⁰.

84. Tempérament. Nous avons vu que l'introduction par la loi du 11 février 1950 de l'effet *erga omnes* de la convention pour les salariés a certes tempéré la portée de l'extension vis à vis de ces derniers⁵²¹. Révélant la dissymétrie des effets de la convention à l'égard des salariés et des employeurs, le principe posé par l'article L. 2254-1 du Code du travail⁵²², auquel la jurisprudence a donné tout son poids⁵²³, a en effet conféré à la convention collective ordinaire un caractère réglementaire à l'égard des salariés en dehors de tout acte positif de la puissance publique. Coexistent donc depuis 1950, une « *petite extension* »⁵²⁴ attachée intrinsèquement, par la volonté du législateur, à la convention elle-même, qui rendra celle-ci obligatoire pour tous les salariés d'un même employeur, y compris ceux qui n'adhèrent pas aux organisations

⁵¹⁷L'article 1165 disposait « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » (l'article 1121, dans son ancienne rédaction, visait la stipulation pour autrui qu'une partie de la doctrine du début du XX^e siècle utilisa pour appréhender la nature juridique des conventions collectives avant la parution des premiers textes fondateurs ; V. sur ce point : Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, p.17). Ces dispositions ont été reprises dans les termes suivants par le nouvel article 1199 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF 11 fév. 2016) : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV* ».

⁵¹⁸V. supra note n°337.

⁵¹⁹C. trav., art. L. 2261-15.

⁵²⁰Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11^e éd., Lexis Nexis, 2018, n°2090, p.1060.

⁵²¹V. étude 31 supra.

⁵²²Nous rappelons les dispositions de l'article L. 2254-1 : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ».

⁵²³V. supra note n°128.

⁵²⁴Nous reprenons ici l'expression du Doyen Brun rapportée par Philippe Langlois dans plusieurs articles et contributions (V. Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p.933 ; « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », *A droit ouvert, mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p.511 et spéc. p.512).

syndicales signataires et la procédure d'extension qui permettra à la convention, sur intervention expresse de l'autorité publique, de déployer ses effets dans des entreprises qui ne sont ni signataires, ni adhérentes de groupements d'employeurs signataires. Les mécanismes civilistes ont ainsi été évincés du droit des conventions collectives pour les salariés depuis 1950 mais demeurent fondamentaux pour appréhender l'engagement de l'employeur dans toute convention collective ordinaire⁵²⁵. Dans ce dernier cas, seul le « *secours du droit public* » avec la technique de l'extension permettra de dépasser ces mécanismes et de donner à la convention une « *force d'expansion* » ne dépendant plus exclusivement « *de la force de représentation des parties signataires* »⁵²⁶.

2- La nature juridique de la convention collective étendue

85. Dualisme. L'intervention du droit public a logiquement relancé, après 1936, le débat classique sur la nature juridique de la convention collective. Comme le soulignait Professeur André Brun, ce débat atteint en effet « *toute son acuité à l'occasion de l'extension* »⁵²⁷. Les partisans de la thèse réglementaire considéraient que les dispositions de la convention collective se transformaient en règles étatiques du fait de l'intervention de la puissance publique⁵²⁸, alors que pour d'autres auteurs la convention collective conservait son empreinte contractuelle après l'acte d'extension, qui a seulement pour effet de développer son domaine personnel d'application⁵²⁹. Si cette dernière thèse semblait l'emporter à la faveur d'une

⁵²⁵Nous rappelons que l'employeur s'engage seul lorsqu'il signe un accord collectif mais qu'il peut également s'engager par son adhésion au groupement signataire. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a toujours rappelé que l'affiliation de l'employeur à une organisation patronale signataire de la convention ou de l'accord de branche, d'un accord professionnel ou interprofessionnel est fondamentale pour l'application de l'acte collectif, dès lors que ce dernier n'est pas étendu (Cass. soc., 10 févr. 1960, n° 58-40.314 ; Cass. soc., 7 nov. 1973, n° 72-40.456). Le mécanisme d'engagement et de représentation de l'employeur continue donc d'obéir au droit commun des contrats lors de la conclusion d'une convention collective ordinaire, alors qu'il a subi une mutation radicale pour les salariés depuis 1950 (V. notamment supra note n°277).

⁵²⁶Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p.933.

⁵²⁷André BRUN, « L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence », *Dr. soc.* 1960, p.644.

⁵²⁸Cette thèse fût notamment défendue par le ministre d'Etat Pierre-Henri Teitgen lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 11 février 1950 : « *L'acte d'extension d'une convention collective est d'ordre réglementaire. Il consiste à transformer une convention, des stipulations négociées entre les organisations syndicales et qui, jusque là, ne valaient que pour les signataires, à les étendre à des tiers et, par conséquent, à les convertir en des dispositions d'ordre réglementaire. Étendre une convention collective, c'est, à proprement parler, faire acte réglementaire* » (Ass. Nat., débats parlementaires, 2^e séance du 3 janv. 1950, JORF (A.N.) 4 janv. 1950, p.59).

⁵²⁹V. Paul DURAND, « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives : les effets de l'arrêt d'extension », *Dr. soc.* 1956, p.214.

analyse des conséquences de l'acte d'extension⁵³⁰, le débat fût définitivement tranché à l'occasion du contrôle juridictionnel de ce dernier. Si l'on considérait en effet que l'arrêté d'extension effaçait totalement l'origine contractuelle de la convention collective et transformait cette dernière en règlement au sens administratif du terme, seules les juridictions administratives étaient alors compétentes pour juger les litiges nés d'une convention collective étendue. Le Conseil d'Etat admit au contraire que le dualisme de la convention collective⁵³¹, même étendue, imposait d'établir « *une ligne de démarcation des compétences des juridictions administratives et judiciaires* »⁵³². Dans son arrêt *Société anonyme Le Peignage de Reims* en date du 4 mars 1960⁵³³, la Haute Assemblée considéra ainsi que « *la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause; que, lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur ladite validité, la juridiction administrative, compétemment saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté ministériel d'extension, est, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente la Convention collective de travail, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle* ». L'arrêté d'extension ne fait donc pas perdre à la convention son caractère contractuel et la frontière entre les deux ordres de juridiction pourra dès lors être aisément tracée. Comme le souligne le Professeur Philippe Langlois, « *La compétence est administrative pour tout ce qui s'attache à l'extension proprement dite, c'est-à-dire essentiellement à quatre types de questions : la régularité de la procédure, l'appréciation de la représentativité des syndicats signataires, la détermination de la branche d'activité, et l'opportunité même de l'extension. Mais l'appréciation de la validité de la convention collective est réservée aux tribunaux de l'ordre judiciaire et ceci même si l'illicéité de l'accord peut entraîner celle de l'arrêté. Dans cette hypothèse le juge administratif saisi doit surseoir à statuer sur la question préjudicielle de la légalité de la convention jusqu'à la décision du juge judiciaire* »⁵³⁴.

⁵³⁰V. André BRUN, *op. cit.*

⁵³¹Nous rappelons la célèbre étude de Paul Durand : « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939, p.353 ; V. étude 26 supra.

⁵³²André BRUN, « L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence », *Dr. soc.* 1960, p.644.

⁵³³CE, 4 mars 1960, *Dr. soc.* 1960, p.274, concl. Pierre NICOLAY. Confirmation : CE, 7 mars 1986, *D.* 1988, somm., p.78, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT.

⁵³⁴Philippe LANGLOIS, « La séparation des pouvoirs en droit du travail », *Dr. soc.* 1979, p.339 et spéc. p.341. Nous précisons toutefois que le juge administratif n'est pas tenu de saisir au préalable l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle sur la validité d'une convention ou d'un accord collectif de travail s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal (CE, 23 mars 2012, *RJS* 2012, n°582 ; *D.* 2012, p.1012, obs. Séverine BRONDEL ; *RDT* 2012, p.376, obs. Hélène TISSANDIER ; *AJDA* 2012, p.620, obs. Séverine BRONDEL ; *AJDA* 2012, p.1583, note Emmanuelle MARC ; CE, 7 mai 2015, *RJS* 2015, n°581 ; CE, 20 oct. 2017, *RJS* 2018, n°60).

86. Séparation des pouvoirs. Le débat sur la novation de la convention en règlement semble donc désormais appartenir au passé même si ces apports doctrinaux et jurisprudentiels n'en demeurent pas moins fondamentaux pour appréhender la nature hybride de la convention collective étendue. L'extension ne modifie pas la nature de la convention collective, « *ce qui explique que la partie contractuelle soit régie par le droit civil* »⁵³⁵ et que la compétence judiciaire soit « *maintenue pour tout ce qui touche à la substance de la convention* »⁵³⁶. L'arrêté d'extension lui-même est un acte administratif réglementaire autonome qui relève du droit public et est, à ce titre, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Il résulte de cette séparation des pouvoirs que l'annulation de l'arrêté d'extension par le juge administratif n'entraîne pas l'annulation de la convention collective qui ne peut voir sa validité contestée que devant le juge judiciaire, même si les juridictions administratives peuvent, dans certaines circonstances, trancher directement certains griefs concernant la légalité de l'accord étendu⁵³⁷. La légalité de l'arrêté ministériel prononçant l'extension étant quant à elle « *nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause* »⁵³⁸, le ministre ne peut étendre les dispositions d'un accord collectif entaché d'illégalité⁵³⁹ et l'annulation de ce dernier entraîne celle de l'arrêté⁵⁴⁰. Il faut donc en conclure que non seulement l'arrêté d'extension ne s'incorpore pas à la convention collective dont il ne modifie pas la nature juridique contractuelle de droit privé mais que la validité de l'arrêté est subordonnée « *à celle de la convention qui le soutient* »⁵⁴¹.

S'il n'en modifie pas la nature, l'acte administratif entraîne néanmoins une métamorphose de la convention collective à laquelle il confère son *imperium*⁵⁴², lui permettant ainsi de s'élever au rang de loi de la profession.

⁵³⁵Philippe LANGLOIS, « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », *A droit ouvert, mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p.511 et spéc. p.512. Nous rappelons toutefois que les mécanismes du droit civil ne s'appliquent plus réellement aux salariés depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1950 et, pour reprendre les mots du Professeur Langlois, qu'« *un effet réglementaire résulte ainsi de la convention collective même non étendue* » (V. C. trav., art. L. 2254-1 ; supra note n°522).

⁵³⁶*Ibidem*.

⁵³⁷V. supra note n°534.

⁵³⁸V. supra note n°533.

⁵³⁹CE, 13 juil. 2007, *JCP S* 2008, 1278, note Arnould NOURY.

⁵⁴⁰CE, 18 oct. 2006, *RD* 2007, p.118, obs. Sophie NADAL.

⁵⁴¹Sophie NADAL, *op. cit.*

⁵⁴²Le terme latin *imperium* signifie le « *pouvoir de donner des ordres* », l'« *autorité* ». Il désigne « *l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique* » (Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, p.524).

B. L'élévation de la convention collective en loi de la profession

87. Engendrant une métamorphose de la convention collective ordinaire, l'extension répond à une finalité économique et sociale (1) et se caractérise par ses effets (2) qui garantissent l'application d'une règle commune à toutes les salariés et employeurs d'une même profession.

1- La finalité de l'extension

88. **Charte professionnelle.** La volonté du législateur de 1936 d'organiser les professions nécessitait d'imposer aux employeurs relevant d'une même branche d'industrie et de commerce un niveau d'obligations et de charges identique afin d'éviter le « *dumping social* »⁵⁴³ et de faire ainsi de la branche un « *espace de concurrence organisée* »⁵⁴⁴. Une saine concurrence entre entreprises opérant sur un même marché nécessite en effet que cette dernière s'exerce en regard de la qualité de la production ou des services et non pas en diminuant les salaires et la qualité des conditions de travail⁵⁴⁵. Il convenait pour cela que la convention collective fixe des conditions de travail et d'emploi - et donc le coût du travail - harmonisées au sein de la branche et de la rendre opposable à l'ensemble des salariés et des employeurs, y compris à ceux qui n'adhéraient pas aux organisations signataires. Le domaine d'application personnel de la convention devait donc être étendu au-delà des techniques contractuelles afin de rendre les stipulations de celle-ci obligatoires pour l'ensemble des salariés et des employeurs compris dans son champ d'application. La convention collective devenait ainsi, par voie d'arrêté réglementaire, une véritable charte professionnelle qui fixait les règles au sein de la branche et s'imposait à l'ensemble des salariés et des employeurs de cette dernière, indépendamment de leur volonté. La convention s'élevait en cela au rang de « loi de la profession ».

⁵⁴³Gérard LYON-CAEN, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », *Dr. ouv.* 1992, p.313.

⁵⁴⁴Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. *Droit Vivant*, Wolters Kluwer, Paris, 6^e éd., 2018, p.499.

⁵⁴⁵V. Gérard LYON-CAEN, « La concurrence par la réduction du coût du travail », *Dr. ouv.* 2003, p.261.

89. Régulation. Cette fonction régulatrice constitue le fondement de la procédure d'extension⁵⁴⁶, même si des finalités différentes ont pu parfois lui être attribuées⁵⁴⁷. Elle revêt à la fois un aspect économique en évitant les distorsions de concurrence mais également un aspect social en offrant aux salariés une couverture conventionnelle, y compris dans des entreprises où aucune négociation n'est menée⁵⁴⁸. Ce caractère protecteur pour les salariés explique que le législateur n'a eu de cesse d'assouplir les conditions de l'extension⁵⁴⁹ afin de favoriser celle-ci dans l'objectif de réduire le « *vide conventionnel* »⁵⁵⁰. Amplement pratiquée, l'extension a ainsi permis d'obtenir une très large couverture conventionnelle au niveau national⁵⁵¹ même si la quasi-généralisation de la procédure a pu faire l'objet, à une époque plus récente, de critiques qui ont amené le juge puis le législateur à sécuriser le dispositif.

⁵⁴⁶V. Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.44. V. également l'avis de l'Autorité de la concurrence du 11 juillet 2019 sur les effets économiques et sociaux des extensions d'accords de branche (« *Avis n°19-A-13 du 11 juil. 2019 relatif aux effets de la concurrence de l'extension des accords de branche* », p.21 et suiv.).

⁵⁴⁷L'extension s'est vue confiée au fil du temps de nouvelles missions, notamment à partir de la publication de l'ordonnance n°67-830 du 27 septembre 1967 (V. supra note n°177) qui avait introduit la possibilité de déroger par convention de branche étendue à certaines dispositions réglementaires en matière d'aménagement et de répartition des horaires de travail (V. Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p.147). L'extension revêtait ainsi une fonction de dérogation aux dispositions réglementaires. Elle a pu ensuite conditionner le recours à certains dispositifs légaux et acquérir en cela une fonction d'autorisation (V. à titre d'exemple l'autorisation de fonctionner en équipe de suppléance, conditionnée par l'article L. 3132-16 du Code du travail à la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'un accord collectif étendu). Elle a pu, enfin, permettre la création de certains dispositifs sur invitation du législateur (V. à titre d'exemple la possibilité offerte par l'article L. 3121-14 du Code du travail de créer par convention ou accord de branche étendu un régime d'équivalence en matière de détermination du temps de travail effectif). Sur cette évolution des fonctions de l'extension : Michel MORAND, « L'évolution du droit de l'extension des conventions et accords collectifs », *SSL* 2017, n°1771, p.6.

⁵⁴⁸Nous rappelons que la branche est restée pendant longtemps le seul lieu de développement de la négociation collective et que le niveau de l'entreprise n'a été appréhendé que progressivement par le Code du travail (V. supra). Aujourd'hui encore, malgré le recentrage de la négociation vers l'entreprise et le développement de modes alternatifs de négociation destinés à favoriser celle-ci dans les PME/TPE (négociations avec le CSE, référendum etc.), la branche demeure souvent le seul lieu de définition du statut conventionnel pour un très grand nombre de salariés. L'extension permet ainsi d'offrir une couverture conventionnelle à ces derniers, notamment dans les « *plus petites entreprises dans lesquelles, le plus fréquemment, aucune négociation n'est menée* » (Yves STRUILLOU, *Liaisons soc. quotidien*, 16 oct. 2019).

⁵⁴⁹V. notamment Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p. 147 et spéc. p.148 ; « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr soc.* 1971, p.530 et spéc. p.542.

⁵⁵⁰Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°2092, p.1061.

⁵⁵¹Selon une étude du Bureau international du travail publiée en 2008 (V. *Global wage report 2008-2009. Minimum wages and collective bargaining. Towards policy coherence*, 2008, Genève, BIT), la France maintient un des taux de couverture conventionnelle les plus élevés du monde, avec 97,7 %, malgré un taux de syndicalisation exceptionnellement faible. Ce résultat serait le fruit d'une politique très volontariste d'extension des accords collectifs, notamment salariaux, qui entretient une dynamique de négociation d'accords de branche soutenue dans des domaines plus larges (Pour une analyse détaillée : Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles* », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, pp.94-95). Pour des éléments chiffrés récents sur les entreprises et salariés concernés par l'extension en France : Gabin LANGEVIN, « Les extensions des accords de branche : quels sont les entreprises et les salariés concernés ? », *DARES analyses*, nov. 2018, n°053.

Une étude internationale de l'OCDE a en effet souligné que la France se caractérise par « *une extension quasi-automatique des accords collectifs* », contrairement à la plupart des pays qui utilisent les extensions administratives⁵⁵². Cette étude a également mis en évidence que tout en contribuant « *à réduire les inégalités de traitement entre salariés et à garantir la stabilité du système de négociation* », l'extension pouvait avoir - contrairement à sa finalité première - un « *impact négatif sur la concurrence, l'emploi et les performances des entreprises, particulièrement lorsqu'une convention collective est négociée par un petit nombre d'entreprises peu représentatives du secteur en question* »⁵⁵³. Cette analyse a fait écho à des griefs prononcés à l'encontre du caractère systématique de l'extension qui reviendrait, pour ses détracteurs, à fixer « *une norme impérative pour toutes les entreprises alors que celles-ci sont par définition hétérogènes dans leur situation et donc leurs besoins* »⁵⁵⁴. Par l'application de standards sociaux élevés imposés de manière uniforme à toutes les entreprises d'un même « secteur d'activité », l'extension serait ainsi « *nuisible aux petites entreprises et à l'arrivée de nouveaux entrants* »⁵⁵⁵. Cette critique serait d'autant plus fondée que les négociateurs de branche sont issus la plupart du temps de grandes entreprises qu'ils représentent à la table des négociations, au détriment d'une représentation réelle de la diversité des entreprises du secteur. Du côté patronal, ces négociateurs rechercheraient donc avant tout l'intérêt économique des grandes entreprises qu'ils représentent, tandis que du côté des organisations syndicales, l'intérêt des « *insiders* » serait privilégié au détriment des « *outsiders* »⁵⁵⁶. En regard du droit de la concurrence, l'extension reviendrait alors à « *conférer le sceau de l'État à un acte qui potentiellement peut être une entente constitutive de distorsion de concurrence* »⁵⁵⁷. Une réponse à ces critiques a toutefois été trouvée dans le contrôle du Conseil d'Etat qui a été amené

⁵⁵²OCDE, « *Les extensions administratives des accords de branche en France : Effets et pistes de réformes* », Juil. 2017, p.1.

⁵⁵³*Ibidem*.

⁵⁵⁴Jean-Denis COMBEXELLE, « *La négociation collective, le travail et l'emploi* », Rapport au Premier Ministre, France Stratégie, sept. 2015, p.69. Nous précisons que le rapport dresse un état des critiques qui ne correspondent pas forcément à l'opinion de l'auteur.

⁵⁵⁵Pascal LOKIEC, « *Hierarchie des normes et négociation : le pari de la confiance* », *Dr. ouv.* 2018, p.142. L'auteur rappelle également les griefs communément adressés à l'extension des conventions de branche sans qu'il ne s'agisse pour autant de sa propre position doctrinale.

⁵⁵⁶Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*

⁵⁵⁷*Ibidem*.

à censurer les pratiques anti-concurrentielles de certaines conventions collectives⁵⁵⁸ avant que le législateur n'autorise expressément le ministre du travail à refuser l'extension pour « *une atteinte excessive à la libre concurrence* »⁵⁵⁹.

2- Les effets de l'extension

90. Rayonnement. En application des dispositions légales, l'arrêté d'extension rend obligatoire les stipulations de la convention collective pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application territorial et professionnel⁵⁶⁰. Tous les salariés de la branche sont donc soumis au texte étendu, même si l'extension de conventions catégorielles

⁵⁵⁸Dans un arrêt du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat avait posé le principe que le contrôle de la légalité des actes administratifs pouvait être opéré par le juge administratif en regard des règles de la concurrence (CE, Section, 3 nov. 1997, *RFDA* 1997, p. 1228, concl. Jacques-Henri STAHL ; *AJDA* 1997, p. 945, note Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD). Reprenant ce principe, le Conseil d'Etat a estimé que la légalité d'un arrêté d'extension pouvait donc être discutée en regard des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (Ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF 9 déc. 1986, p.14765) qui prohibent les conventions et ententes de nature à fausser la concurrence et répriment l'abus de position dominante (CE, 16 janv. 2002, *RJS* 2002, n°468 et p. 308, concl. Pascale FOMBEUR). Dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat, tout en jugeant l'arrêté d'extension conforme, se prononce sur l'incidence de la législation relative à la concurrence sur le droit des conventions et accords collectifs de travail. Il considère, en effet, que si les conventions et accords collectifs de travail ne constituent pas eux-mêmes des « *conventions et ententes* » au sens des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il importe que leurs stipulations n'aient pas « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché notamment en limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* » et que leur extension n'ait pas pour effet de placer une entreprise ou un groupe d'entreprises dans une situation permettant un abus de position dominante. Confirmant sa jurisprudence, le Conseil a été amené par la suite à annuler certaines dispositions d'un arrêté d'extension d'une convention collective au motif qu'elles étaient de nature à fausser le jeu de la concurrence (CE, 30 avr. 2003, *AJDA* 2003, p.1150, note Francis DONNAT et Didier CASAS ; *AJDA* 2003, p.1849, note Pierre SUBRA DE BIEUSSES ; *D.* 2004, p.1702, obs. Xavier PRÉTOT et Dominique CHELLE ; *Dr. soc.* 2003, p.999, note Paul-Henri ANTONMATTEI et Stéphane DESTOURS ; *RTD com.* 2003, p.490, obs. Gilbert ORSONI ; *Dr. ouv.* 2003, p.261, étude Gérard LYON-CAEN préc.).

⁵⁵⁹*C. trav.*, art. L.2261-25. Cette précision a été introduite à l'article L. 2261-25 par l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective (JORF 23 sept. 2017), qui a consacré la solution prétorienne formulée par le Conseil d'Etat (V. sur ce point : Lydie DAUXERRE, « Sécurisation des dispositifs d'extension et d'élargissement des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2017, 1307 ; Jean-Denis COMBREXELLE, « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », *Dr. soc.* 2020, p.503). Cette possibilité offerte au ministre du travail s'accompagne de moyens supplémentaires qui lui sont alloués pour étayer son contrôle d'opportunité (V. infra) préalable au prononcé de l'extension. En application de l'ordonnance précitée le ministre peut, en effet, désormais s'adjoindre l'aide d'un groupe d'experts chargé d'apprécier les « *effets économiques et sociaux* » susceptibles de découler de l'extension d'un accord (*C. trav.*, art. L. 2261-27-1). Ces effets incluent notamment les risques d'atteinte excessive à la libre concurrence ou de mise à mal de la politique de l'emploi (V. Autorité de la Concurrence, « *Avis n°19-A-13 du 11 juil. 2019 relatif aux effets de la concurrence de l'extension des accords de branche* », spéc. pp.19-21 ; « Les modalités de saisine du groupe d'experts en matière d'extension », *SSL* 2017, n°1796, p.3 ; Muriel CHAGNY, « Branches et concurrence : l'Autorité de la concurrence et la procédure d'extension des branches », *JCP S* 2020, 1088).

⁵⁶⁰*V. C. trav.*, art. L. 2261-15.

est, sous certaines conditions, possible⁵⁶¹. De même toutes les entreprises de la branche - y compris les entreprises publiques et les établissements publics employant du personnel dans les conditions du droit privé⁵⁶²- seront soumises aux stipulations de la convention qu'elles soient adhérentes ou non d'une organisation patronale signataire. L'employeur compris dans le champ d'application ne pourra ainsi se soustraire à l'application de la convention en invoquant des considérations propres à son entreprise tenant notamment à sa taille, son mode de gestion ou sa nationalité⁵⁶³.

91. Limites. Ce « rayonnement »⁵⁶⁴ de la convention collective au-delà de son domaine d'application personnel demeure pour autant limité à la zone professionnelle et géographique déterminée par les parties. Le ministre ne peut en effet étendre la convention au-delà de son champ d'application professionnel ou territorial⁵⁶⁵, sauf à recourir à la procédure d'élargissement⁵⁶⁶. Ce cantonnement des pouvoirs du ministre au champ d'application de la

⁵⁶¹En application de l'article L. 2261-27 3° du Code du travail, quand l'avis motivé favorable de la Commission nationale de la négociation collective a été émis sans opposition écrite et motivée soit de deux organisations d'employeurs, soit de deux organisations de salariés représentées à cette commission, le ministre du travail peut étendre une convention qui ne couvre pas l'ensemble des catégories professionnelles de la branche, mais seulement une ou plusieurs d'entre elles. Cette possibilité a été introduite par la loi du 13 juillet 1971 qui a apporté un assouplissement au principe de l'« unicité de la charte professionnelle » en vertu duquel, sous l'empire des textes antérieurs, l'accord collectif susceptible d'extension devait nécessairement couvrir toutes les catégories professionnelles de la branche considérée (V. Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p. 147 et spéc. p.148 ; « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr soc.* 1971, p.530 et spéc. p.542).

⁵⁶²V. *C. trav.*, art. L. 2233-3.

⁵⁶³Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer très tôt sur ce point, notamment dans un arrêt du 3 mars 1939 (*Dr. soc.* 1939, p.377) par lequel il a refusé d'exempter les entreprises artisanales de l'application d'une convention collective étendue au motif que le ministre ne peut rendre obligatoire les dispositions d'une convention collective que si celle-ci a été conclue pour une branche d'industrie et de commerce déterminée « *sans distinction suivant les dimensions et le mode de gestion des entreprises intéressées* ». Pour la question de la nationalité : V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°272, p.509.

⁵⁶⁴Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p.933

⁵⁶⁵V. CE, 3 juin 1983, *D.* 1984, I.R., p.367, 1^{ère} espèce, obs. Philippe LANGLOIS. V. également sur les limites territoriales de l'arrêté d'extension : Cass. soc., 1^{er} fév. 1995, *RJS* 1995, n°450 ; Cass. soc., 15 fév. 1995, *RJS* 1995, n°311 ; Cass. soc., 14 fév. 2007, *RJS* 2007, n°640 ; sur les limites professionnelles : Cass. soc., 18 oct. 2006, *RJS* 2007, n°88.

⁵⁶⁶La procédure d'élargissement actuellement codifiée aux articles L. 2261-17 et L. 2261-18 du Code du travail (V. supra note n°466) a été introduite par l'ordonnance n°67-830 du 22 septembre 1967 en étant conçue comme une adaptation du droit de l'extension (V. Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p. 147 et spéc. p.149). L'ordonnance de 1967 a permis en effet, dans certaines situations de carence ou de blocage de la négociation collective, de rendre applicable par arrêté ministériel la convention de branche déjà étendue à un secteur géographique différent. La loi du 13 juillet 1971 a ensuite permis l'élargissement de la convention étendue à un secteur professionnel différent (V. Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr soc.* 1971, p.530 et spéc. pp.542-543). La loi du 13 novembre 1982 autorisera le recours à la procédure au-delà du cadre de la convention de branche étendue et l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 viendra, en dernier lieu, assouplir et sécuriser ce dispositif sur lequel nous reviendrons au cours de notre étude (V. Lydie DAUXERRE, « L'élargissement des conventions et accords collectifs de travail », *JCP S* 2015, 1447 ; « Sécurisation des dispositifs d'extension et d'élargissement des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2017, 1307).

convention n'exclut pas pour autant qu'il puisse apporter un correctif à la liberté des parties. En effet, dans le cadre de son contrôle de légalité préalable au prononcé de l'extension, le ministre sera amené à se prononcer sur la délimitation du champ d'application retenu par les parties et par là même à tracer les contours de la branche d'activité.

§ 2. L'extension, support de définition de la branche

92. Conditions. En permettant à la convention de s'élever au rang de loi de la profession, l'extension revêt une « *fonction légitimante* »⁵⁶⁷. Cette fonction permet de dépasser la seule volonté des parties, ce qui sous-tend que l'extension réponde à des conditions de fond et de forme strictes qui permettront d'entourer le renforcement du caractère contraignant de la convention de garanties. Il en est ainsi de l'exigence de représentativité qui permettra d'acquérir la certitude que les négociateurs, réunis en commission paritaire⁵⁶⁸, ont la capacité, tant du côté patronal que du côté salarial, de représenter l'ensemble de la profession et d'engager cette dernière⁵⁶⁹. De même, la volonté du législateur de faire de la convention étendue une véritable charte professionnelle a justifié que l'on impose à cette dernière de comporter des clauses obligatoires qui se sont multipliées au fil des réformes et qui garantissent que la convention ait un contenu le plus complet possible lui permettant de régir les relations de travail au sein de la

⁵⁶⁷Sophie NADAL, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL* 2004, n°1183, p.48 et spéc. p.51.

⁵⁶⁸V. *C. trav.*, art. L. 2261-19 et L. 2232-9. La loi du 8 août 2016 a fusionné les anciennes commissions paritaires de négociation et commissions paritaires d'interprétation au sein de la CPPNI (V. supra note n°495). En tant qu'instance de négociation, la CPPNI est désormais l'organe compétent pour accueillir les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au sein de la branche pour négocier les conventions et accords susceptibles d'extension.

⁵⁶⁹La loi du 5 mars 2014 a ajouté à la condition de représentativité des signataires, l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérent aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau (*C. trav.*, art. L. 2261-19). V. Sophie NADAL, « Péril sur la conception de l'extension des accords collectifs de branche. Brefs propos sur l'une des dispositions du projet de loi relatif la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale », *RDT* 2014, p.196.

branche⁵⁷⁰. Enfin, le ministre du Travail aura l'obligation de procéder à un contrôle de légalité et d'opportunité préalable au prononcé de l'extension, ce qui exclut toute automaticité de l'extension.

C'est sur le fondement du contrôle opéré par le ministre au moment de l'extension (A) que le juge administratif a reconnu à celui-ci le pouvoir de « retoucher » les contours de la branche et par la même de la définir (B).

A. Le contrôle ministériel préalable au prononcé de l'extension

93. Principe. Il est de principe que les pouvoirs du ministre lors de l'extension trouvent une limite dans « *le nécessaire respect de la volonté des parties* »⁵⁷¹. L'article L. 2261-15 du Code du travail dispose à ce propos dans son deuxième alinéa : « *L'extension des effets et des sanctions de la convention ou de l'accord se fait pour la durée et aux conditions prévues par la convention ou l'accord en cause* »⁵⁷². Ce principe induit que l'extension n'emporte pas une modification du contenu de l'acte conventionnel, ce que corrobore au demeurant l'asservissement de l'arrêté d'extension à la convention qui lui sert de support⁵⁷³.

94. Tempérament. Ce principe se trouve toutefois tempéré par les dispositions de l'article L. 2261-25 du Code du travail qui autorisent le ministre à exclure de l'extension, après

⁵⁷⁰Les clauses obligatoires portent sur les règles de négociation et de conclusion de la convention définies en application des dispositions légales mais également sur les règles encadrant les relations individuelles (conditions de recrutement, niveaux de qualification, classifications professionnelles, salaire minimum, formation professionnelle, égalité professionnelle, prévoyance, rupture du contrat de travail etc.) et les relations collectives (exercice du droit syndical, règlement des conflits collectifs etc.) entre les employeurs et les salariés de la branche (V. C. trav., art. L. 2261-22). L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a par ailleurs ajouté aux conditions de l'extension, l'obligation pour la convention de comporter des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés (V. C. trav., art. L. 2261-23-1). Ces stipulations, mentionnées à l'article L. 2232-10-1 du Code du travail, sont destinées à favoriser la négociation collective dans les PME/TPE de la branche et se présentent sous forme de dispositions conventionnelles optionnelles ou d'« *accord type* » que l'employeur pourra mettre en œuvre de manière unilatérale dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Le rôle de « prestataire de services » de la branche (V. supra) trouve ici une illustration.

⁵⁷¹Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°263, p.488. En application de ce principe, le ministre ne pourra étendre la convention au-delà de son champ d'application professionnel ou territorial (V. supra note n°565).

⁵⁷²L'article L. 2261-15 est le premier article de la sous-section 1, intitulée « *Principes* », de la section du Code du travail relative à l'extension et à l'élargissement.

⁵⁷³V. étude 86 supra. Au-delà de la validité de l'arrêté d'extension, la durée de ce dernier est donc également subordonnée à la convention. En effet, en application de l'article L. 2261-8 du Code du travail, l'arrêté devient caduc à compter du jour où la convention ou l'accord ayant fait l'objet de l'extension cesse de produire effet.

avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective⁵⁷⁴, les clauses « *qui seraient en contradiction avec des dispositions légales* » (al. 1), ainsi que les clauses « *pouvant être distraites de la convention ou de l'accord sans en modifier l'économie, mais ne répondant pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré* » (al. 2). Ces dispositions figuraient déjà dans l'ancien article 31 j du Code du travail issu de la loi du 11 février 1950, qui avait donnée lieu à de vifs débats lors de son adoption entre partisans d'un contrôle accru de l'Etat et partisans d'une automaticité de l'extension au nom de la libre élaboration du droit professionnel par les organisations syndicales⁵⁷⁵. Il fût admis toutefois que des « *considérations d'opportunité pratique, aussi bien que des arguments de technique juridique* »⁵⁷⁶ commandaient d'exclure toute automaticité. Bien que la convention soit conclue par des organisations représentatives, les incidences notamment économiques de l'extension justifient, en effet, que l'Etat puissent refuser celle-ci en totalité ou prononcer une extension partielle fondant ainsi un contrôle d'opportunité du ministre (1). De même, sur le plan de la technique juridique, il est exclu que le ministre puisse étendre, sous sa propre responsabilité, des clauses en contradiction avec des dispositions légales⁵⁷⁷, ce qui l'oblige à contrôler préalablement la légalité du texte soumis à l'extension (2).

⁵⁷⁴La Commission nationale de la négociation collective (CNNC) est devenue, au 1er janvier 2019, la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNCEFP) en application de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. La loi a complété les attributions et la composition de la commission afin de lui permettre d'exercer - outre ses missions traditionnelles dans le domaine de la négociation collective - un rôle consultatif dans le champ de l'emploi, de l'orientation et de la formation professionnelles jusqu'ici dévolu à d'autres instances (V. infra).

⁵⁷⁵Lors des travaux préparatoires de la loi du 11 février 1950, il avait été envisagé que le ministre ne puisse s'opposer à l'extension, celle-ci devenant alors automatique dans le délai d'un mois après la conclusion de la convention (V. Paul DURAND, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives de travail (fin) », *Dr. soc.* 1950, p.186 et spéc. p.190).

⁵⁷⁶Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°262, p.487.

⁵⁷⁷Sous l'empire de la loi de 1936, le ministre pouvait refuser pour des raisons d'opportunité d'étendre la convention. En revanche, la possibilité pour le ministre d'exclure certaines clauses de la convention lors de l'extension ne figurait pas expressément dans le texte. En présence de stipulations contraires aux lois et règlement en vigueur, le ministre pouvait refuser de prendre l'arrêté l'extension mais ne pouvait de son chef modifier le texte élaboré par les parties. Il devait dès lors inviter ces dernières à mettre le texte en harmonie avec la loi avant de procéder à l'extension. Il était admis toutefois que le ministre puisse refuser d'étendre une disposition de la convention, c'est-à-dire d'exclure une clause déterminée du champ de l'extension (et non de modifier le texte de la convention...) à condition que la suppression de cette clause ne soit pas susceptible de modifier l'économie du contrat (V. Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, pp.142-145)

1- Le contrôle d'opportunité

95. Extension facultative. Dès son origine, l'extension a été considérée comme une simple faculté pour le ministre⁵⁷⁸, même si une systématisation a pu être constatée en réaction aux vides conventionnels⁵⁷⁹. Le ministre est donc libre d'étendre ou de ne pas étendre un accord collectif de travail⁵⁸⁰. Il a ainsi été admis que le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide d'étendre la convention et que l'opportunité de l'extension prononcée par l'arrêté ne saurait, en l'état actuel de la jurisprudence, être utilement contestée devant le juge de l'excès de pouvoir⁵⁸¹. Dans le cas inverse, le Conseil d'Etat a reconnu au ministre un pouvoir de refuser, en opportunité, l'extension d'un accord de branche pour « *des motifs d'intérêt général tenant notamment aux objectifs de la politique économique et sociale ou à la protection de la situation des tiers* », sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir⁵⁸². Consacrant le principe de proportionnalité entre les objectifs d'ordre social et les impératifs de préservation de la concurrence développé par la jurisprudence du Conseil d'État⁵⁸³, l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 a par ailleurs renforcé les prérogatives du ministre en prévoyant expressément que ce dernier puisse refuser l'extension d'un accord collectif pour « *des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence* » ou - après ajout de la loi de ratification du 29 mars 2018 - « *au regard des objectifs de la politique de l'emploi* »⁵⁸⁴.

96. Extension partielle. Lors de son analyse des termes de l'accord, préalable à la signature de l'arrêté, le ministre peut également exclure de l'extension des clauses « *ne*

⁵⁷⁸L'article 31 vd du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 24 juin 1936 indiquait que les dispositions de la convention « *peuvent* » être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés compris dans le champ d'application de la convention (L'automatisme de l'extension, un temps envisagée lors des travaux préparatoires de la loi de 1950, ne fût pas retenue par cette dernière ; V. supra). L'actuel article L. 2261-15 al. 1 du Code du travail est toujours rédigé en ce sens : « *Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective* ».

⁵⁷⁹V. étude 89 supra.

⁵⁸⁰Nous précisons que si les dispositions de l'article L. 2261-24 du Code du travail obligent le ministre à engager « *sans délai* » la procédure d'extension lorsque celle-ci est demandée par l'une des organisations d'employeurs ou de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention, il ne s'agit toutefois - comme l'indique expressément le texte - que d'une obligation d'engager la procédure. Dans la phase ultérieure, le ministre reste libre de prononcer ou non l'extension.

⁵⁸¹CE, 9 nov. 1979, *Lebon*, p.412 ; CE, 19 mars 1997, *RJS* 1997, n°575.

⁵⁸²CE, 21 nov. 2008, concl. Anne COURRÈGES, *SSL* 2009, n°1384, p.6 ; *RJS* 2009, n°386.

⁵⁸³V. supra notes n° 558 et n°559.

⁵⁸⁴*C. trav.*, art. L. 2261-25. Sur le fondement de l'intérêt général qui est attaché à la restructuration des branches professionnelles, le ministre pourra également refuser d'étendre la convention collective, ses avenants ou ses annexes, après avis de la Commission nationale de la négociation collective (*C. trav.*, art. L. 2261-32 III.).

répondant pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré »⁵⁸⁵. La reconnaissance de ce pouvoir d'extension partielle de la convention paraît a priori « *logique* »⁵⁸⁶ dès l'instant où l'on reconnaît au ministre la faculté de refuser l'extension. Le risque d'arbitraire est toutefois ici très important car en se livrant à une analyse personnelle de la situation de la branche, le ministre pourra « *toucher au contenu de la convention tel que défini par ses signataires* »⁵⁸⁷. Cette extension partielle ne sera de ce fait possible, après avis motivé de la CNNC, qu'à la condition que l'exclusion porte sur des clauses qui puissent être distraites de la convention sans « *en modifier l'économie* »⁵⁸⁸. Admis dès la création de la procédure d'extension⁵⁸⁹, cet encadrement des pouvoirs du ministre lors de l'extension partielle permet de tenir compte de la volonté des parties qui ont pu opérer des concessions réciproques lors de la négociation de la convention en adoptant des clauses qui sont des contreparties les unes des autres. Susceptible d'un contrôle juridictionnel, cet encadrement des pouvoirs ministériels permet de garantir le respect du principe de l'indivisibilité qui implique que l'autorité administrative ne puisse porter atteinte à l'équilibre de la convention en traitant différemment des clauses qui forment un sous-ensemble parce qu'elles n'ont été adoptées qu'en contrepartie les unes des autres⁵⁹⁰.

2- Le contrôle de légalité

97. Exclusion obligatoire. Le ministre peut également, après avis motivé de la CNNC, exclure de l'extension les clauses de la convention « *qui seraient en contradiction avec des dispositions légales* »⁵⁹¹. Disposant d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il distrait des clauses ne répondant pas à la situation de la branche, le ministre est en revanche ici en situation de

⁵⁸⁵C. trav., art. L. 2261-25 al. 2 (V. supra).

⁵⁸⁶Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°266, p.497.

⁵⁸⁷Anne COURRÈGES, concl. sous CE 21 nov. 2008, *SSL* 2009, n°1384, p.6 et spéc. p. 7. Comme le souligne le Commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat, le risque est moindre lorsque le ministre use de sa faculté d'étendre ou de ne pas étendre la convention. En effet, dans cette hypothèse, le ministre est enfermé dans une logique de « *tout ou rien* » par les dispositions de l'article L. 133-8 al. 1 du Code du travail (devenu C. trav., art. L. 2261-15 al. 1 ; V. supra note n°578). Il peut décider d'étendre ou de ne pas étendre un accord collectif de travail mais il doit alors respecter le contenu de l'accord.

⁵⁸⁸C. trav., art. L. 2261-25 al. 2 (V. supra).

⁵⁸⁹V. supra note n°577.

⁵⁹⁰V. CE, 19 fév. 1982, concl. Philippe DONDOUX, *Dr. soc.* 1982, p.569 ; CE, 4 mars 1987, *D.* 1989, somm., p.67, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT ; *Dr. ouv.* 1987, p.394, note F. ROCHOIS ; CE, 8 déc. 2000, concl. Isabelle DE SILVA, *Dr. soc.* 2001, p.518.

⁵⁹¹C. trav., art. L. 2261-25 al. 1 (V. supra).

compétence liée⁵⁹² et aura l'obligation d'exclure lors de l'extension les clauses illégales de la convention considérée⁵⁹³. Cette exclusion se fera sous le contrôle entier du juge administratif⁵⁹⁴ qui vérifiera l'appréciation par le ministre de la légalité des clauses exclues⁵⁹⁵ mais également la divisibilité de la convention collective étendue par ailleurs⁵⁹⁶.

98. Délimitation du champ d'application professionnel. Les dispositions du Code du travail permettant l'exclusion de clauses lors du contrôle préalable au prononcé de l'extension ont très tôt soulevé un débat sur les limites des pouvoirs du ministre quant aux modifications que ce dernier pouvait apporter à la convention. La question était en effet de savoir si les modifications ne devaient concerner que les clauses de la convention ou si celles-ci pouvaient également viser son champ d'application. Une lecture littérale de l'ancien article 31 j - indiquant que les dispositions des conventions collectives peuvent être rendues obligatoires par le biais de l'extension « *pour tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial de la convention* »⁵⁹⁷ mais que « *Toutefois, le ministre [...] peut exclure les dispositions qui seraient en contradiction avec les textes législatifs ou réglementaires en vigueur et les clauses qui [...] ne répondraient pas à la situation de la branche d'activité dans le champ d'application territorial déterminé* » - semblait limiter les pouvoirs du ministre aux seules exclusions de clauses ainsi définies sans qu'aucune action ne lui soit permise sur le champ d'application fixé par la convention. Le Conseil d'Etat, suivant les célèbres conclusions de son Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolay, considéra au contraire qu'au moment de l'extension le ministre devait vérifier si les parties avaient bien adopté un cadre de négociation qui corresponde aux exigences légales⁵⁹⁸. L'ancien article 31 f du Code du travail disposant que la convention susceptible d'extension devait avoir pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs « *d'une branche d'activité déterminée*

⁵⁹²V. Anne COURRÈGES, concl. sous CE 21 nov. 2008 préc.

⁵⁹³V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°264, p.491.

⁵⁹⁴Le ministre étant en situation de compétence liée, le juge administratif opérera ici un contrôle normal de l'excès de pouvoir, contrairement au contrôle exercé sur les exclusions de clauses ne répondant pas à la situation de la branche pour lesquelles le ministre dispose d'un pouvoir d'appréciation sur lequel le juge n'opérera donc qu'un contrôle restreint sanctionnant la seule erreur manifeste d'appréciation (V. Anne COURRÈGES, concl. sous CE 21 nov. 2008 préc.).

⁵⁹⁵Pour une illustration : CE, 4 mars 2009, *Dr. soc.* 2009, p.821, concl. Anne COURRÈGES ; *JCP S* 2009, 1297, note François DUMONT.

⁵⁹⁶Le Conseil d'Etat a jugé qu'une clause déclarée licite par la Chambre sociale de la Cour de Cassation ne pouvait être écartée de l'extension sans erreur de droit et qu'en excluant de l'extension la seule stipulation précitée alors que l'ensemble des stipulations de la convention collective ont un caractère indivisible, le ministre a modifié sur un point essentiel l'économie des dispositions demeurrées obligatoires. En conséquence l'arrêté d'extension devait être annulé dans sa totalité (CE, 4 mars 1987, préc.).

⁵⁹⁷V. actuel *C. trav.*, art. L. 2261-15 al.1.

⁵⁹⁸V. CE, 4 mars 1960, *Dr. soc.* 1960, p.342, concl. Pierre NICOLAY.

pour l'ensemble du territoire », le ministre avait donc l'obligation dans le cadre de son contrôle de légalité préalable de vérifier si le champ d'application de la convention répondait à « *la double condition d'intéresser une branche d'activité et l'ensemble du territoire* »⁵⁹⁹.

Devant s'assurer que le champ d'application professionnel de la convention corresponde bien à une « branche d'activité », il appartient dès lors au ministre de retoucher les frontières de la branche que les parties auraient mal délimitées, autrement dit - et en l'absence de toute définition légale de la notion - de procéder lui-même, sous le contrôle du juge, à la définition de la branche⁶⁰⁰.

B. La définition ministérielle de la branche

99. Convocation des organisations représentatives. La doctrine classique considérait que le ministre du Travail opérait un premier contrôle sur le champ d'application de la convention collective à étendre lorsqu'il convoque les organisations représentatives en vue de la négociation de cette dernière⁶⁰¹. Le nouveau système de mesure de la représentativité introduit par la loi du 20 août 2008 pour les organisations syndicales et plus particulièrement par loi du 5 mars 2014 pour les organisations patronales - dont nous avons démontré à maintes reprises le rôle prépondérant dans la délimitation du champ d'application de la convention - semble aujourd'hui ne plus laisser aucune marge de manœuvre au ministre au stade de la réunion de la commission paritaire. Les arrêtés de représentativité quadriennaux publiés dans chaque branche d'activité guident en effet désormais le ministre pour établir la liste des

⁵⁹⁹Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.354.

⁶⁰⁰Le Commissaire du Gouvernement souligne dans ses conclusions que la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'extension prise sous l'empire de la loi du 24 juin 1936 procédait déjà de « *cette idée qu'il existe une notion juridique de branche d'activité et qu'il appartient au Ministre du Travail et, après lui, au juge administratif, de la définir* » (Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.355).

⁶⁰¹V. *supra* note n°348.

organisations à convoquer. Une partie du contentieux de l'extension trouve ainsi assurément une réponse⁶⁰².

100. Périmètre de l'extension. Si le pouvoir d'appréciation ministériel sur les contours de la branche d'activité s'est effacé au stade de la négociation de la convention à étendre, il n'en demeure pas moins que les principes juridiques définis par la jurisprudence du Conseil d'Etat dans les années 1960, sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolay, conservent toute leur actualité lorsqu'il s'agit pour le ministre de décider du périmètre de l'extension. Après avoir considéré dans un premier arrêt *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires* du 4 mars 1960⁶⁰³ que « le Ministre du Travail, qui ne peut étendre une convention collective nationale que si elle concerne une branche d'activité déterminée, a, dès lors, l'obligation, sous le contrôle du juge, avant de prononcer l'extension, de rechercher si toutes les industries auxquelles employeurs et salariés sont convenus d'appliquer la convention collective font ou non partie de la branche d'activité pour laquelle ladite convention collective a été conclue et, dans la négative, d'exclure de l'extension les entreprises qui n'appartiendraient pas à la branche d'activité dont il s'agit » (1), la Haute Assemblée a précisé, lors de deux décisions du 2 mars 1962, les critères (2) sur lesquels le ministre devait se baser pour apporter un correctif à la volonté des parties dans la délimitation du champ professionnel de la convention à étendre⁶⁰⁴.

⁶⁰²Construites sur un principe de symétrie, les réformes de 2008 et de 2014 ont retenu un système de reconnaissance *ex ante* de la représentativité des organisations syndicales et patronales. Comme nous l'avons indiqué en introduction de nos travaux, ce choix se matérialise par une mesure d'audience effectuée tous les quatre ans qui débouche sur la publication d'arrêtés fixant la liste des organisations représentatives au niveau de chaque branche d'activité, ainsi qu'au niveau national interprofessionnel et au niveau national multi-professionnel pour la durée du cycle. La qualité représentative des organisations que le ministre doit réunir au sein de la commission paritaire en vue de négocier des accords collectifs ayant vocation à être étendus est donc désormais déterminée en amont, c'est-à-dire *ex ante* et non *ex post* à l'occasion d'un réexamen litigieux (Sur les notions de représentativité *ex ante* et *ex post* : Jean-Denis COMBEXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, pp.45-46). Nous rappelons également que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, la CPPNI est l'organe compétent pour accueillir les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au sein de la branche pour négocier les conventions et accords susceptibles d'extension (V. supra note n°568). La commission paritaire composée des organisations syndicales et patronales représentatives au sein de la branche est donc désormais permanente, même si la loi de 2016 n'a pas modifié l'article L. 2261-20 du Code du travail qui permet au ministre de provoquer la réunion d'une « commission mixte paritaire » à son initiative ou à la demande d'une organisation représentative. Dans ce dernier cas, la CPPNI devient alors la commission « mixte » paritaire en raison de la présence du représentant du ministère du travail qui en assure la présidence. Le rôle de la commission mixte étant limité au processus préalable à l'extension, son existence se veut ponctuelle contrairement à la commission paritaire qui lui sert d'assise (V. sur ce dernier point : Alain SAURET et Alexis BUGADA, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la branche », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°291f4, p.34).

⁶⁰³V. supra note n°598.

⁶⁰⁴V. CE, 2 mars 1962 (*Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*), *Dr. soc.* 1962, p.346 et CE, 2 mars 1962 (*Union des Chambres syndicales de miroitiers*), *Dr. soc.* 1962, p.604.

1- Les exclusions d'activité

101. Activités distinctes. Pour reconnaître au ministre un pouvoir de procéder à des exclusions d'activité sans être expressément lié par la définition du champ d'application de la convention donnée par ses auteurs, le Conseil d'Etat a, comme nous l'avons vu, estimé que le contrôle ministériel de légalité opéré en préalable au prononcé de l'extension devait permettre de vérifier que les parties avaient bien respecté le cadre professionnel imposé par la loi du 11 février 1950 aux conventions susceptibles d'extension, à savoir celui de la branche d'activité⁶⁰⁵. Ce pouvoir ne correspond pas à une simple faculté mais bien à une véritable obligation pour le ministre qui devra exclure du champ de l'extension les entreprises appartenant à une branche d'activité distincte de celle représentée par les organisations signataires de la convention ou de l'accord quand bien même celles-ci ont entendu rendre le texte conventionnel applicable à cette branche⁶⁰⁶. Le Conseil d'Etat répond en cela à une des préoccupations qui s'étaient exprimées lors des travaux préparatoires de la loi de 11 février 1950, à savoir que les conventions collectives peuvent se chevaucher et que ces chevauchements n'étant pas toujours possibles, un arbitrage est nécessaire pour régler les problèmes de frontières et éviter les risques d'empiètement d'une branche d'activité sur l'autre, « *sous peine de livrer à l'anarchie les délimitations de frontières entre professions* »⁶⁰⁷.

102. Concours de champs professionnels. Le Conseil d'Etat a par la suite été amené à confirmer l'obligation faite au ministre du Travail de prévenir de tels conflits en tranchant la question du chevauchement entre deux conventions dont l'une était déjà étendue. Dans ce cas, le Conseil d'Etat a en effet estimé que « *Lorsqu'il apparaît que les champs d'application définis par les textes en cause se recoupent, il appartient au ministre compétent, préalablement à l'extension projetée, soit d'exclure du champ d'application de l'extension envisagée les activités économiques déjà couvertes par la convention ou l'accord collectif précédemment étendu, soit d'abroger l'arrêté d'extension de cette convention ou de cet accord en tant qu'il s'applique à ces activités* »⁶⁰⁸. Le ministre devra donc exclure les activités n'appartenant pas à la branche préalablement au prononcé de l'extension et, si malgré ce travail de retouche, un recoupement apparaissait ultérieurement entre la convention étendue et un nouveau texte à étendre, le

⁶⁰⁵V. étude 98 supra.

⁶⁰⁶CE, 4 mars 1960, préc. ; CE, 28 avr. 1989, *RJS* 1989, n°705.

⁶⁰⁷Pierre NICOLAY, concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.354.

⁶⁰⁸CE, 6 nov. 2000, *RJS* 2001, n°321, concl. Pascale FOMBEUR, *RJS* 2001, p.199 ; *D.* 2001, p.1915, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT ; CE, 30 juin 2003, *RJS* 2003, n°1197 ; CE, 15 mai 2006, *RDT* 2006, p.326, obs. Sophie NADAL ; CE, 18 sept. 2019, *RDT* 2020, p.62, concl. Frédéric DIEU.

ministre devrait alors mettre fin à ce risque d'empiètement soit en excluant du champ d'application de l'extension envisagée les activités économiques déjà couvertes, soit en abrogeant l'arrêté d'extension du texte précédemment étendu en tant qu'il s'applique à ces activités⁶⁰⁹.

Le ministre se voit ainsi confier le soin de rectifier les frontières de la branche définies par les parties mais son pouvoir ne lui permet que de procéder à des exclusions d'activité et non d'étendre le champ professionnel ou territorial d'une convention⁶¹⁰. Conformément à la tendance libérale de la loi de 1950, le Conseil d'Etat déduit des textes que le ministre doit uniquement éviter les « *usurpations ou doubles appartenances* » et non « *dresser de façon dogmatique la carte des corporations* »⁶¹¹, comme avaient pu souhaiter le faire des législations antérieures⁶¹².

⁶⁰⁹Le Conseil d'Etat poursuit ici une démarche « *constructive* » (Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT, *op. cit.*) de manière à prévenir par les mesures appropriées tout conflit entre conventions collectives étendues. Il avait déjà déduit des textes que le ministre pouvait restreindre le champ d'application de la mesure d'extension qu'il envisage en procédant à l'exclusion des activités marginales comprises dans le champ d'application de la convention mais n'appartenant pas à la branche (CE, 4 mars 1960, préc.) et il ajoute ici la possibilité pour le ministre d'abroger partiellement l'arrêté d'extension de la convention antérieure. Sur l'invitation de son Commissaire du Gouvernement (V. Pascale FOMBEUR, concl. sous CE 6 nov. 2000, *op. cit.*), le juge administratif reprend certes un argument de texte en utilisant les dispositions de l'ancien article L. 133-16 du Code du travail (actuel *C. trav.*, art. D. 2261-13) dans ses motivations mais celui-ci n'est pas suffisant. Le texte prévoit en effet que le ministre chargé du travail peut, à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de sa propre initiative, « *Abroger l'arrêté d'extension en vue de mettre fin à l'extension de la convention ou d'un accord ou de certaines de leurs dispositions lorsqu'il apparaît que les textes en cause ne répondent plus à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré* ». Ces dispositions n'ouvrent donc qu'une simple faculté au ministre qui ne serait a priori susceptible que d'un contrôle restreint de la part du juge de l'excès de pouvoir. Elles ne peuvent être comparées aux dispositions de l'article L. 2261-30 du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 133-15 anc.) qui prévoient que l'arrêté d'élargissement d'un accord est abrogé implicitement, de plein droit, par l'arrêté d'extension de l'accord négocié et conclu dans le secteur d'activité auparavant couvert par voie d'élargissement. C'est donc « *de manière purement prétorienne* » (Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT, *op. cit.*) que le Conseil d'Etat entend faire obligation au ministre de prévenir tout chevauchement ou recoupement entre conventions et accords étendus, le ministre pouvant toutefois opter pour une des deux mesures. Ajoutant encore « *quelque peu à la norme légale* » (Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°2112, p.1069), le Conseil d'Etat a enfin considéré que bien que l'intitulé d'une convention ou d'un accord soit dépourvu, par lui-même, d'effet juridique, le ministre pouvait, lorsqu'il procède à l'extension d'une convention ou d'un accord, « *exclure de son intitulé les termes qui sont en contradiction ou qui créent une ambiguïté avec les stipulations de cette convention ou de cet accord qui en définissent le champ d'application et qui, le cas échéant, sont de nature à créer une confusion avec une autre convention ou un autre accord* » (CE, 11 juill. 2014, *AJDA* 2014, p.2042 ; *RJS* 2014, n°801 ; *JT* 2014, n°168, p.13, obs. Delphine RIEUBON).

⁶¹⁰V. supra note n°565.

⁶¹¹Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), *Dr. soc.* 1962, p.352

⁶¹²Sont visées ici l'organisation corporative édifiée sous le régime de Vichy et la loi dirigiste du 24 décembre 1946 (V. notamment étude 55 supra).

2- Les critères d'identification de la branche

103. Appartenance. Soucieux de préserver la liberté reconnue aux parties par la loi de 1950 et les lois ultérieures dans la définition du champ d'application de la convention⁶¹³, le Conseil d'Etat refuse malgré tout de consacrer l'engagement des parties comme seul critère d'identification de la branche. Il juge que celui-ci n'est pas suffisant pour répondre aux objectifs assignés par le législateur à la convention de branche. En tant que charte d'une profession, la convention doit en effet disposer d'un champ d'application professionnel qui recouvre « *toute l'activité professionnelle, et rien que l'activité professionnelle* »⁶¹⁴. En limitant le contrôle du ministre au seul examen de l'« *engagement réel* » qui consisterait à vérifier « *si les activités marginales ont été valablement engagées [et] si les organisations signataires sont réellement représentatives de ces activités qu'elles ont incluses dans le champ d'application de la convention* », aucune sanction ne serait alors possible si la convention venait à « *déborder son champ d'application naturel et nier la notion de branche d'activité* »⁶¹⁵. Le Conseil d'Etat estime qu'il est nécessaire d'admettre au contraire que le ministre puisse prononcer des exclusions fondées sur le défaut d'appartenance à la branche d'activité au-delà de la réalité de l'engagement des parties⁶¹⁶. Le ministre sera ainsi amené à débarrasser la branche de ses « *excroissances* » sur la base de ce critère de « *non appartenance* »⁶¹⁷, en excluant telle ou telle activité qui n'appartient pas réellement à celle-ci. Au nom de la liberté de principe reconnue aux parties dans la détermination du cadre de la négociation, une « *présomption d'allégeance* » s'attache toutefois « *au fait que les parties ont inclus cette activité dans le champ d'application de la convention* »⁶¹⁸. L'inclusion expresse de l'activité dans le champ d'application de la convention bénéficie donc d'une présomption de régularité et le ministre devra apporter la preuve que celle-ci est « *le fruit d'une erreur ou d'une usurpation* »⁶¹⁹ pour exclure l'activité

⁶¹³V. étude 58 et s. *supra*.

⁶¹⁴Pierre NICOLAY, concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.355.

⁶¹⁵*Ibidem*.

⁶¹⁶V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.356.

⁶¹⁷Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires) préc., p.349.

⁶¹⁸*Idem*, p.348

⁶¹⁹Pierre NICOLAY, concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.357.

litigieuse du champ de l'extension. Il s'appuiera pour cela sur tous les éléments de fait de nature à justifier que l'activité évincée constitue une activité économique distincte de la branche⁶²⁰.

104. Engagement. En reconnaissant au ministre le pouvoir de rectifier les « *anomalies du "bornage" effectué par les parties* »⁶²¹, le Conseil d'Etat vise à garantir le respect du cadre légal de l'extension⁶²². Il préserve ainsi la fonction traditionnelle de l'extension qui consiste à régler les rapports entre les salariés et les employeurs au sein d'une même profession en offrant une couverture conventionnelle unifiée aux premiers et en régulant, par là même, le jeu de la concurrence entre les seconds. Si le cadre défini par les parties dépasse celui de la branche d'activité - seul cadre retenu par les législateurs de 1936 et 1950 pour l'extension - en incluant des activités qui ne lui appartiennent pas réellement, le ministre n'a d'autre choix que de corriger cette maladresse sous peine de voir son arrêté entaché d'illégalité. La fonction régulatrice de l'extension ne pourrait en effet dans ce cas être mise en œuvre car la notion de branche ne présenterait plus alors « *aucun lien avec la réalité économique* »⁶²³.

Cette édification prétorienne des pouvoirs du ministre dans la définition des contours de la branche⁶²⁴ repose sur l'absence de définition de cette dernière par le législateur. Concluant malgré tout à une juridicité de la notion - tout particulièrement lorsque celle-ci est mobilisée dans le cadre l'extension⁶²⁵ - le Conseil d'Etat reconnaît au ministre, et après lui au juge

⁶²⁰Pour une illustration : CE, 28 avr. 1989, *RJS* 1989, n°705. La nomenclature de l'INSEE a été reconnue comme un « *guide* » pour le ministre dans son travail de retouche sans que celle-ci ne revête toutefois un caractère impératif (V. CE 4 mars 1960 et les deux arrêts du 2 mars 1962 préc. ; V. également nos développements supra sur la valeur indicative de la nomenclature de l'INSEE pour déterminer la convention collective applicable). Nous soulignons, enfin, l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 juin 2002 (V. supra note n°377) dans lequel le juge administratif s'est fondé sur la spécificité des conditions d'exercice de l'activité bancaire des caisses de Crédit Agricole pour considérer que celles-ci formaient une profession distincte de l'activité bancaire en général (nous rappelons, à ce propos, le contexte particulier des professions agricoles, V. étude 60 supra).

⁶²¹Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°265, p.494.

⁶²²Ce qui justifie le contrôle sur le champ d'application professionnel de la convention au titre du contrôle de légalité (V. supra).

⁶²³Cécile HABLOT-MUROLO, « *Couverture conventionnelle dans les branches- Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique* », Rapport de recherche IRES et CFE-CGC, sept. 2018, p.14.

⁶²⁴Nous rappelons que le Code du travail n'octroie pas expressément au ministre le pouvoir de délimiter la branche au moment de l'extension mais que le Conseil d'Etat a déduit cette possibilité des dispositions régissant la définition de la convention collective susceptible d'être étendue (V. étude 98 supra).

⁶²⁵Nous soulignons les propos de Sophie Nadal qui rappelle que la notion de branche est généralement envisagée « *en ce qu'elle renvoie au champ d'application professionnel librement négocié par les parties signataires des conventions et accords* ». Comme le précise l'auteur « *Ici, ses contours sont flous et les recoupements fréquents, ce qui d'ailleurs est une source d'incertitude pour les rattachements d'entreprise. Mais lorsque la notion de branche est mobilisée dans le cadre de l'extension le problème diffère très sensiblement. En d'autres termes, la branche au sens des conventions et accords ordinaires n'est pas la branche au sens des conventions et accords susceptibles d'extension.* » (Sophie NADAL, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL* 2004, n°1183, p.48 et spéc. p.51).

administratif, le pouvoir de la définir⁶²⁶. Ce pouvoir ne doit pas pour autant, comme nous l'avons souligné, conduire le ministre à une approche rigide de la branche d'activité comme avaient pu le faire des systèmes antérieurs⁶²⁷. Une telle approche n'est en effet pas concevable dans un système législatif respectueux des règles contractuelles instauré par la loi libérale du 11 février 1950. Dans ses conclusions rapportées sous les arrêts du 2 mars 1962 *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires* et *Union des Chambres syndicales de miroitiers*⁶²⁸, le Commissaire du Gouvernement invite dès lors le Conseil d'Etat à préciser davantage les règles s'appliquant à la mise en œuvre du pouvoir reconnu au ministre de procéder à des exclusions, qui lui avait été reconnu deux ans plus tôt dans le premier arrêt *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires* du 4 mars 1960.

En utilisant « *les possibilités de manœuvre que laisse le code du travail lorsqu'il s'abstient de donner un cadre à la branche d'activité* », la Haute Assemblée est appelée à considérer que la branche d'activité saisie dans le cadre de l'extension recouvre en réalité « *deux notions distinctes qui ne se recouvrent pas entièrement l'une et l'autre* »⁶²⁹. Il y a d'abord la branche d'activité au « *cadre étroit* » qui répond à une définition stricte de la branche d'activité constituant « *un tout homogène* » et il y a ensuite la branche au « *cadre large* » qui correspond aux « *groupements de branche d'activité* »⁶³⁰. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'Etat admet que le groupement réunisse « *un certain nombre de branches d'activité qui s'apparentent entre elles par une unité de nature d'activité* »⁶³¹ et que celui-ci puisse constituer un cadre légitime à une convention collective susceptible d'être étendue⁶³². Les règles régissant les exclusions ministérielles doivent en conséquence s'adapter au cadre étroit ou large dans lequel les parties ont entendu situer leurs rapports puisque, conformément à la

⁶²⁶V. supra note n°600. En admettant que la branche est une notion juridique, malgré l'absence de définition légale, le Conseil d'Etat justifie ainsi le contrôle juridictionnel opéré sur les exclusions prononcées par le ministre. Le ministre doit vérifier dans le cadre de son contrôle de légalité que la notion de branche a bien été respectée car la convention susceptible d'extension ne peut avoir d'autre cadre professionnel selon la loi de 1950 (V. supra). La branche est dès lors saisie comme une notion juridique déterminée - et non comme une simple appréciation de fait - sur le contenu de laquelle le contrôle du juge doit s'exercer (V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.356).

⁶²⁷V. supra notes 611 et 612.

⁶²⁸V. supra note n°604.

⁶²⁹Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (*Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*) préc., p.351

⁶³⁰*Ibidem*.

⁶³¹*Ibid.*

⁶³²Nous rappelons que la loi de 1950 sous l'empire de laquelle ont été prises ces décisions du Conseil d'Etat, tout comme la loi de 1936, ne reconnaît que la branche comme cadre possible de l'extension. Ce n'est que dans la loi du 13 juillet 1971 que d'autres cadres seront admis, notamment la possibilité d'étendre des accords interprofessionnels (V. infra). L'unité de nature d'activité entre les branches permet, selon Pierre Nicolay, de distinguer le groupement de branches d'activité, dont la compatibilité avec le cadre de l'extension définit la loi de 1950 doit être admise, du cadre interprofessionnel incompatible à cette époque avec la notion de convention collective susceptible d'être étendue (V. concl. préc., p.352).

tendance libérale du législateur, « *le champ d'application professionnel de la convention est d'abord l'œuvre de ses signataires* »⁶³³. Lorsque la branche d'activité a été entendue au sens strict (cadre étroit), le ministre prononcera des exclusions sur la base du seul critère de non appartenance qui devra toutefois être prouvé, comme nous l'avons précédemment indiqué, puisque l'inclusion d'une activité par les parties dans le champ d'application de l'accord bénéficie d'une présomption d'allégeance de cette activité à la branche. La branche toute entière est engagée dans ce cas par la seule signature des organisations représentatives et aucune sécession ne sera admise en raison d'un défaut d'adhésion⁶³⁴. Lorsque la branche a été entendue au sens large, le ministre pourra user de cette même faculté d'exclure pour défaut d'appartenance⁶³⁵, s'il estime « *le lien de parenté existant entre le groupement et cette industrie comme trop lâche ou inexistant* »⁶³⁶. Le ministre maintiendra ainsi au sein du groupement « *le minimum d'homogénéité qui justifie la soumission à une règle conventionnelle unique* »⁶³⁷. Mais dans une pareille hypothèse, les pouvoirs du ministre seront accrus et lui permettront également de prononcer des exclusions sur la base du critère de non engagement. Les organisations représentatives au sein de chaque branche restent en effet libres de s'engager et lorsqu'une union d'organisations patronales telle que l'Union des industries chimiques, représentative d'un groupement de branches d'activité, signe une convention, elle ne peut valablement engager les organisations représentatives de base sans leur consentement. C'est en effet au niveau de la branche au cadre étroit que l'on s'engage et à l'échelon du groupement de branches, l'union n'est qu'un « *mandataire* »⁶³⁸ des industries de base. Dès lors, en présence d'une « branche » entendue au sens large, le ministre devra exclure du champ de l'extension les activités qui ont refusé de s'engager. Il ne pourra toutefois exclure celles-ci qu'à la seule condition qu'elles puissent prétendre elles-mêmes à la qualité de branche d'activité, ceci afin d'éviter l'excès de sécessions qui compromettrait l'objectif d'uniformisation des conditions de

⁶³³Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.349.

⁶³⁴Le Commissaire du Gouvernement en conclut que le défaut d'adhésion d'une organisation représentative qui refuserait de signer la convention entraînerait l'impossibilité pour le ministre d'étendre la convention (V. concl. sous CE 4 mars 1960 préc., p.356 et sous CE 2 mars 1962 *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, p. 352). Il convient toutefois de rappeler qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 septembre 1967 (V. supra), le législateur a admis qu'un accord n'ayant pas été signé par la totalité des organisations représentatives puisse malgré tout, sous certaines conditions, faire l'objet d'une extension (V. *C. trav.*, art. L. 2261-27 1°).

⁶³⁵V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (*Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*) préc., p. 352.

⁶³⁶Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°265, p.493.

⁶³⁷*Ibidem*.

⁶³⁸Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.351.

travail du texte susceptible d'extension⁶³⁹. Cette garantie permet d'éviter que l'on déduise de la multiplication des organisations d'employeurs, une multiplication des champs d'application des conventions collectives extensibles⁶⁴⁰.

105. Branche au sens étroit ou au sens large. En admettant que le ministre puisse exclure telle ou telle branche d'activité qui aurait refusé de s'engager sans faire perdre pour autant à la convention collective son caractère de convention collective susceptible d'être étendue, le Conseil d'Etat accepte ainsi de reconnaître, « *à la faveur de l'imprécision de la définition légale* », que la notion de branche d'activité puisse « *se mouvoir entre un cadre large et cadre étroit* »⁶⁴¹. Jouissant d'une grande liberté, les parties pourront se rallier à une conception étroite de la branche en assujettissant à la même convention des « *entreprises économiquement et techniquement homogènes* » ou au contraire adopter une conception extensive en soumettant à l'accord « *des entreprises plus disparates* »⁶⁴². Le ministre sera toutefois autorisé à retoucher, au moment de l'extension, les limites définies par les parties et contribuera par cette appréciation de la légalité du champ d'application professionnel de la convention à forger une définition juridique de la notion de branche que le juge sera amené à contrôler⁶⁴³. La reconnaissance d'une notion de branche entendue au sens large, qui regroupe donc plusieurs branches d'activité en son sein, souligne dès lors l'existence d'une négociation se situant au-delà de la branche d'activité entendue au sens strict mais une unité de nature d'activité devra toutefois exister entre ces branches pour que le juge administratif valide la conformité du champ d'application de l'accord avec le cadre de légal l'extension défini par la

⁶³⁹Dans l'arrêt *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires* du 2 mars 1962, le Conseil d'Etat valide l'exclusion prononcée par le ministre concernant l'activité des chimistes-experts du champ de l'extension au motif que les chimistes-experts ne sont pas affiliés à l'Union des industries chimiques, principale organisation patronale signataire de la convention collective nationale des industries chimiques et de ses avenants, et que les chimistes-experts constituent une branche d'activité distincte de celles auxquelles les parties signataires de la convention avaient entendu rendre celle-ci applicable. A contrario, dans l'arrêt *Union des Chambres syndicales de miroitiers* du même jour, le Conseil dénie à l'activité de pose des vitres, glaces et vitrines le caractère de branche d'activité qui autoriserait les organisations qui la représentent à s'estimer incluses à tort au sein de la branche d'activité du bâtiment et des travaux publics. Dès lors, et bien que non signataires, les organisations représentant l'activité litigieuse ne pouvaient contester la légalité de l'arrêté ministériel l'ayant incorporée dans le champ d'application de l'accord. Pour refuser à l'activité de pose des vitres, glaces et vitrines le caractère de branche d'activité distincte, le juge administratif juge l'importance de cette activité par rapport à l'ensemble de l'activité du bâtiment et des travaux publics en utilisant, là encore, des éléments de fait tels que la référence à la nomenclature de l'INSEE. Figurant en tant que simple sous-rubrique dans la nomenclature, l'activité ne mérite pas d'être considérée comme une branche autonome et les organisations qui la représentent ne peuvent prétendre être maîtresses de leur sort (V. pour une décision similaire : CE 30 sept. 1983, *D.* 1984, I.R., p.367, 2^{ème} espèce, obs. Philippe LANGLOIS ; pour une décision annulant l'arrêté d'extension excluant une activité ne constituant pas une branche autonome : CE, 3 avr. 1998, *RJS* 1998, n°887).

⁶⁴⁰V. Philippe LANGLOIS, obs. sous CE 30 sept. 1983, préc..

⁶⁴¹Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.351.

⁶⁴²Michel DESPAX, *op. cit.*, p.492.

⁶⁴³V. supra note n°626.

loi de 1950⁶⁴⁴. A défaut d'un tel lien de parenté, la convention serait conclue dans un cadre interprofessionnel que le législateur d'alors ne reconnaît pas comme cadre légal de l'extension⁶⁴⁵. Cette difficulté à identifier le cadre d'appréciation de la convention susceptible d'extension amènera ainsi le juge et la doctrine à s'interroger, dès cette époque, sur les cadres de négociation débordant la branche d'activité et donnera naissance au débat sur les limites de l'interprofession⁶⁴⁶. Les principes posés par la jurisprudence du Conseil d'Etat à propos de la délimitation de la branche d'activité n'en demeureront pas moins fondamentaux lorsqu'il s'agira d'apprécier les limites de ces cadres, une fois leur extensibilité admise. En démontrant que le regroupement de branches ne prive pas chacune des organisations représentatives dans chaque branche de son pouvoir d'engagement, la Haute Assemblée confirme en effet que l'engagement des organisations représentatives de chaque branche est primordial et que l'on ne peut passer outre lorsque le champ d'application de l'accord regroupe plusieurs branches⁶⁴⁷, comme le fait un accord interprofessionnel...

⁶⁴⁴V. supra note n°632.

⁶⁴⁵V. Pierre NICOLAY, *op. cit.*, p.352. L'arrêté prononçant l'extension d'une convention collective conclue dans un cadre interprofessionnel doit donc être annulé sous l'empire de la loi de 1950 (V. infra)

⁶⁴⁶V. infra.

⁶⁴⁷Doit ainsi être annulé l'arrêté ayant prononcé l'extension à trois branches d'activité d'un accord complétant une convention collective nationale qui n'a pas été signé par les trois organisations patronales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire, respectivement à l'égard de ces trois branches d'activité mentionnées dans le champ d'application de la convention initiale (CE, 15 déc. 1978, *D.* 1979, I.R., p.332, obs. Philippe LANGLOIS).

Conclusion du chapitre I

106. Née d'une volonté politique d'organiser les professions, la négociation collective de branche posera très vite la question de la définition de cette dernière en raison de la liberté reconnue aux parties de définir le champ professionnel de l'accord. L'intervention de la puissance publique au moyen de la technique de l'extension permettra malgré tout d'atteindre le but recherché en érigeant la convention collective en véritable « loi de la profession », transcendant par là-même les techniques contractuelles issues du droit civil qui avaient prévalu à la naissance des contrats collectifs de travail.

Adoptant une approche « constructiviste » apportant certaines corrections à la volonté des parties, mais tenant compte malgré tout de cette dernière à l'image de loi libérale de 1950, le juge de l'extension peaufinera les contours de la branche à l'aube des années 1960 démontrant que celle-ci peut se mouvoir dans un cadre étroit ou large.

En exigeant une unité de nature d'activité entre les branches regroupées, le Conseil d'Etat tracera, dans le même temps, la frontière entre la négociation de branche « élargie » et le cadre interprofessionnel dont il contribuera à révéler l'existence en dehors de toute appréhension légale.

CHAPITRE II : UNE NÉGOCIATION AUTONOME

107. La branche entre deux feux. Le choix historique fait en 1936 de privilégier la branche d'activité comme lieu de la négociation collective s'est accompagné, comme nous venons de le voir, de la volonté d'opérer un contrôle politique sur cette dernière via la procédure d'extension. L'objectif affiché par les pouvoirs publics d'organiser les professions s'est traduit certes par une liberté reconnue aux organisations représentant ces professions de définir elles-mêmes le champ professionnel dans lequel la négociation allait pouvoir prospérer, conformément aux techniques contractuelles qui prévalaient alors, mais sous le contrôle attentif des pouvoirs publics qui, au moyen d'une technique extra-contractuelle régie par le droit public, allaient parfaire la construction de l'échiquier professionnel. Ces règles contraignantes n'étant toutefois envisagées que dans le cadre de la branche d'activité, pour les raisons précédemment évoquées, la question de la diversification des champs professionnels de la négociation collective « *en dehors du moule* »⁶⁴⁸ prévu par la loi de 1936 puis celle de 1950 allait dès lors se poser. L'apparition timide de la négociation d'entreprise dans la loi du 11 février 1950⁶⁴⁹ contenait en effet « *en germe la mise en cause de la négociation de branche et de sa fonction d'harmonisation des conditions de concurrence en matière sociale, au sein d'un secteur d'activité* »⁶⁵⁰. L'adaptation nécessaire aux spécificités des entreprises, considérée progressivement comme un enjeu majeur de la négociation collective, allait générer une certaine « *hétérogénéité conventionnelle* » et affecter « *directement la conception de la convention de branche en tant que loi professionnelle* »⁶⁵¹. De même, l'apparition de nouveaux enjeux sociaux au plan national allait questionner la place de la branche comme réceptacle de négociations sociales qui devaient s'appliquer au plus grand nombre, la question se posant alors de savoir si la branche, assise de la profession, pouvait, même appréciée dans un cadre large, permettre la rencontre de plusieurs professions.

La difficulté de délimiter la branche se déplaçait ainsi progressivement vers l'identification de nouveaux cadres de la négociation collective : « *vers le bas* » à l'échelon de

⁶⁴⁸Gérard LYON-CAEN, « Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" », *D.* 1970, Chron., p.159.

⁶⁴⁹V. supra notes n^{os} 145 et 205.

⁶⁵⁰Jérôme PORTA, « Le droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n°158, 2019, p.95 et spéc. p.115.

⁶⁵¹Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouv.* 2002, p.423 et spéc. p.429.

l'entreprise et « *vers le haut* »⁶⁵² par l'extension des négociations à l'échelon interprofessionnel. Si la négociation d'entreprise fût « *plus lente à s'imposer* »⁶⁵³, la négociation interprofessionnelle allait connaître un essor important à compter des années 1960 (**section 1**) qui amènera progressivement le législateur à reconnaître son particularisme (**section 2**).

Section 1. L'essor de la négociation interprofessionnelle

108. Genèse. Sur un plan historique, la pratique de la négociation interprofessionnelle est relativement ancienne. Le « *processus d'élaboration inédit* »⁶⁵⁴ de la loi du 23 avril 1919⁶⁵⁵ semble offrir un des premiers exemples d'une négociation de ce type qui réunit au niveau national des représentants des organisations ouvrières et patronales en vue de négocier les modalités de mise en œuvre de la journée de travail de huit heures⁶⁵⁶. Une illustration parmi les plus célèbre réside toutefois dans l'Accord de Matignon conclu dans la nuit du 7 au 8 juin 1936 entre les deux organisations représentatives du patronat et du salariat français à l'époque⁶⁵⁷, qui alimentera les projets de lois sociales du Front Populaire, dont celui modifiant les dispositions du Code du travail concernant les conventions collectives qui débouchera sur l'adoption de la loi du 24 juin 1936⁶⁵⁸.

⁶⁵²Johannes SCHREGLE, « La négociation collective en Europe Occidentale : quelques problèmes d'actualité », *Dr. soc.* 1978, p.204.

⁶⁵³Pierre ROSANVALLON, *La Question syndicale*, coll. *Pluriel*, Hachette Littératures, 1998, p.243. Rappel : la doctrine considère que l'essor de la négociation d'entreprise date de 1982 (V. étude 33 supra) même si la loi du 13 juillet 1971 a marqué un premier pas dans son émancipation (V. supra note n°145).

⁶⁵⁴Yann DELBREL, « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail », *Dr. soc.* 2019, p.334.

⁶⁵⁵L. du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures, JORF 25 avr. 1919, p.4266.

⁶⁵⁶Le ministère du Travail du gouvernement Clémenceau confia le soin à une commission tripartite composée de représentants des pouvoirs publics et de dix représentants ouvriers (dont Léon Jouhaux, secrétaire général de la CGT) et dix représentants patronaux de réfléchir aux modalités de mise en œuvre de la journée de huit heures sur la base d'un avant-projet de loi. Si politiquement la décision du gouvernement était prise, le contenu de la réforme fût ainsi laissé à la négociation. Un accord fût trouvé le 7 avril 1919 et se traduisit directement par un projet de loi qui fût adopté quasiment en l'état par la Chambre des députés et le Sénat (V. Yann DELBREL, préc.). Certains auteurs voient dans le processus d'adoption de la loi du 23 avril 1919, le premier exemple d'association des partenaires sociaux interprofessionnels à l'élaboration de la loi dans les matières touchant au droit du travail, que la loi du 31 janvier 2007 viendra consacrer (V. Hélène MASSE-DESSEN, « Genèse et objectifs de l'article L. 1 du Code du travail », *Dr. soc.* 2010, p.494).

⁶⁵⁷Respectivement la Confédération générale de la production française (CGPF) et la Confédération générale du travail (CGT).

⁶⁵⁸Sur le déroulé de la négociation et le contenu de l'Accord Matignon : Renée PETIT, *Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936)*, thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937, pp.61-67.

109. Développement. Ignoré par la loi du 11 février 1950, ce type d'accord va connaître, à compter des années 1960, un « *remarquable essor en marge de la réglementation légale* »⁶⁵⁹.

Deux préoccupations majeures semblent être à l'origine du développement de la négociation interprofessionnelle. La première est liée à la prise en compte des risques sociaux dans le champ de la négociation collective au-delà des seules questions intéressant les rapports de travail entre salariés et employeur d'une même profession (§ 1). La deuxième réside dans la volonté des pouvoirs publics, après les événements de 1968, d'associer davantage les partenaires sociaux à la décision publique inaugurant ainsi « *une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif* »⁶⁶⁰ (§ 2).

§ 1. Une négociation « au-delà du travail »

110. Selon Jacques Barthélemy, les grands régimes de retraite complémentaires obligatoires et de chômage ont eu « *l'immense mérite d'inventer l'accord interprofessionnel* »⁶⁶¹. Les mécanismes de solidarité mis en œuvre par ces régimes conventionnels ont nécessité, en effet, de recourir à un cadre de négociation dépassant celui de la branche et le seul règlement des relations de travail entre employeurs et salariés d'une même profession (A). Instituant une protection sociale complémentaire aux régimes légaux de sécurité sociale, ces « *conventions collectives de sécurité sociale* »⁶⁶² ont suscité de nombreux questionnements de la part de la doctrine et du juge obligeant le législateur à édicter, dans un premier temps, certaines mesures spéciales afin de leur donner un support légal (B).

⁶⁵⁹Albert ARSEQUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.250. Nous précisons, toutefois, que le domaine professionnel de la convention étant librement déterminé par les parties dans la loi de 1950, la convention ordinaire peut présenter un caractère interprofessionnel même si ce cadre de négociation n'est pas appréhendé par le législateur de l'époque (V. infra).

⁶⁶⁰Nous faisons référence au titre de l'article de Jean-Maurice Verdier et Philippe Langlois « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif » (*D.* 1972, Chron., p.253) dans lequel a été développé le concept de « *loi négociée* » (V. supra note n°317) repris depuis très largement par la doctrine et qui est considéré par cette dernière comme l'article pionnier en la matière (V. notamment Alain SUPIOT « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59).

⁶⁶¹Jacques BARTHÉLÉMY, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.30.

⁶⁶²L'expression « *convention collective de sécurité sociale* » a été inventée par le Professeur Paul Durand dans un article resté célèbre, publié en 1960 dans la revue *Droit social* : V. Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42.

A. L'émergence des régimes de protection sociale complémentaire

111. Innovation. Constituant des « *innovations capitales du droit social moderne* »⁶⁶³, les régimes de protection sociale complémentaire ont été créés par voie d'accords interprofessionnels en réaction à la création du régime légal de sécurité sociale (1). Dépassant les rapports de travail entre employeurs et salariés, ces accords ont été guidés par un objectif de solidarité visant à garantir un niveau de pension de retraite aux anciens salariés et le versement d'une allocation d'aide aux travailleurs sans emploi (2).

1- Une réaction aux régimes légaux de sécurité sociale

112. Sécurité sociale. Le 4 octobre 1945 est promulguée l'ordonnance portant organisation de la Sécurité sociale⁶⁶⁴. Son article 1^{er} précise : *"Il est institué une organisation de la Sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de familles qu'ils supportent."* Cette ordonnance est complétée, notamment⁶⁶⁵, par l'ordonnance du 19 octobre 1945 qui organise les assurances sociales pour *"les risques de maladie, d'invalidité, de vieillesse et de décès ainsi que des charges de maternité"*⁶⁶⁶, par la loi du 22 mai 1946 qui pose le principe de la généralisation de la sécurité sociale à l'ensemble de la population⁶⁶⁷, par la loi du 22 août 1946 qui définit les prestations de

⁶⁶³Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD et Emmanuel DOCKÈS, *Droit du Travail*, coll. *Précis*, 32^e éd., Dalloz, 2019, n°1458, p.1721.

⁶⁶⁴Ord. n°45-2250 du 4 oct.1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF 6 oct. 1945, p.6280.

⁶⁶⁵Nous ne citons ici que les principaux textes adoptés sur la période 1945-1946 relatifs à l'édification du système contemporain de sécurité sociale.

⁶⁶⁶Ord. n°45-2454 du 19 oct. 1945 fixant le régime des assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles, art. 1, JORF 20 oct. 1945, p.6721.

⁶⁶⁷L. n°46-1146 du 22 mai 1946 portant généralisation de la sécurité sociale, JORF 23 mai 1946, p.4475. L'article 29 de la loi prévoyait toutefois que les personnels des branches d'activité ou d'entreprises prévues au deuxième alinéa de l'article 17 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 demeureraient provisoirement soumis aux dispositions législatives ou réglementaires fixant leur régime propre de sécurité sociale (il s'agit des régimes dits spéciaux dont l'intégration au régime général de sécurité sociale donnera lieu à de nombreux débats).

la branche famille⁶⁶⁸, par la loi du 13 septembre 1946 sur l'assurance vieillesse⁶⁶⁹ et, enfin, par la loi du 30 octobre 1946 qui intègre la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles dans le champ de la sécurité sociale⁶⁷⁰.

La création du système contemporain de sécurité sociale refonde ainsi l'ancien système des assurances sociales des années trente⁶⁷¹ et repose sur un modèle « bismarckien » qui prévoit le financement par des cotisations à la charge des employeurs et des salariés⁶⁷². Empruntant à la tradition mutualiste⁶⁷³, le système prévoit une gestion par les intéressés eux-mêmes que l'on a pu qualifier de « *démocratie sociale* » ou de « *gestion ouvrière* » consistant à confier la

⁶⁶⁸L. n°46-1835 du 22 août 1946 fixant le régime des prestations familiales, JORF 23 août et 3 sept. 1946.

⁶⁶⁹L. du 13 sept. 1946 fixant la date d'application de la loi du 22 mai 1946 sur la généralisation de la sécurité sociale en ce qui concerne l'assurance-vieillesse, instituant une allocation temporaire aux vieux, et relative à l'aide de l'Etat aux catégories sociales économiquement faibles, JORF 14 sept. 1946, p.7918. Brûlant les étapes, ce texte disposait qu'au 1^{er} janvier 1947, l'assurance vieillesse serait étendue à toute la population active (la loi prévoyait que les dispositions de la loi du 22 mai 1946 portant généralisation de la sécurité sociale, étaient, en ce qui concerne l'assurance vieillesse, mises en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1947 pour la perception des cotisations et du 1^{er} avril 1947 pour l'ouverture du droit aux prestations. Il était prévu, en outre, l'octroi d'une allocation temporaire aux personnes âgées de 65 ans ou de 60 ans inaptes au travail). La loi du 13 septembre 1946 rencontra l'opposition des catégories professionnelles non salariées : elle sera abrogée et la loi du 17 janvier 1948 créera les régimes autonomes d'assurance vieillesse des non-salariés (L. n°48-101 du 17 janv. 1948 instituant une allocation vieillesse pour les personnes non salariées, JORF 18 janv. 1948, p.562). Les salariés du secteur public conservaient de leur côté leurs régimes propres, en principe à titre provisoire. L'ambition d'un régime universel de sécurité sociale voulu à la Libération s'est donc heurtée dès l'origine à l'hostilité de certaines catégories professionnelles et la question de l'intégration des régimes spéciaux d'assurance vieillesse au régime général de sécurité sociale n'a cessé d'être discutée (V. notamment Jean-Paul DELEVOYE, « *Pour un système universel de retraite* », Préconisations du Haut-Commissaire à la réforme des retraites, Juil. 2019 ; Frédéric GUIOMARD et Alice JAD, « Les principes d'universalité et d'égalité dans la réforme du système de retraite », *Dr. soc.* 2021, p.294 ; Thierry TAURAN, « Régimes spéciaux : réforme ou continuité ? », *RDSS* 2023, p.650).

⁶⁷⁰L. n°46-2426 du 30 oct. 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, JORF 31 oct. 1946, p.9273.

⁶⁷¹V. Michel LAROCHE, « Des premiers systèmes obligatoires de protection sociale aux assurances sociales », *Vie sociale* 2015, n°10, p.31.

⁶⁷²Le système allemand d'assurances sociales développé par le Chancelier Bismarck au XIX^e siècle a fortement influencé les systèmes de protection sociale européens. L'objectif de ce système était de verser des prestations aux ouvriers de l'industrie lorsque ces derniers étaient frappés par l'un des risques envisagés par les différentes branches des assurances sociales. Les bénéficiaires se voyaient alors octroyer des prestations destinées à compenser la perte de salaire engendrée par la survenue de ce risque. L'affiliation était obligatoire et la contribution destinée à financer ces assurances reposait sur une répartition de la charge entre l'assuré et son employeur (et non sur la valeur de la chose assurée tel que pratiqué dans le droit des assurances) sous forme de cotisations partagées (V. Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, coll. *Précis*, 15^e éd., Dalloz, 2015, n°28, p.23). A cette conception d'un droit à sécurité sociale basée sur l'exercice d'une activité professionnelle a toutefois été opposée une conception plus universaliste s'attachant aux besoins de la personne humaine en tant que telle que l'état se devait de prendre en charge indépendamment de toute activité professionnelle dans le cadre d'un système de solidarité nationale. Cette deuxième conception a été défendue par S^r William Beveridge dans un rapport publié en 1942, qui fût à la base d'un plan de réforme des assurances sociales en Angleterre et qui fût également une source d'inspiration du programme du Conseil National de la Résistance visant à proposer à la France libérée un plan d'ensemble de sécurité sociale. Comme le rappellent certains auteurs, le système français de protection sociale qui s'est construit pendant les « trente glorieuses » serait ainsi « *le fruit un compromis entre les systèmes "beveridgien" et "bismarckien"* » (Bruno PALIER et Giuliano BONOLI, « Entre Bismarck et Beveridge "Crises" de la sécurité sociale et politique(s) » *RFSP* 1995, n°4, p.672 ; V. également dans le même numéro : Nicole KERSCHEN, « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale de 1945 », pp. 570-595).

⁶⁷³Le modèle de la mutualité, qui s'est développé au XIX^e siècle avec les sociétés de secours mutuel, a inspiré le modèle de gestion de la sécurité sociale (V. Jean-Jacques DUPEYROUX, *op. cit.*, n°288, p.223).

gouvernance du régime légal aux représentants des salariés et des employeurs et favoriser ainsi ce que l'on appelle alors la « *collaboration de classes* »⁶⁷⁴.

La conception originelle de la sécurité sociale repose donc sur une logique contributive des salariés et des employeurs et sur son corollaire en matière d'organisation, à savoir un système d'autogestion limitant l'intervention des pouvoirs publics. Pierre Laroque⁶⁷⁵ indiquait à ce propos dans un discours se situant à la charnière entre les assurances sociales et l'établissement du plan français de sécurité sociale : « *L'organisation française de la sécurité sociale devra être conçue de manière à éviter ce risque de bureaucratie. Elle devra être faite d'institutions vivantes, se renouvelant par une création continue, par l'effort des intéressés eux-mêmes chargés par leurs représentants d'en assurer directement la gestion. D'ailleurs, aucune organisation de la sécurité sociale n'est viable si elle ne répond pas aux traditions nationales, si elle ne répond pas aux conditions psychologiques et économiques du pays. Or, la tradition française dans le domaine de la sécurité sociale n'est pas une tradition d'étatisme bureaucratique ; c'est une tradition d'entraide volontaire, c'est la tradition d'un effort désintéressé et généreux d'assistance mutuelle, c'est la tradition de la mutualité, c'est la tradition du syndicalisme [...]. Il incombera aux responsables de l'organisation de la sécurité sociale de faire l'éducation des travailleurs pour les inciter à prendre réellement une part active à la gestion de leurs institutions* »⁶⁷⁶.

113. Réaction patronale. Le choix de la « démocratie sociale » fait en 1945 pour gérer la sécurité sociale⁶⁷⁷ explique que les organismes de Sécurité Sociale sont des organismes de droit privé dotés d'une autonomie de gestion par rapport à l'Etat⁶⁷⁸ et gérés par des conseils

⁶⁷⁴Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016, p.61. V. également Philippe LANGLOIS, « Partenaires sociaux et régimes nationaux de protection sociale », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p.69 : l'auteur rappelle que « la sécurité sociale est née pour constituer un outil contre-révolutionnaire, l'idée des cotisations patronales et salariales se traduisant par une gestion des employeurs et salariés finançant un régime, devant démontrer que la collaboration de classe était possible ».

⁶⁷⁵Considéré comme « le père fondateur de la sécurité sociale », Pierre Laroque fut chargé par Alexandre Parodi, Ministre du travail du gouvernement provisoire, de mettre en œuvre le plan français de protection sociale issu de programme du Conseil National de la Résistance. Pierre Laroque « *élabora et mit en œuvre les grandes ordonnances de 1945 et 1946 qui posèrent les fondations du système actuel* » (« Les Grandes figures du Conseil d'Etat, Pierre Laroque », <https://www.conseil-etat.fr> ; V. également Éric JABBARI, « Pierre Laroque et les origines de la sécurité sociale », *IS* 2015, n°189, pp.12-19).

⁶⁷⁶Extrait du discours prononcé le 23 mars 1945 par Pierre Laroque, Directeur général des Assurances sociales, à l'École nationale d'organisation économique et sociale à l'occasion de l'inauguration de la section assurances sociales (Michel LAGRAVE et Pierre LAROQUE, « Hommage à Pierre Laroque à l'occasion du centenaire de sa naissance », *RFAS* 2008, n°1, pp.162-163).

⁶⁷⁷V. Nicolas DUFOURCQ, « Démocratie sociale et Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1994, p.1008.

⁶⁷⁸Sous le régime des assurances sociales, le Conseil d'Etat avait déjà considéré que le service des assurances sociales était un service public mais que sa gestion était confiée à des caisses dites primaires qui constituaient des organismes privés (CE, 13 mai 1938, n°57302). Seules les caisses nationales du régime général ont un statut d'établissement public à caractère administratif.

d'administration composés de représentants de salariés et d'employeurs⁶⁷⁹. En contrepartie de l'autonomie accordée, l'Etat exerce une tutelle légitimant ainsi la mission de service public remplie par les Caisses de sécurité sociale⁶⁸⁰.

Le système de cogestion par les partenaires sociaux se traduit toutefois par un véritable recul pour le patronat par rapport aux anciens systèmes de protection sociale au sein desquels il occupait une position dominante⁶⁸¹. Affaibli par sa position sous le régime de Vichy, le patronat n'obtient qu'une place minoritaire dans le système de gouvernance qui affirme la prépondérance des salariés dans les conseils d'administration. L'article 5 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 dispose, en effet, que les conseils d'administration des caisses primaires de sécurité sociale sont composés « *pour les deux tiers des représentants des travailleurs relevant de la caisse désignés par les organisations syndicales les plus représentatives* » et « *pour un tiers des représentants des employeurs désignés par les organisations les plus représentatives, des représentants des associations familiales [...] et des personnes [qualifiées]* »⁶⁸². Le

⁶⁷⁹V. Ord. n°45-2250 du 4 oct.1945, art.5. Une organisation bicéphale répartissant les compétences de gestion entre les conseils d'administration et les directeurs de caisse salariés sera toutefois introduite par le décret n°60-452 du 12 mai 1960 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la sécurité sociale (JORF 13 mai 1960, p.4360).

⁶⁸⁰V. Nicolas LE BELLEC, « La tutelle de l'État sur les organismes nationaux du régime général de Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1990, p.454. Cette tutelle s'accroît au gré des réformes et plus particulièrement après l'adoption du « plan Juppé » en 1996 où la primauté de l'Etat sera affirmée dans les grands choix et les grands équilibres financiers de la sécurité sociale (V. notamment Gilles JOHANET, « Une réforme inévitable, mais difficile », *RDSS* 1996, p.677 ; Xavier PRÉTOT « La réorganisation de la Sécurité sociale : la clarification des pouvoirs et ses limites », *RDSS* 1996, p.825). Les lois de financement de la sécurité sociale déterminant les conditions générales de son équilibre financier et fixant ses objectifs de dépenses seront notamment instituées à cette époque (V. L. constit. n°96-138 du 22 févr. 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale, JORF 23 fév. 1996, p.2911). L'étatisation croissante de la sécurité sociale s'expliquera également par le recours de plus en plus important à l'impôt (CSG et CRDS), en appui du système de double cotisation employeur et salarié, pour rétablir l'équilibre des comptes de la sécurité sociale (sur la fiscalisation de la sécurité sociale, V. notamment Philippe LANGLOIS, *op. cit.* ; Pierre VOLOVITCH, « L'évolution des ressources de la protection sociale (1959-1999) », *Revue de l'IRE* 2001, n° 37, p.3 ; Rémi PELLET, « Étatisation, fiscalisation et budgétisation de la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1995, p.296 ; « Fiscalité sociale : les contradictions des syndicats de salariés », *Dr. soc.* 2012, p.569).

⁶⁸¹Les assurances sociales, instituées en 1930, n'étaient pas un système universel ni en termes de population couverte, ni en termes de prestations fournies. Elles laissaient donc ouvert un champ à des institutions de protection sociale qui les complétaient et notamment aux caisses d'origine patronale dont certaines furent mises en place dans les entreprises de la grande industrie dès la fin du XIX^e siècle ou dans les branches, notamment après l'adoption de la loi du 24 juin 1936. V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, rapport préc., pp.36-47 et pp.60-62 ; Thomas AMOSSÉ et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, pp.65-67 ; Gilles POLLET et Didier RENARD, « Le paritarisme et la protection sociale. Origine et enjeux d'une forme institutionnelle », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.61 et spéc. pp.71-75.

⁶⁸²La gouvernance connaîtra deux phases : en 1945 les représentants des salariés et des employeurs sont désignés par les organisations représentatives et à partir de 1947, ils seront élus. Une loi du 30 octobre 1946 pose en effet le principe de l'élection des administrateurs des caisses et recompose le conseil d'administration des caisses primaires : pour les trois quarts, de représentants élus des travailleurs et, pour un quart, de représentants élus des employeurs, auxquels s'ajoutent un ou deux représentants élus du personnel de la caisse, deux médecins élus par leurs pairs, deux personnes nommées par le ministre et un élu de l'union départementale des associations familiales (L. n°46-2425 du 30 oct. 1946 modifiant l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale et fixant les modalités relatives à l'élection des membres des conseils d'administration des organismes de sécurité sociale, JORF 31 oct. 1946, p. 9270).

nouveau système laisse ainsi une grande place aux organisations syndicales de salariés, notamment la CGT qui « *en fût le principal bénéficiaire* »⁶⁸³. Par ailleurs, le « *modèle de l'Etat subsidiaire* »⁶⁸⁴ qui a orienté le choix de 1945 est, en pratique, dès la fin des années quarante, remis en question et l'essentiel des décisions stratégiques applicables à la Sécurité sociale sera pris par la direction compétente du ministère de la Sécurité sociale et non par les partenaires sociaux⁶⁸⁵.

En réaction à l'interventionnisme étatique et à la « gestion ouvrière » de la sécurité sociale⁶⁸⁶, les organisations patronales vont dès lors militer pour l'introduction d'un véritable modèle paritaire⁶⁸⁷ qui va trouver sa plus parfaite expression dans la création, au niveau interprofessionnel, de régimes conventionnels de protection sociale dans des espaces laissés vacants par le régime légal.

⁶⁸³Albert ARSEGUEL et André CABANIS, « Quelle gestion pour la sécurité sociale ? Les controverses et les choix de 1945 », *LPA* 1997, n°91, p.16.

⁶⁸⁴Nicolas DUFOURCQ, *op. cit.*

⁶⁸⁵*Ibidem*. Cette remise en question s'explique par le fait que la sécurité sociale par ses prestations (bénéficiant à l'ensemble de la population) comme par ses ressources (qui n'ont jamais été totalement contributives, notamment en raison de transferts de dépenses budgétaires opérés au sein des finances publiques) ressort beaucoup plus souvent de la solidarité nationale que de l'assurance collective et qu'elle est ainsi perçue avant tout comme un « service public » relevant des responsabilités de l'Etat (V. Nicolas DUFOURCQ « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », *Dr. soc.* 1994, p.291 ; Rolande RUELLAN, « Qui est responsable de la Sécurité sociale ? », *Dr. soc.* 1995, p.718). Nous avons vu, à ce propos, que la mainmise de l'Etat s'accroîtra notamment après l'adoption du plan Juppé (V. supra note n°680) au point que certains auteurs en appellent à un retour à l'autonomie des finances sociales et à « *(re)donner une véritable consistance à la démocratie sociale* » dans la gouvernance de la sécurité sociale (Marion DEL SOL, « Protéger les finances sociales », *Dr. soc.* 2020, p.960).

⁶⁸⁶V. Thomas AMOSSÉ et al., *op. cit.* ; Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*

⁶⁸⁷La notion de paritarisme, sur laquelle nous reviendrons, désigne les « *situations et les événements de la vie sociale au cours desquels interviennent ensemble les partenaires sociaux, représentants des employeurs d'une part et représentants des salariés de l'autre* » (INSTITUT MONTAIGNE, « Dernière chance pour le paritarisme de gestion », Rapport, mars 2017, p.7). Il nécessite « *stricto sensu* » une égalité de représentation de la partie patronale et salariale (V. Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, coll. *Précis*, 15^e éd., Dalloz, 2015, n°291, p.225). Robert Lafore indique à ce propos : « *le principe fondamental du paritarisme est celui d'une responsabilité de gestion partagée entre syndicats et patronats sur une base égalitaire fondée sur la césure employeurs-salariés* » (Robert LAFORE, « À propos de la convention du 1^{er} janvier 2001 : où en est le paritarisme », *Dr. soc.* 2001, p.347). Ce n'est toutefois qu'avec l'ordonnance Jeanneney du 21 août 1967 (Ord. n°67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, JORF 22 août 1967, p.8403) qu'un paritarisme strict sera instauré dans la gestion de la Sécurité sociale, en permettant aux représentants du patronat d'avoir le même nombre de représentants dans les conseils d'administration que les représentants des salariés (cette transformation s'accompagnant de la fin du système électif au profit de la désignation par les organisations représentatives). La prépondérance des représentants salariés et le système de l'élection de ces derniers (les représentants patronaux restant désignés par leurs organisations) seront réintroduits par la loi n° 82-1061 du 17 décembre 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale (JORF 18 déc. 1982, p.3779) avant que le plan Juppé pour la Sécurité Sociale ne consacre un retour au paritarisme strict sur désignation (Ord. n°96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, JORF 25 avr. 1996, p.6301).

2- Les accords fondateurs

114. Retraites complémentaires. Si la résistance à l'activisme étatique et à la gestion ouvrière de la sécurité sociale sert de « *ciment* » à l'action patronale dans sa « *contre-offensive à la sécurité sociale* »⁶⁸⁸, celle-ci reçoit également le concours d'organisations minoritaires et notamment de la Confédération générale des cadres, créée en 1944, qui craint pour la survie des régimes conventionnels négociés avant-guerre⁶⁸⁹. En réservant le bénéfice de ses prestations aux salariés se situant en dessous d'un certain plafond de revenus, le système des assurances sociales institué en 1930⁶⁹⁰ avait en effet laissé « *entière la question de la protection sociale des salariés dont les revenus sont supérieurs à ce plafond et en particulier des cadres* »⁶⁹¹. La question de la retraite des ingénieurs et cadres exclus du système légal devient dès lors un objet de négociation collective, notamment après l'adoption de la loi 24 juin 1936 qui favorise l'établissement, dans plusieurs branches⁶⁹², de régimes conventionnels de retraite pour cette catégorie socio-professionnelle⁶⁹³. Comme le souligne Bruno Gabellieri dans sa thèse, le développement des conventions collectives fait ainsi passer la retraite « *du stade de slogan syndical au stade de construction collective* »⁶⁹⁴.

⁶⁸⁸Thomas AMOSSÉ et al., *op. cit.*, p.67

⁶⁸⁹Le plan Laroque fût également contesté par la CFTC qui craignait d'être mise en minorité par la CGT dans les conseils d'administration des nouvelles caisses de sécurité sociale, ainsi que par la FNMF qui voyait le rôle des sociétés de secours mutuel, qui géraient auparavant l'assurance maladie, directement mis en cause par l'institution de la sécurité sociale (V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, rapport préc., pp.50-51 ; V. également sur les positions respectives de la CGT et de la CFTC concernant l'application de la règle de la « caisse unique » de sécurité sociale en 1945 : Albert ARSEQUEL et André CABANIS, *op. cit.*).

⁶⁹⁰V. supra notes n^{os} 671 et 681.

⁶⁹¹Gilles POLLET et Didier RENARD, « Genèses et usages de l'idée paritaire dans le système de protection sociale français. Fin 19^e - milieu du 20^e siècle », *RFSP* 1995, n^o4, p.545 et spéc. p.557. Seuls les salariés de l'industrie et du commerce dont la rémunération ne dépassait pas 15000 francs par an (18000 francs dans les villes de plus de 200000 habitants) bénéficiaient de l'assurance sociale. Ces plafonds pouvaient être majorés jusqu'à un maximum de 25000 francs pour les salariés chargés de famille.

⁶⁹²Un des premiers engagements se réalise au sein de la métallurgie avec un accord à portée nationale conclu le 14 mai 1937 entre l'UIMM et la Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs, qui sera repris dans des termes équivalents dans de nombreuses branches telles que la chimie, le secteur de l'énergie électrique, l'aéronautique ou les entreprises de travaux publics. Les conventions collectives de ces secteurs, soumises à l'extension, tiennent ainsi compte du nouveau contexte inauguré par l'accord de 1937 et incorporent des articles relatifs aux régimes de prévoyance-retraite (V. Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*). Ces régimes de retraite professionnels fonctionnent selon un système de capitalisation dans le cadre de contrats-groupe souscrits auprès d'un organisme d'Etat ou agréé par ce dernier (mutuelle, compagnie d'assurance, caisse patronale) et prévoient le versement d'une rente calculée en fonction de l'épargne accumulée par les collaborateurs (V. Bernard FRIOT, « Un salariat avec des cadres et sans épargne : les enjeux de la naissance de l'AGIRC », *Sociétés contemporaines* 1995, n^o24, p.65 et spéc. p.67).

⁶⁹³Nous précisons que la loi du 24 juin 1936 ne mentionne pas ce sujet dans les clauses obligatoires des conventions susceptibles d'extension mais la loi de 12 février 1950 l'intégrera dans une liste de clauses facultatives (V. art. 31 g 10^e anc., réd. L. 12 fév. 1950 : « *Les conventions collectives nationales pourront, le cas échéant, également contenir, sans que cette énumération soit limitative, des dispositions concernant : [...] 8^e Un régime de retraite complémentaire du personnel* »).

⁶⁹⁴Bruno GABELLIERI, *Le régime complémentaire de retraite et de prévoyance des cadres, institution du droit économique*, thèse, Nice, 1987, p.109.

Or, avec « *leur volonté d'unicité et de centralisation* »⁶⁹⁵, les ordonnances de 1945 imposent un assujettissement de tous les salariés au régime commun de sécurité sociale, quel que soit le niveau de salaire⁶⁹⁶, remettant « *théoriquement* »⁶⁹⁷ en question les régimes particuliers des cadres précédemment négociés (et beaucoup plus avantageux que le système légal). La conservation d'un régime de protection sociale distinct fédère alors l'encadrement⁶⁹⁸ qui, au travers de son combat pour les retraites, s'affirme comme « *groupe social* »⁶⁹⁹.

Alliées au patronat, certaines organisations syndicales de cadres « refusent » ainsi leur ralliement au régime général et insistent sur le maintien de la spécificité de leur système de retraite⁷⁰⁰. Face à ces pressions, le ministère du Travail propose de réunir une « Commission nationale paritaire » chargée de définir un système complémentaire compatible avec le système de sécurité sociale⁷⁰¹. Les discussions menées au sein de la commission débouchent sur la signature⁷⁰², le 14 mars 1947, d'une « convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres » qui prévoit la création de régimes de retraites complémentaires

⁶⁹⁵Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*, p.559

⁶⁹⁶Le nouveau système de sécurité sociale remplace le plafond d'affiliation aux assurances sociales par un plafond de cotisation (V. Bernard FRIOT, *op. cit.*).

⁶⁹⁷Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*

⁶⁹⁸La CGC nouvellement créée mais qui n'est pas encore reconnue représentative, ainsi que la CFTC et la CGT qui comportent en leur sein une représentation des personnels d'encadrement.

⁶⁹⁹Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*. Nous précisons que l'adhésion à un régime de retraite complémentaire spécifique sera souvent utilisée comme un critère juridique permettant de caractériser la notion de cadre dans certains domaines de la négociation collective, au-delà de la définition utilisant un degré de classification. La fusion des régimes de retraites complémentaires cadres et non cadres au 1^{er} janvier 2019 (V. infra) est ainsi venue perturber ce critère de distinction entraînant l'ouverture de négociations au niveau national et interprofessionnel sur une nouvelle définition nationale et interprofessionnelle des personnels d'encadrement (V. Accord national interprofessionnel du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres).

⁷⁰⁰La CGT adopte une position différente des autres organisations : alliée au gouvernement, elle souhaite d'abord l'intégration des cadres au régime général - la CGT voyant en la sécurité sociale universelle une conquête ouvrière confortant au demeurant sa position de syndicat dominant au sortir de la deuxième guerre mondiale - puis l'octroi d'un système complémentaire leur assurant le maintien de leurs avantages. Les autres organisations et le patronat « refusent » dans un premier temps l'intégration des cadres au régime général et militent pour le maintien du système conventionnel (V. Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*, p.560).

⁷⁰¹V. Bruno GABELLIERI, thèse préc., p.148 et s.

⁷⁰²Par le Conseil National du Patronat Français (CNPF) d'une part et, d'autre part, le Cartel Confédéral des ingénieurs et cadres supérieurs (CGT), la Fédération Française des syndicats d'ingénieurs et de cadres (CFTC) et la Confédération Générale des cadres (CGC) dont la représentativité est reconnue le 8 août 1946 sur la pression du CNPF (V. Gilles POLLET et Didier RENARD, *op. cit.*).

obligatoires⁷⁰³, administrés par des institutions de prévoyance. La base légale de ces institutions est fournie par l'ordonnance du 4 octobre 1945 elle-même, qui prévoit dans son article 18 les dispositions suivantes : « *Les institutions de prévoyance ou de sécurité sociale de toute nature autres que celles visées au précédent titre et que les sociétés de secours mutuels, établies dans le cadre d'une ou de plusieurs entreprises au profit de travailleurs salariés ou assimilés, ne peuvent être maintenues ou créées qu'avec l'autorisation du ministre du travail et de la sécurité sociale et en vue seulement d'accorder des avantages s'ajoutant à ceux qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale. Le règlement général d'administration publique détermine les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de l'autorisation suivant que l'institution considérée fait ou non appel à une contribution des bénéficiaires ainsi que les règles de fonctionnement et les conditions de la liquidation de l'institution* ». Le décret du 8 juin 1946 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance⁷⁰⁴ définit les règles applicables à ces institutions de protection sociale complémentaire du régime général qui constituent « [...] *soit en vertu d'une convention collective, soit en vertu de contrats individuels, des avantages au profit de travailleurs salariés ou assimilés s'ajoutant à ceux qui résultent de*

⁷⁰³ Outre l'institution dans son article 6 d'un « *régime de retraites par répartition sur la tranche de rémunération supérieure au plafond fixé pour les cotisations de Sécurité Sociale* » au bénéfice des « *ingénieurs et cadres définis par les arrêtés de mise en ordre des salaires des diverses branches professionnelles, ainsi qu'aux voyageurs et représentants ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres* » (art. 4), auxquels sont assimilés les « *employés, techniciens et agents de maîtrise dont la cote hiérarchique brute, telle qu'elle résulte de la réglementation relative aux salaires, est égale ou supérieure à 300* » (art. 4 bis), la convention crée également pour ces mêmes bénéficiaires un régime obligatoire de prévoyance-décès (art. 7) prévoyant une cotisation à la charge exclusive des employeurs égale à 1,5 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de Sécurité Sociale (souvent dénommée « 1.50 cadres »), ainsi qu'un régime supplémentaire facultatif de prévoyance destiné à compléter les prestations résultant de la convention dont les bases sont à fixer librement par accord au niveau des entreprises et fédérations professionnelles adhérentes au CNPF (art. 14). Par ailleurs, si la convention vise de façon générale « *le régime de prévoyance et de retraites* » (art.1), elle prévoit toutefois le maintien des droits acquis auprès des régimes conventionnels antérieurs et aménage ces derniers pour les intégrer dans le nouveau dispositif (V. art. 9 à 13).

⁷⁰⁴ Décr. n°46-1378 du 8 juin 1946 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF 9 juin 1946, p.5106.

la législation de sécurité sociale [...] »⁷⁰⁵. Favorisant ainsi « l'émergence d'un authentique droit conventionnel de la sécurité sociale »⁷⁰⁶, le décret prévoit une gestion paritaire de ces institutions à la différence des instances du régime général où les administrateurs salariés sont à l'époque majoritaires⁷⁰⁷. En application de la convention, ces institutions doivent adhérer à une association générale, l'Association Générale des Institutions de Retraite Complémentaire des Cadres (AGIRC), qui assure la compensation des opérations qu'elles réalisent afin de garantir l'unité du régime et veille au bon fonctionnement du dispositif⁷⁰⁸. Le conseil d'administration de l'association est strictement paritaire⁷⁰⁹. L'application de la convention elle-même est confiée à une « *Commission Paritaire* », composée « *par moitié des représentants des deux parties signataires* »⁷¹⁰, qui peut seule interpréter et modifier les termes de celle-ci. Prolongeant « *pendant la vie de la convention l'accord dont celle-ci est issue* »⁷¹¹, le paritarisme⁷¹² constitue donc un des fondements du système affirmant la place centrale des partenaires sociaux, réunis à égalité, dans la gestion du régime conventionnel⁷¹³.

⁷⁰⁵ Art. 43. Les différents types d'institutions étaient ensuite définies à l'article 44 du décret, pris en application de l'ancien article L. 4 du CSS, dont la jurisprudence confirma le monopole dans la gestion de la protection sociale complémentaire avant que la loi Evin du 31 décembre 1989 (L. n°89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF 2 janv. 1990, p.13) ne mette fin à celui-ci en établissant une distinction entre les régimes de retraite complémentaire qui restaient une exclusivité de ces institutions et les opérations de prévoyance complémentaire ouvertes aux mutuelles et compagnies d'assurance (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Droits collectifs des salariés et nouveau droit de la prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p.365 ; « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.28 ; Jean-Jacques DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1990, p.741). Une loi du 8 août 1994 (L. n°94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92-49 et n°92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF 10 août 1994, p.11655) est ensuite venue « *achever l'œuvre entreprise par la loi Evin* » (Jacques BARTHÉLÉMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513) en ajoutant un livre IX au CSS qui distingue désormais « *Les institutions de retraite complémentaire [qui] sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif [...] remplissant une mission d'intérêt général* » (et non de service public) et qui ont seules le monopole de la gestion des opérations de retraite complémentaire obligatoire, à l'exclusion de toute autre opération qui leur sont interdites, des institutions gérant les garanties collectives des salariés mentionnées aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du CSS (garanties de prévoyance complémentaires et de retraites supplémentaires gérées par les institutions de prévoyance relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, les entreprises régies par le code des assurances, les institutions de prévoyance relevant du code rural et les mutuelles relevant du code de la mutualité).

⁷⁰⁶ Jacques BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective », *Revue de l'IRE* 2009, n°63, p.63.

⁷⁰⁷ V. étude 113 supra.

⁷⁰⁸ V. art. 27 à 29, Conv. 14 mars 1947 (Annexe 1).

⁷⁰⁹ V. art. 27 préc.

⁷¹⁰ Conv. 14 mars 1947, art. 15

⁷¹¹ Philippe LANGLOIS, « Partenaires sociaux et régimes nationaux de protection sociale », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p.76.

⁷¹² V. supra note n°687.

⁷¹³ Comme le soulignent certains auteurs, les régimes conventionnels de retraite complémentaire constitueraient encore à l'heure actuelle un modèle de « *paritarisme pur* » dans un contexte d'étatisation croissante des enjeux de la protection sociale (V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, rapport préc., p.126).

Rompant avec la logique de capitalisation adoptée par les régimes professionnels antérieurs⁷¹⁴, le nouveau dispositif met en œuvre une solidarité entre les membres participants à l'instar du régime légal de sécurité sociale⁷¹⁵. Il lui emprunte pour cela la technique de la répartition, qui est « *plus à l'aise que la capitalisation dans la réalisation d'une fonction de solidarité* »⁷¹⁶ car les cotisations des actifs vont servir à financer les prestations versées aux inactifs, à l'inverse d'un système assurantiel qui individualise les droits et dans lequel les capitaux constitués permettent de couvrir les prestations à servir⁷¹⁷. Cette technique permet ainsi d'attribuer des pensions de retraite dès l'instauration du régime en procédant à une immédiate reconstitution de carrière des intéressés⁷¹⁸. Cette technique suppose toutefois une « *mutualisation sur un vaste territoire* »⁷¹⁹, ce qui explique le choix d'un champ le plus large possible, à savoir un champ national et interprofessionnel, pour la convention instituant le régime. En effet, comme le souligne Philippe Langlois, « *Les régimes par répartition fondés sur le financement par des actifs de prestations destinées à des inactifs doivent organiser les relations entre ces deux catégories de membres participants à partir d'une idée simple : le*

⁷¹⁴V. supra note n°692.

⁷¹⁵Jean Jacques Dupeyroux souligne qu'il faut « *lier sécurité sociale et solidarité* » (Jean-Jacques DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Dr. soc.* 1995, p.713). Toujours selon l'auteur, le droit de la sécurité sociale est en effet celui d'une « *redistribution au sens économique du mot* » à laquelle est liée « *la notion de base de ce droit, la notion de régime* ». La redistribution assurée par les régimes de Sécurité sociale est censée « *mettre en œuvre une certaine solidarité entre les membres d'un groupe* ». La notion de « régime » correspond ainsi « *à la mise en œuvre d'une solidarité entre les membres d'un groupe déterminé face à certains risques* ». Pour que cette solidarité joue, il faut que les membres du groupe soient contraints de verser à un « *pot commun des contributions indépendantes de leur vulnérabilité personnelle au risque envisagé, ce pot commun étant affecté au financement des prestations versées aux victimes de ce risque* » (Jean-Jacques DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1990, p.741). La sécurité sociale se distingue ainsi de l'assurance « *par la fonction de solidarité qu'elle assume* » (Jacques BARTHÉLÉMY, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.31).

⁷¹⁶Jacques BARTHÉLÉMY, *op. cit.*.

⁷¹⁷V. le système de la rente adopté par les régimes professionnels d'avant-guerre (supra note n°692). Les régimes facultatifs de retraite supplémentaires inclus dans les garanties collectives autorisées par le CSS (V. supra note n°705) font appel à la technique de la capitalisation, le provisionnement de leurs engagements étant obligatoire. Les opérateurs gérant ces régimes facultatifs fondés sur la capitalisation sont considérés comme des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence (CJCE, 16 nov. 1995, *RJS* 1995, n°1306 ; V. notamment *RTDEur.* 1996, p.567, chron. Jean-Bernard BLAISE et Laurence IDOT ; Philippe LAIGRE, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. soc.* 1996, p.82) contrairement aux institutions gérant les régimes de retraite complémentaire à caractère obligatoire fondés sur la répartition, dont les fonctions de solidarité justifient qu'elles soient exclues du droit de la concurrence (V. Prodromos MAVRIDIS, « Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ? », *Dr. soc.* 1998, p.239 ; Jacques BARTHÉLÉMY, *op. cit.*, p.37).

⁷¹⁸En effet, dans le système de répartition la pension d'un retraité est une partie de la masse des cotisations versées au cours de la même période par les actifs. Cette partie est fonction des salaires et de la durée d'activité de l'allocataire mais lors de la mise en place du régime, les périodes antérieures à celle-ci ont fait l'objet de validations gratuites rendant ainsi possible l'attribution de pensions sans cotisations préalables sur la base d'une reconstitution de carrière des intéressés (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513 ; Bernard FRIOT, « Un salariat avec des cadres et sans épargne : les enjeux de la naissance de l'AGIRC », *Sociétés contemporaines* 1995, n°24, p.65 et spéc. p.68).

⁷¹⁹Bernard FRIOT, « Un salariat avec des cadres et sans épargne : les enjeux de la naissance de l'AGIRC », *Sociétés contemporaines* 1995, n°24, p.65 et spéc. p.68.

rapport entre la masse salariale et les sommes à verser aux inactifs ne doit pas se traduire par des prélèvements insupportables par les cotisants »⁷²⁰. Il convenait, dès lors, à la création du régime, de donner à celui-ci « *une assise démographique suffisamment large et stable, la forte évolution d'une masse salariale restreinte pouvant conduire à des difficultés inextricables* » et que cette assise « *se rapproche de celle du pays* »⁷²¹. Le choix d'un cadre national et interprofessionnel garantit ainsi « *une certaine consistance juridique* »⁷²² à la collectivité sur laquelle repose le dispositif conventionnel et que la masse de cotisations corresponde à celle des retraites à servir.

Rapidement considéré comme « *un modèle susceptible d'être étendu* »⁷²³, la convention de 1947 inspire des régimes complémentaires pour d'autres catégories de salariés et de nombreuses conventions collectives viennent ainsi accorder aux salariés non cadres le bénéfice d'une retraite complémentaire. Se traduisant par une « *prolifération anarchique d'institutions* »⁷²⁴, une coordination est mise en place par un premier accord du 15 mai 1957 instituant l'UNIRS (Union nationale des institutions de retraite des salariés) puis par l'« Accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 », signé par le CNPF, la CFTC et FO, qui crée l'Association des régimes de retraite complémentaire (ARRCO) et vient ainsi compléter en matière de retraites le modèle de protection sociale conventionnelle à gestion paritaire, institué au niveau national et interprofessionnel en complément des régimes légaux de sécurité sociale⁷²⁵.

⁷²⁰Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Dr. soc.* 1997, p.1023.

⁷²¹*Ibidem*. Le système de compensation institué au sein de l'AGIRC (V. supra) permet également de garantir le niveau des pensions en cas de détérioration de l'assise démographique de certaines institutions adhérentes (Les allocations versées aux bénéficiaires de la Convention sont calculées à partir de la valeur d'un point de retraite unique quelle que soit l'institution qui les sert).

⁷²²Jacques BARTHÉLÉMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513.

⁷²³Gilles POLLET et Didier RENARD, « Genèses et usages de l'idée paritaire dans le système de protection sociale français. Fin 19^e - milieu du 20^e siècle », *RFSP* 1995, n°4, p.545 et spéc. p.562.

⁷²⁴Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, coll. *Précis*, 15^e éd., Dalloz, 2015, n°1483.

⁷²⁵S'il impose aux adhérents du CNPF l'affiliation à une institution de retraite complémentaire, l'accord du 8 décembre 1961 ne crée pas toutefois, contrairement à la convention de 1947, un régime unifié. Ce n'est qu'au 1^{er} janvier 1999, qu'un régime unique de retraite complémentaire par répartition applicable aux entreprises et aux salariés relevant de l'Accord du 8 décembre 1961 sera mis en œuvre, afin que leur soient appliquées des règles identiques en matière de retraite complémentaire ARRCO (V. Accord du 25 avr. 1996 relatif aux régimes de retraite complémentaire des salariés ARRCO qui institue une valeur de point de retraite ARRCO unique et substitue, à compter du 1^{er} janvier 1999, un régime unique de retraite complémentaire par répartition à l'ensemble des régimes membres de l'ARRCO). Un accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 viendra par la suite fusionner, à compter du 1^{er} janvier 2019, les régimes AGIRC et ARRCO en un seul régime unifié de retraite complémentaire reposant sur un système de cotisations et de liquidation de droits unique pour l'ensemble des catégories socioprofessionnelles, gommant ainsi toute différence entre les salariés cadres et non cadres au niveau des retraites complémentaires (V. ANI instituant le régime Agirc-Arrco de retraite complémentaire du 17 nov. 2017 ; un deuxième ANI du même jour maintiendra toutefois le régime obligatoire de prévoyance décès instauré au profit des cadres par la convention de 1947, V. supra note n°703).

115. Assurance chômage. La volonté patronale de promouvoir un modèle de protection sociale contractuel et paritaire, contre-modèle de l'organisation du régime général de sécurité sociale, trouve également son expression dans la création en 1958 d'un régime conventionnel d'assurance chômage.

« *Catégorie juridique qui a émergé avec le développement de la société industrielle et de l'emploi salarié* »⁷²⁶, le « droit du chômage » a été caractérisé dès la fin du XIX^e par une indemnisation des salariés involontairement privés d'emploi et par des systèmes de placement de la main d'œuvre⁷²⁷. Les questions d'indemnisation du chômage et de retour à l'emploi sont ainsi étroitement liées dans notre modèle français de régulation du marché du travail⁷²⁸. Jusqu'en 1958, l'indemnisation du chômage n'est toutefois pas considérée comme « *un risque social assurable* »⁷²⁹. Lors de la mise en place de la sécurité sociale en 1945, le risque chômage est exclu celle-ci⁷³⁰ et les chômeurs continuent de relever essentiellement de l'assistance⁷³¹.

Les mutations industrielles liées aux évolutions technologiques des années 1950, ainsi que la signature du Traité de Rome le 25 mars 1957 prévoyant la libéralisation des échanges au sein de la Communauté économique européenne, exigent une adaptation et une reconversion de nombreux secteurs d'activité faisant apparaître un nouvel intérêt pour la prise en compte du chômage et la nécessité d'une amélioration du système d'indemnisation⁷³². L'idée d'un

⁷²⁶Jean-Paul DOMERGUE, « Le droit du chômage ou du non-emploi », *Dr. soc.* 1997, p.463.

⁷²⁷V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016, pp.173-176.

⁷²⁸V. Nicole KERSCHEN, « Assurance-chômage : vers un modèle tripartite de régulation du marché du travail », *Dr. soc.* 1997, p.1031. V. également : Lise CASAUX-LABRUNÉE, « Qu'est-ce qu'un chômeur ? », *Dr. soc.* 1996, p.577.

⁷²⁹Nicole KERSCHEN, *op. cit.*

⁷³⁰Cette décision s'explique essentiellement par la situation économique de la France à cette époque qui n'a pas connu un chômage massif pendant l'entre-deux guerres et manque de main d'œuvre pour la reconstruction au lendemain de la deuxième guerre mondiale. Le chômage n'apparaît pas ainsi au cœur des questions sociales, contrairement à d'autres pays européens. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale (V. supra) prévoit cependant que des ordonnances ultérieures pourront étendre le champ de celle-ci à des « *risques ou prestations non prévus par les textes en vigueur* » et un projet de loi sera élaboré en ce sens au début des années 1950 mais n'aboutira pas (V. Nicole KERSCHEN, *op. cit.* ; « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale de 1945 », *RFSP* 1995, n°4, p.570 et spéc. p.589).

⁷³¹L'indemnisation des chômeurs était assurée par les collectivités locales ou par des caisses privées d'origine mutualiste, patronale ou syndicale, l'Etat intervenant à partir de 1905 en accordant des subventions à ces organismes. Le chômeur indemnisé devait parallèlement s'inscrire à l'office de placement de son lieu de résidence. Un décret du 12 mars 1951 (Décr. n°51-319 du 12 mars 1951 fixant les conditions d'attribution des allocations de chômage, JORF 13 mars 1951, p.2671) réorganisa le système de secours public versés aux chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi dans les services départementaux du travail et de la main d'œuvre et de subvention aux caisses d'assurance chômage, que celles-ci prennent la forme de caisses patronales, syndicales ou mutualistes. V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, rapport préc., pp.173-176 ; Christine DANIEL, « La naissance du régime conventionnel d'assurance chômage en 1958, ou les ambiguïtés du paritarisme à la française », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.131 et spéc. p.132.

⁷³²V. Bernard OUDIN, « La convention du 31 décembre 1958, relative à la création de l'allocation chômage », *Dr. soc.* 1959, p.370.

« retard »⁷³³ de la France en matière de protection du chômage semble dès lors faire consensus entre les syndicats, certains milieux patronaux et les pouvoirs publics⁷³⁴. Si la CGT souhaite une intégration de l'indemnisation du chômage dans la sécurité sociale et milite pour une réforme législative, le CNPF, la CGT-FO, la CFTC et la CGC prônent à l'inverse le recours à la négociation collective et l'instauration d'un régime conventionnel complétant les allocations de chômage issues de l'aide publique⁷³⁵. Sans contester l'analogie existant entre l'assurance chômage et l'assurance maladie rattachée à la sécurité sociale⁷³⁶, l'Etat va encourager cette deuxième voie afin de responsabiliser les partenaires sociaux dans l'accompagnement de sa politique de modernisation de l'emploi et de l'économie⁷³⁷. Une convention est alors signée le 31 décembre 1958 entre le CNPF d'une part et la CFTC, la CGT-FO et la CGC d'autre part, créant « *un régime national interprofessionnel d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi de l'industrie et du commerce* »⁷³⁸. Même si l'Etat reste « *derrière le rideau* »⁷³⁹ lors des négociations, le fonctionnement du régime est fixé par les partenaires sociaux et reprend les « *solutions déjà éprouvées en matière de retraites complémentaires* »⁷⁴⁰. Le régime repose sur un système contributif à la charge de l'employeur et des salariés financé selon la technique

⁷³³Bernard OUDIN, *op. cit.*

⁷³⁴L'Allemagne et la Belgique possèdent déjà à cette époque un système d'allocation chômage élaboré et la France fait l'objet de remarques sur ce point de la part de ses partenaires européens (V. Bernard OUDIN, *op. cit.*)

⁷³⁵V. Christine DANIEL, « La naissance du régime conventionnel d'assurance chômage en 1958, ou les ambiguïtés du paritarisme à la française », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.131 et spéc. pp.135-146.

⁷³⁶V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, rapport préc., p.177. L'assurance chômage a en effet pour objet de garantir les revenus du travail salarié contre un aléa (la perte d'emploi), à l'instar des indemnités journalières pour maladie. En droit international, le chômage est d'ailleurs considéré comme l'un des neuf risques de sécurité sociale admis par la Convention n°102 de l'OIT (V. Maryse BADEL, « Indemnisation du chômage : la réforme est en marche », *RDCTSS* 2018, p.160).

⁷³⁷Dans une allocution télévisée prononcée le 1^{er} août 1958, le Général De Gaulle fait appel aux organisations patronales et ouvrières afin qu'elles négocient un fonds de salaires garantis qui maintienne la rémunération des salariés momentanément privés d'emploi et facilite leur reclassement professionnel (V. l'extrait du discours in Christine DANIEL, *op. cit.*, pp.146-147). Cette forme de régulation intermédiaire entre l'Etat et le marché est caractéristique de la thématique politique gaullienne mais le choix de la voie conventionnelle permettait également d'éviter de saisir le Parlement sur la création d'un nouvel impôt, alors que la crainte d'une récession économique poussait à l'adoption d'un système de protection dépassant le cadre purement assistanciel des secours publics aux chômeurs (V. Christine DANIEL, *op. cit.*, p.148).

⁷³⁸Art. 1 Conv. du 31 déc. 1958 (V. le texte de la convention d'origine au JORF du 15 mai 1959, p.5022). L'article 10 prévoyant une possibilité d'adhésion pour les confédérations syndicales nationales non signataires permettra à la CGT, notamment, d'adhérer à celle-ci (V. Bernard OUDIN, *op. cit.*).

⁷³⁹Christine DANIEL, *op. cit.*

⁷⁴⁰Gilles POLLET et Didier RENARD, « Le paritarisme et la protection sociale. Origine et enjeux d'une forme institutionnelle », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.61 et spéc. p.77.

de la répartition⁷⁴¹. Il permet ainsi une « *mutualisation du risque* »⁷⁴² en faisant reporter sur la collectivité le coût des décisions des entreprises, ce qui explique le choix d'un cadre interprofessionnel par les partenaires sociaux. Pour les organisations syndicales, et plus particulièrement la CGT-FO, principale instigatrice des négociations en réaction au poids dominant de la CGT dans les instances de sécurité sociale, le champ du régime ne peut en effet se concevoir « *que sur le plan interprofessionnel* » car un régime « *limité à l'échelon de l'industrie ou de la profession [...] ne pourrait résister aux conséquences d'une crise intervenant dans l'une d'entre elles* »⁷⁴³. Du côté patronal, le champ national et interprofessionnel de l'accord permet d'instaurer de fait une compensation entre les secteurs en déficit de main-d'œuvre et ceux en sureffectif et reçoit en cela les faveurs de l'UIMM, qui occupe alors une position dominante au sein du CNPF et représente des secteurs connaissant d'importantes restructurations industrielles⁷⁴⁴. Si en matière de retraite complémentaire, le choix d'un cadre national et interprofessionnel réduit les aléas démographiques et sécurise ainsi la mise en œuvre d'une solidarité entre les générations⁷⁴⁵, il permet donc ici de mutualiser les conséquences des actes de gestion des employeurs au sein d'un champ professionnel le plus

⁷⁴¹L'assurance chômage étant avant tout destinée à indemniser des salariés involontairement privés de leur emploi, la contribution est à 80 % à la charge de l'employeur et à 20% à la charge du salarié (V. art.5 du premier règlement du régime, annexé à la convention du 31 déc. 1958). La mise au chômage est en effet la conséquence d'une décision de l'employeur, ce qui explique que l'assurance chômage est avant tout l'expression d'une assurance patronale (V. Alain BOUILLOUX, « Les équivoques de l'assurance chômage », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.131 et s.). Des réformes ultérieures de l'assurance chômage conduiront à ouvrir le droit aux salariés ayant signé une rupture conventionnelle de leur contrat de travail, ainsi qu'aux salariés démissionnaires sous certaines conditions et à substituer aux contributions salariales une fraction de la CSG (V. notamment Christophe WILLMANN, « Réformer l'assurance chômage », *Dr. soc.* 2018, p.620 ; Loïc MALFETTES, « La réforme de l'assurance chômage : quelles orientations ? » *RDT* 2018, p.598).

⁷⁴²Alain BOUILLOUX, *op. cit.*, p.139.

⁷⁴³André BERGERON, « Où en sommes-nous de la garantie contre le risque chômage ? *Force ouvrière* 1958, n° 667, pp.1-2, cité par Christine DANIEL, *op. cit.*, p.137.

⁷⁴⁴V. Alain BOUILLOUX, *op. cit.*, p.140 ; Christine DANIEL, *op. cit.*, p.139. Reposant sur un taux unique de contribution pour l'ensemble des branches, ainsi que sur un système d'allocations identique pour tous les salariés entrant dans le champ d'application de l'accord, le régime permet ainsi de favoriser les mobilités entre secteurs d'activité en indemnisant temporairement les salariés privés d'emploi pendant une période de reclassement et de réadaptation professionnelle.

⁷⁴⁵V. *supra*.

vaste possible, tout en apportant une garantie complémentaire au système d'aide publique aux chômeurs⁷⁴⁶.

L'architecture institutionnelle du régime repose sur une organisation paritaire instituée par la convention à l'instar des régimes de retraites complémentaires : une commission paritaire nationale, composée à égalité de représentants syndicaux et patronaux, chargée des questions relative à l'interprétation du règlement d'assurance chômage annexé à la convention et à son champ d'application⁷⁴⁷ et des organismes paritaires de gestion que sont l'UNEDIC et les ASSEDIC⁷⁴⁸. Les Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (ASSEDIC) administrent les caisses du régime dans un cadre interprofessionnel régional - même si des caisses professionnelles sont à l'origine instituées dans certains secteurs⁷⁴⁹ - et l'Union nationale

⁷⁴⁶Le système d'indemnisation est dualiste puisqu'il fait appel à un système de solidarité nationale sous forme d'aide publique aux chômeurs et à un système d'assurance reposant sur la solidarité interprofessionnelle consacrée par la convention de 1958. Ce dualisme entre assistance et assurance connaîtra plusieurs réformes en fonction de l'évolution du contexte économique. En réponse à la crise consécutive aux chocs pétroliers des années 1970 qui alourdissait les dépenses d'indemnisation, une unification des deux systèmes sera opérée par la loi n°79-32 du 16 janvier 1979 relative à l'aide aux travailleurs privés d'emploi (JORF 17 janv. 1979, p.143), complétée par accord interprofessionnel. L'assurance chômage devient à cette date le régime de base, complété par une subvention forfaitaire et globale de l'Etat, alors qu'elle était jusque-là un régime complémentaire qui venait se cumuler (ou pas selon les cas) avec une indemnisation chômage financée par des fonds publics. Une nouvelle dualisation du régime sera ensuite consacrée par les ordonnances du 16 février 1984 et du 21 mars 1984 (Ord. n°84-106 du 16 fév. 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi, JORF 17 fév. 1984, p.609 ; Ord. n°84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail, JORF 22 mars 1984, p.896) qui distinguent désormais un régime conventionnel financé par les contributions patronale et salariale (V. supra note n°741 sur l'évolution de la contribution salariale) et un régime de solidarité financé par l'impôt, le chômeur bénéficiant dans sa trajectoire d'abord du régime d'assurance (allocations d'assurance) puis, dans une deuxième phase, des allocations de fin de droit et de solidarité (Sur l'évolution des systèmes d'indemnisation : Christine DANIEL, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts », *Revue de l'IRES* 1998-99, n°29, p.5 ; « L'indemnisation des chômeurs : de la réduction des droits à une protection sociale éclatée », *Dr. soc.* 1999, p.1065 ; Mathieu GRÉGOIRE, Claire VIVÈS, Jérôme DEYRIS « *Quelle évolution des droits à l'assurance chômage ? (1979-2020)* », Rapport de recherche IRES, Mai 2020).

⁷⁴⁷V. Conv. 31 déc. 1958, art.2.

⁷⁴⁸V. Conv. 31 déc. 1958, art.5.

⁷⁴⁹V. Christine DANIEL, « La naissance du régime conventionnel d'assurance chômage en 1958, ou les ambiguïtés du paritarisme à la française », *Revue de l'IRES* 1997, n°24, p.131.

interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC) les fédère, veille au bon fonctionnement du dispositif et gère un fonds national de compensation⁷⁵⁰.

116.Evolutions. Institués en marge de la sécurité sociale, ces régimes conventionnels connaîtront, à l'instar des régimes légaux, de nombreuses évolutions soulignant une intrusion de plus en plus marquée de l'Etat dans leur fonctionnement. A l'origine totalement contributif, le financement de ces régimes tend, en effet, à l'heure actuelle à se « publiciser » via le recours à l'impôt⁷⁵¹. Outre la fiscalisation, l'intrication de financements d'origine professionnelle et de financements publics s'explique également par des compensations opérés entre les comptes publics et ceux des régimes afin de garantir leur équilibre⁷⁵². Par ailleurs, leur élargissement à

⁷⁵⁰L'ordonnance n°67-850 du 13 juillet 1967 relative aux garanties de ressources des travailleurs privés d'emploi (JORF 19 juil. 1967, p.7237) étendra l'obligation d'adhérer à l'assurance chômage à tout employeur du secteur privé, nonobstant la définition limitative du champ d'application de la convention de 1958. A cette occasion, le réseau ASSEDIC sera refondu et se verra confié le versement des allocations publiques, en sus des allocations d'assurance, selon le principe de la caisse unique. Une ordonnance n°67-578 du même jour (JORF 19 juil.1967, p.7238) créera par ailleurs l'agence nationale pour l'emploi (ANPE). La prise en compte des enjeux du retour à l'emploi, afin de limiter le coût de l'assurance chômage, sera de plus en plus marquée à compter du début des années 2000 (notamment après l'adoption de la convention d'assurance chômage de 2001 qui lie l'indemnisation à la conclusion d'un contrat personnel de retour à l'emploi) et conduira à une réforme profonde de l'ensemble des services aux chômeurs. La loi n°2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi (JORF 14 fév. 2008) fusionnera l'ANPE et les ASSEDIC et créera une nouvelle institution publique, baptisée par la suite « Pôle emploi », en charge de l'accompagnement des demandeurs d'emploi et du service des prestations d'allocation chômage (l'UNEDIC subsistant et continuant d'organiser le régime d'assurance chômage sous la responsabilité des partenaires sociaux ; V. notamment : Marc VÉRICEL, « La loi du 13 février 2008 et la nouvelle réforme de l'organisation du service de l'emploi », *Dr. soc.* 2008, p.406 ; Philippe COURSIER, « Enjeux et mutations en matière de chômage ou la "flexisécurité sociale" », *JCP S* 2010, 1324). « Pôle emploi » sera remplacé par l'opérateur France Travail au 1^{er} janvier 2024 (V. infra).

⁷⁵¹Nous visons tout particulièrement les réformes opérées par la loi de financement de la sécurité sociale 2018 (L. n°2017-1386 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, JORF 31 déc. 2017) qui a substitué une fraction de la CSG à la contribution salariale d'assurance chômage (V. supra note n°741) et par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel qui a supprimé cette contribution, tout en intégrant expressément le recours aux « *impositions de toute nature* » dans le financement de l'allocation d'assurance (V. *C. trav.*, art. L. 5422-9).

⁷⁵²Outre l'intervention de l'Etat dans le cadre du rétablissement de l'équilibre financier de l'assurance chômage, la politique incitative d'allègements et de réduction de charges sociales menées par l'Etat depuis la mise en place des 35 heures a conduit à accentuer les relations financières entre ce dernier et les régimes légaux et conventionnels de protection sociale, afin de compenser ces mesures. La Cour des comptes recommande, à ce propos, l'extension du périmètre des lois de financement de la sécurité sociale aux régimes conventionnels de retraite complémentaire et d'assurance chômage afin d'assurer au Parlement une vision globale des dépenses de sécurité sociale, telles que celles-ci sont appréhendées au niveau européen. Les régimes de retraite complémentaire et d'assurance chômage sont en effet considérés comme des « administrations de sécurité sociale », au même titre que les régimes de base, au sens de la comptabilité nationale et sont intégrés dans les lois de programmation des finances publiques qui traduisent les engagements pris par la France auprès des institutions européennes dans le cadre du pacte de stabilité financière (V. Cour des comptes, « *La situation et les perspectives des finances publiques* », Rapport de la Cour des comptes, juin 2016, p.166 ; « *La sécurité sociale* », Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, sept. 2017, pp. 198-199 ; « *Les finances publiques : pour une réforme du cadre organique et de la gouvernance* », Rapport public thématique, nov. 2020, p.97). Une loi organique du 14 mars 2022 est venue répondre en partie à ces préconisations en intégrant une présentation de l'état financier des régimes de retraite complémentaire et d'assurance chômage dans les annexes des nouvelles lois d'approbation des comptes de la sécurité sociale, qui ont le caractère de loi de financement de la sécurité sociale (V. LO. n°2022-354 du 14 mars 2022 relative aux lois de financement de la sécurité sociale, JORF 15 mars 2022).

certaines populations tend à rendre ces régimes plus universels et à modifier le modèle initial d'une protection sociale complémentaire conçue pour les salariés et financée par ces derniers et leurs employeurs⁷⁵³. L'universalisation des régimes et la fiscalisation de leurs ressources - qui dilue l'effort de contribution « *sur l'ensemble des contribuables* »⁷⁵⁴ - légitiment ainsi une place accrue de l'Etat dans leur gouvernance et le renforcement de son rôle dans le contrôle de leur équilibre financier, questionnant par là-même le rôle des partenaires sociaux dans le pilotage de ces régimes⁷⁵⁵.

B. Une application subsidiaire du droit commun des conventions collectives

117. Nature. Ayant pour « *fonction de prolonger, voire de se substituer (pour l'assurance chômage) aux régimes légaux* »⁷⁵⁶, les régimes conventionnels de protection sociale ont soulevé, dès leur mise en place, la question de la nature même de leurs accords fondateurs. Dépasant les seuls rapports de travail entre employeurs et salariés, ces accords trouvaient-ils leur fondement dans le droit commun des conventions collectives de travail ou devaient-ils au contraire être regardés comme d'« *authentiques conventions collectives de sécurité sociale* »⁷⁵⁷, dotées d'une nature juridique particulière en raison des avantages qu'elles instituaient ? Conférant des avantages individuels se concrétisant « *alors que les situations*

⁷⁵³La loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a intégré les travailleurs indépendants à l'assurance chômage leur ouvrant droit à une indemnisation en cas de cessation involontaire de leur activité. Une section spécifique relative à l'allocation des travailleurs indépendants a pour cela été introduite dans le Code du travail (V. art. L. 5424-24 et s.), son financement étant opéré exclusivement par les « *impositions de toute nature* » visées au 5° de l'article L. 5422-9 (V. supra note n°751). Cette mesure est issue du programme présidentiel d'Emmanuel Macron qui, lors de son arrivée au pouvoir, a promis de construire l'Etat-providence du XXI^e siècle fondé sur de nouvelles solidarités et protections en opérant pour cela une réforme systémique de la protection sociale (V. Rémi PELLET, « Étatisation, privatisation et fiscalisation de la protection sociale - Bilan pour contribuer à une "refondation radicale" (Première partie) », *Dr. soc.* 2020, p.658 ; « [...] (Seconde partie) », *Dr. soc.* 2020, p.750). Il en est de même des pistes de réforme envisagées pour créer un système universel de retraite qui pourraient conduire à « fusionner » les étages de base et complémentaires de retraite afin de couvrir un large spectre de revenus (V. rapport Delevoye, cité supra note n°669 ; comm. : « futur système universel de retraite : vers la fin des régimes complémentaires ? », *Liaisons soc.*, act., n°17588, 12 juin 2018).

⁷⁵⁴Loïc Malfettes, « La réforme de l'assurance chômage : quelles orientations ? » *RDT* 2018, p.598.

⁷⁵⁵La loi du 5 septembre 2018 a renforcé les prérogatives de l'Etat dans le suivi financier du régime d'assurance chômage en imposant aux partenaires sociaux une « *trajectoire financière* » préalable aux négociations d'assurance chômage (V. C. trav., art. L. 5422-20-1 et L. 5422-25). V. notamment sur ce point : Frédéric GUIOMARD, « Le rôle des partenaires sociaux en question - Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT* 2018, p.589 ; Loïc Malfettes, *op. cit.*

⁷⁵⁶Philippe LANGLOIS, « La négociation collective au-delà du travail », *Dr. soc.* 2009, p.1037.

⁷⁵⁷Jacques BARTHÉLÉMY, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.39.

professionnelles qui les ont fait naître ont disparu »⁷⁵⁸, ces accords novateurs étaient en effet résolument tournés vers la « *gestion des risques sociaux* »⁷⁵⁹ et paraissaient en cela éloignés de l'objet assigné à la convention collective par la législation de l'époque, à savoir le règlement des « *conditions du travail* »⁷⁶⁰.

Dans son article éponyme, Paul Durand s'est interrogé sur l'application du régime juridique des conventions collectives collective de travail à ce qu'il dénommait les « *conventions collectives de sécurité sociale* »⁷⁶¹ inaugurant ainsi un débat qui ne semble pas, encore à ce jour, totalement refermé⁷⁶². Pour l'éminent Professeur, il ne faisait aucun doute que « *le point de départ des régimes conventionnels de sécurité sociale se trouve bien dans le droit des conventions collectives* » et que la définition donnée par le législateur à ces dernières était « *très ample* » et ne visait pas « *seulement les conditions dans lesquelles le travail doit être exécuté et rémunéré* »⁷⁶³. Le décret du 8 juin 1946, pris en application de l'ordonnance créant la sécurité sociale, avait d'ailleurs prévu que les institutions de prévoyance servent des avantages complémentaires aux régimes légaux « *en vertu d'une convention collective* », octroyant ainsi cadre juridique aux régimes conventionnels de protection sociale⁷⁶⁴. Pour autant, les spécificités de ces accords rendaient à ses yeux le droit commun des conventions collectives inadapté.

⁷⁵⁸ Robert LAFORE, « Droit du travail et Sécurité sociale : la revanche de la protection sociale », *Dr. soc.* 2009, p.1076.

⁷⁵⁹ Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective. Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », *Dr. soc.* 1997, p.1004.

⁷⁶⁰ Dès la loi du 25 mars 1919, l'article 31 (anc.) du Code du travail définit la convention collective comme un « *accord relatif aux conditions du travail* ». Cette rédaction sera reprise dans les lois ultérieures, y compris celle du 11 février 1950. Ce n'est qu'avec la loi du 13 juillet 1971 que les « *garanties sociales* » seront expressément ajoutées dans l'objet des conventions collectives (V. infra).

⁷⁶¹ Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42 (V. supra note n°662).

⁷⁶² V. notamment : Jean-Jacques DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1990, p.741 ; « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés », *Dr. soc.* 1994, p.820 ; « En marge du contentieux AGIRC », *Dr. soc.* 1995 p.702 ; « Sur les régimes complémentaires : bref rappel de quelques données de base », *Dr. soc.* 2000, p.409 ; Philippe LANGLOIS, « Les accords de prévoyance », *Sur l'entreprise et le droit social, Etudes offertes à Jacques Barthélémy*, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.55 ; « La révision des accords collectifs de retraite après le jugement du Tribunal de grande instance de Paris 28 mars 1995 », *Dr. soc.* 1995, p.696 ; « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Dr. soc.* 1997, p.1023 ; Jacques BARTHÉLÉMY, « Droits collectifs des salariés et nouveau droit de la prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p.365 ; « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », *JCP E* 1998, n°41, p.1590 ; « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513 ; « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.27.

⁷⁶³ Paul DURAND, *op. cit.*

⁷⁶⁴ V. étude 114 supra. Nous rappelons également que sous l'empire de la loi de 1936 de nombreux régimes professionnels de protection sociale avaient fait l'objet de clauses dans les conventions collectives soumises à l'extension (V. supra note n°693).

S'il n'existe « *aucune différence profonde de nature* »⁷⁶⁵ entre la convention collective de travail et celle de sécurité sociale, cette dernière semble en effet présenter une certaine originalité tenant à la fois à son objet et à ses effets. La convention collective de sécurité sociale a un objet « *institutionnel : créer une organisation administrative et financière complexe* »⁷⁶⁶ à laquelle l'employeur devra adhérer. Elle définit en même temps les relations entre les salariés - et anciens salariés - et ces institutions. Ces conventions créent ainsi un « *être juridique, pourvu de la personnalité morale* » et « *les droits appartenant aux bénéficiaires du régime sont exercés, non pas contre l'employeur (comme dans les conventions collectives ordinaires) mais contre cette personne morale* »⁷⁶⁷. Les effets classiques que produisent les conventions collectives dans les rapports de travail entre employeurs et salariés qui y sont soumis sont donc ici peu présents, si ce n'est pour régir les obligations financières par la voie du précompte des contributions sur les salaires.

Certes l'élargissement du domaine des conventions collectives de travail aux « *garanties sociales* » par la loi du 13 juillet 1971⁷⁶⁸ permettra de considérer qu'il sera désormais possible de faire « *rentrer dans le giron du Droit commun conventionnel des accords dont la nature juridique aurait peut être prêté à discussion* »⁷⁶⁹ mais les réserves émises dans l'article, devenu mythique, de Paul Durand ont continué malgré tout d'alimenter les controverses doctrinales plusieurs décennies après. Ainsi, pour le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux, « *la création ou la modification d'un régime complémentaire soulèvent des problèmes beaucoup trop originaux pour qu'il soit raisonnable de tenter de les résoudre par application - en tout cas par application systématique - de règles conçues pour régir les rapports de travail* »⁷⁷⁰. Ces « problèmes », que nous ne développerons pas ici⁷⁷¹, portent, au-delà de la spécificité de l'objet et des effets de la convention de sécurité sociale, notamment sur les règles présidant à la remise en cause de l'accord telles que la révision ou la dénonciation -

⁷⁶⁵Paul DURAND, *op. cit.*, p.50

⁷⁶⁶*Idem*, p.49.

⁷⁶⁷*Idem*, p.49.

⁷⁶⁸L'article 31 a (anc.) du Code du travail issu de la loi du 13 juillet 1971 dispose que « *La convention collective de travail est un accord relatif aux conditions de travail et aux garanties sociales* », alors que les textes précédents ne visaient expressément que les « *conditions du travail* » (V. supra note n°760). L'objet des conventions et accords collectifs sera par la suite expressément étendu aux conditions d'emploi par la loi du 13 nov. 1982 et à la formation professionnelle par la loi du 4 mai 2004 (V. supra note n°160).

⁷⁶⁹Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.537.

⁷⁷⁰Jean-Jacques DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. soc.* 1990, p.741. Pour des arguments contraires : Philippe LANGLOIS, « Les accords de prévoyance », *Sur l'entreprise et le droit social, Etudes offertes à Jacques Barthélémy*, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.55.

⁷⁷¹Nous renvoyons aux études citées supra en note n°762. Nous reviendrons toutefois sur la spécificité des instruments juridiques destinés à accroître le champ conventionnel de ces accords, qui alimente les discussions sur les limites de l'interprofession (V. infra).

susceptibles d'affecter des droits déjà liquidés - mais également sur des questions corrélatives de représentation qui ont amené la Cour de Cassation à considérer, par exemple, que les retraités, qui ont la qualité de bénéficiaires du régime, sont représentés par les syndicats lorsque ces derniers modifient un accord collectif instituant un régime de retraite complémentaire et que la révision s'impose à eux⁷⁷².

Si la création d'un « régime »⁷⁷³ - qui met en œuvre des mécanismes complexes de solidarité imposant aux salariés actifs une obligation de cotiser afin de servir des prestations à des inactifs et qui s'incarne dans des institutions de gestion à forme paritaire - fonde encore à ce jour les interrogations d'une certaine doctrine sur la nature exacte des accords de protection sociale complémentaire, la question de l'adéquation des dispositions du Code du travail avec ces « conventions collectives » revêtait toutefois, à l'époque, une dimension plus fondamentale tenant au champ professionnel de ces dernières, ainsi qu'au caractère limité de leurs dispositions. Ces particularités les rendaient en effet impropres à l'application des règles relatives aux conventions collectives susceptibles d'extension en raison de la conception

⁷⁷²Cass. soc. 23 nov. 1999, *D.* 2000, p.292 ; *Dr. soc.* 2000, p.322, concl. Philippe de CAIGNY ; *RDSS* 2000, p.212, étude Fabienne MULLER.

⁷⁷³Sur la notion de régime, nous renvoyons aux études de Jean-Jacques Dupeyroux et de Jacques Barthélémy précitées (V. supra note n°762) qui mettent en évidence que celui-ci se distingue de la garantie sociale visée par les dispositions du Code du travail (actuel art. L. 2221-1). La garantie sociale s'inscrit dans la logique de base des conventions et accords collectifs de travail car elle a pour objet d'imposer des obligations minimales aux employeurs. L'avantage est lié à l'exécution du contrat de travail et la prestation est garantie par l'employeur, même si ce dernier peut se couvrir par un système d'assurance ou de mutualisation. Non définie par le Code du travail, la garantie sociale vise aussi bien les garanties collectives identifiées par le livre IX du Code de la sécurité sociale depuis les lois du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994 (V. supra note n°705 ; V. également *C. trav.*, art. L. 2221-3) que des systèmes mutualisés, par exemple dans le domaine de la formation professionnelle, créant des fonds collectifs sur lesquels les travailleurs disposent d'un droit de tirage (V. en particulier sur ce point : Jacques BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective », *Revue de l'IRES* 2009, n°63, p.63 et spéc. pp.72-75). Le régime repose au contraire sur la mise en œuvre d'une solidarité au travers du mécanisme de la répartition par lequel les prestations versées à un allocataire ne sont pas financées par ses propres cotisations mais par celles des actifs. Il organise ainsi une redistribution à l'instar des régimes légaux de sécurité sociale (V. supra note n°715) et se matérialise par une autonomie tant administrative que financière. La partie normative de l'accord instituant un régime est donc, pour ces auteurs, nécessairement spécifique puisque le bénéficiaire de l'avantage n'est pas un salarié titulaire d'un contrat de travail (c'est un ancien salarié, voire ses ayants droit) et que la prestation, qui constitue un avantage collectif issu de l'accord, n'est pas garantie par l'employeur. Les rapports classiques entre accord collectif et contrats de travail en cours (*C. trav.*, art. L. 2254-1 et s.), ainsi que les mécanismes de remise en cause des conventions et accords collectifs de travail paraissent en pareil cas inadaptés (*contra* Philippe LANGLOIS, articles préc. supra note n°762). Dans le domaine de la protection sociale complémentaire, l'exigence de solidarité sur laquelle est fondée le régime sert ainsi à sécuriser les prestations qui ne sont pas garanties (d'où la nécessité d'un champ professionnel le plus large possible afin de conférer une assise démographique suffisante au régime...), contrairement aux garanties collectives qui font appel à des capitaux de couverture et qui peuvent donc être mises place dans des champs plus restreints tels que la branche ou l'entreprise (dans le système de la garantie collective, que les lois du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994 distinguent désormais expressément des régimes par répartition, dès l'instant où les engagements sont provisionnés, on peut considérer que l'accord crée une garantie sociale au bénéfice de chaque salarié. Il s'agit d'un avantage individualisé et non d'un avantage collectif constitué par une masse de cotisations répartie entre les prestataires comme dans les régimes par répartition).

restrictive que le législateur avait retenu de celles-ci (1), l'obligeant à édicter des mesures spéciales afin de préserver l'édifice conventionnel mis en œuvre par les partenaires sociaux (2).

1- Une conception restrictive de la convention collective de travail

118. Champ professionnel. La législation de l'époque envisageait, comme nous l'avons vu, l'extension des seules conventions collectives de travail négociées et conclues au sein d'une branche d'activité⁷⁷⁴. La liberté de fixation du champ professionnel par les parties, proclamée par la loi du 11 février 1950 qui renouait en cela avec les tendances libérales antérieures⁷⁷⁵, permettait pour autant qu'une convention collective ordinaire présente un « *caractère interprofessionnel* »⁷⁷⁶. La loi ne posait en effet des « *règles restrictives* »⁷⁷⁷ qu'en ce qui concerne les conventions susceptibles d'extension. Le Conseil d'Etat avait ainsi été amené à annuler un arrêté d'extension pris dans le cadre d'une réglementation applicable en Afrique Occidentale Française issue de la loi du 24 juin 1936, au motif qu'il était impossible d'étendre une convention concernant « *tous les employeurs et travailleurs européens des entreprises industrielles et de transport de l'A.O.F* », alors que l'extension ne pouvait concerner que « *des conventions collectives conclues pour une branche d'industrie ou de commerce déterminée* »⁷⁷⁸.

La technique de l'extension fût, malgré tout, utilisée à l'endroit de plusieurs avenants à la convention du 14 mars 1947 instituant le régime de retraite complémentaire des cadres, signés après l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 1950⁷⁷⁹. Ainsi, par arrêté pris en date du 15 janvier 1955, le Ministre du travail avait étendu l'avenant n°1, conclu le 13 octobre 1952, à la convention collective du 14 mars 1947 et les accords qui l'avaient ultérieurement complété ou modifié. Les stipulations de ces avenants et accords avaient pour objet d'une part d'exclure les voyageurs, représentants et placiers (VRP) ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres du régime de retraite complémentaire des cadres, à l'exception de ceux

⁷⁷⁴Nous rappelons que la loi du 24 juin 1936 visait les branches d'industrie et de commerce et que la notion de branche d'activité lui fût substituée dans les lois du 23 décembre 1946 et du 11 février 1950 (V. supra note n°357).

⁷⁷⁵V. étude 58 supra. Nous rappelons que l'article 31 a, al. 3, du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 11 février 1950, disposait : « *Les conventions collectives déterminent leur champ d'application. Celui-ci peut être national, régional ou local* ».

⁷⁷⁶André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4^e éd., Dalloz, 1951, n°200, p.258.

⁷⁷⁷*Ibidem*.

⁷⁷⁸CE, 19 déc. 1952, *Dr. soc.* 1953, p.542.

⁷⁷⁹La convention de 1947, elle-même, avait été agréée par le Ministre du travail, conformément aux dispositions de la loi du 23 décembre 1946 en vigueur lors de sa conclusion (V. supra note n°110).

qui travaillent pour un seul employeur⁷⁸⁰ ; d'autre part d'instituer pour les VRP n'ayant jamais bénéficié ou cessant de bénéficier de la convention de 1947, un régime de retraite complémentaire particulier. Attaqué sur sa légalité par le Groupement National des Ingénieurs Cadres et Assimilés, l'arrêté fit l'objet d'une « *annulation retentissante* »⁷⁸¹ de la part du Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 janvier 1959⁷⁸². Après avoir rappelé qu'il résultait des dispositions du Code du travail issues de la loi du 11 février 1950 que sont susceptibles d'être étendues les conventions collectives de travail « *ayant pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée pour l'ensemble du territoire* » et que ces conventions peuvent comporter des annexes conclues pour une catégorie professionnelle déterminée⁷⁸³, le Conseil d'Etat considéra que les avenants et accords, objets de l'extension, « *qui concernent une catégorie professionnelle commune à l'ensemble des branches d'activités industrielles et commerciales n'ont pas pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée, et ne constituent pas davantage une annexe à une convention qui aurait un tel objet* ».

Bien que le terme ne soit pas expressément employé par le Conseil d'Etat⁷⁸⁴, c'est donc en raison du caractère interprofessionnel de ces avenants et accords que l'arrêté procédant à leur extension est annulé. Même appréciée dans un cadre large, la notion de branche d'activité autorisant l'extension ne se confond pas avec l'interprofession⁷⁸⁵. Comme le souligne Paul Durand dans son commentaire de l'arrêt, « *des conventions conclues dans un cadre interprofessionnel ne seraient pas ordinairement susceptibles d'extension, parce que les conditions de travail qu'elles fixeraient risqueraient de ne pas convenir à la situation de professions très différentes* »⁷⁸⁶. Or, la finalité du droit des conventions collectives de l'époque est toujours, comme sous l'empire de la loi de 1936, d'organiser les professions au travers de l'extension. Les conventions collectives susceptibles d'une telle procédure doivent donc être « *conclues dans un cadre professionnel, déterminé par la matière première mise en œuvre, les procédés techniques de fabrication, la finalité de l'activité* », chacun de ces ensembles

⁷⁸⁰Les VRP ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres étant expressément visés par l'article 4 de la convention signée le 14 mars 1947 (V. supra note n°703).

⁷⁸¹Jean-Jacques DUPEYROUX, *D.* 1962, p.742 (note de jurisprudence).

⁷⁸²Rapporté sous l'étude de Paul Durand préc. (« Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42 et s.).

⁷⁸³*C. trav.*, art. 31 f. al. 1 et al. 3 anc., réd. L. 11 fév. 1950.

⁷⁸⁴Nous rappelons que nous nous situons à une époque où l'accord interprofessionnel n'est pas expressément appréhendé par le législateur, même si la liberté reconnue aux parties de fixer le domaine professionnel de la convention n'interdit pas un tel champ dès l'instant où l'extension n'est pas demandée.

⁷⁸⁵V. étude 105 supra.

⁷⁸⁶Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42 et spéc. p.43.

professionnels présentant « *ses caractéristiques économiques et sociales* »⁷⁸⁷. Parce que l'activité des VRP peut s'exercer dans l'ensemble des branches industrielles et commerciales, l'avenant les concernant n'a donc pas pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée, pas plus qu'il ne constitue une annexe à une convention qui aurait un tel objet. Dès lors, selon la doctrine de l'époque, la solution retenue conduisant à l'illégalité de l'arrêté d'extension « *ne pouvait être douteuse* »⁷⁸⁸, le Conseil d'Etat ne pouvant que « *condamner cette désinvolture à l'égard des principes fondamentaux du droit des conventions collectives* »⁷⁸⁹.

119. Objet limité. Le champ professionnel de la convention de 1947 complétée par ses avenants, fixé librement par les parties conformément à la loi libérale du 11 février 1950, ne correspondait donc pas aux principes fondamentaux édictés par cette même loi pour les conventions collectives de travail susceptibles d'extension. Cet argument avait « *paru suffisant* »⁷⁹⁰ au Conseil d'Etat pour annuler l'arrêté prononçant l'extension de l'avenant du 13 octobre 1952 et des accords qui l'avaient ultérieurement complété ou modifié. Pour autant, selon Paul Durand, « *une autre voie eût conduit à la même conclusion* »⁷⁹¹.

En effet, la convention collective susceptible d'extension doit contenir des clauses obligatoires qui lui garantissent un contenu suffisamment complet pour qu'elle puisse organiser, dans leur ensemble, les relations de travail au sein de la branche⁷⁹². C'est à cette condition que la convention peut assurer son rôle de charte sociale de la profession. Un constat aurait pu dès lors être aisément effectué : le contenu normatif limité des avenants à la convention de 1947, dont l'objet consistait à mettre en place un régime de retraite complémentaire, ne répondait pas aux exigences de l'ancien article 31 g du Code du travail qui dressait la liste des clauses que devait obligatoirement contenir une convention soumise à l'extension⁷⁹³. L'annulation de l'arrêté prononcée au visa de l'article 31 g aurait donc été également « *inévitabile* »⁷⁹⁴, même si le Conseil d'Etat n'a pas jugé utile d'aller jusque-là dans ses motifs d'annulation⁷⁹⁵.

⁷⁸⁷*Ibidem.*

⁷⁸⁸*Ibid.*

⁷⁸⁹Jean-Jacques DUPEYROUX, *D.* 1962, p.742 (note préc.).

⁷⁹⁰Paul DURAND, *op. cit.*

⁷⁹¹*Ibidem.*

⁷⁹²V. étude 92 supra.

⁷⁹³Actuel *C. trav.*, art. L. 2261-22 (V. supra note n°570).

⁷⁹⁴Paul DURAND, *op. cit.*, p.44.

⁷⁹⁵Nous soulignons que la doctrine actuelle retient en général les deux motifs d'annulation (objet limité et caractère interprofessionnel) dans ses commentaires de l'arrêt *Groupeement National des Ingénieurs* (V. notamment Jacques BARTHÉLÉMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513).

120. Portée de la décision. Nous avons vu que le Conseil d'Etat avait forgé, à l'aube des années 1960, la notion de branche d'activité, malgré la liberté reconnue aux parties de déterminer le domaine professionnel de la convention, afin de préciser le cadre de l'extension⁷⁹⁶.

Contemporain de ces décisions, l'arrêt *Groupement National des Ingénieurs* du 2 janvier 1959 utilise donc également le contentieux de la légalité d'un arrêté d'extension pour tracer les frontières entre la profession et l'interprofession. Cette décision peut être considérée, avec l'arrêt *Compagnie des Mines Falimé Gambie* du 19 décembre 1952 précité⁷⁹⁷, comme l'un des points de départ du débat sur la notion d'interprofession qui s'affirmera par la suite⁷⁹⁸.

2- Le statut juridique particulier de la convention collective de sécurité sociale

121. Conséquences. L'arrêt *Groupement National des Ingénieurs* met en évidence le caractère structurant de l'extension dans le débat naissant sur la notion d'interprofession. Parce qu'elle est incompatible avec le cadre légal fixé par le législateur de l'époque, la convention interprofessionnelle ne peut être étendue et s'appliquer ainsi au plus grand nombre, alors que sa finalité est précisément d'instaurer un régime de protection sociale reposant sur une assise démographique la plus large possible pour que puissent pleinement jouer les mécanismes de solidarité. Son champ professionnel dépasse en effet la branche d'activité et donc le cadre de l'extension reconnu par législateur, même lorsque le Conseil d'Etat admettra que la notion de branche puisse être appréciée dans un cadre large et viser un groupement de branches⁷⁹⁹. L'absence d'une unité de nature d'activité entre les branches comprises dans le champ de la convention interprofessionnelle - contrairement au groupement de branches - explique cela⁸⁰⁰. Son objet limité lui interdit également de prétendre à l'extension dont la finalité est d'élever la convention en charte de la profession, nécessitant que cette convention soit « complète »⁸⁰¹,

⁷⁹⁶V. supra chap. I.

⁷⁹⁷V. supra note n°778.

⁷⁹⁸V. Albert ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, pp.252-253.

⁷⁹⁹V. CE, 2 mars 1962 *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, préc. (études 104 et 105 supra).

⁸⁰⁰V. études 104 et 105 supra.

⁸⁰¹Bernard OUDIN, « La convention du 31 décembre 1958, relative à la création de l'allocation chômage », *Dr. soc.* 1959, p.370 et spéc. p.373.

c'est-à-dire qu'elle comporte un certain nombre de clauses obligatoires exigé par le législateur afin de régir les relations de travail dans leur ensemble.

Nous verrons que la question des frontières de l'extension cristallisera le débat sur les limites de l'interprofession, une fois l'extensibilité des accords interprofessionnels admise par le législateur. Dans l'attente, les conséquences immédiates de l'arrêt *Groupement National des Ingénieurs* du 2 janvier 1959 étaient « *d'une extrême gravité* »⁸⁰² car cette décision fondait l'annulation de l'extension des différents avenants à la convention de 1947, voire l'annulation de l'extension de la convention collective elle-même⁸⁰³. C'était ainsi tout le régime de retraites et de prévoyance des cadres qui risquait de « *s'effondrer* »⁸⁰⁴.

Par ailleurs, le problème se posait de façon concomitante pour la convention d'assurance chômage, qui venait d'être conclue trois jours plus tôt le 31 décembre 1958 et dont les signataires avaient prévu de demander aux autorités publiques « *l'extension dès que possible* »⁸⁰⁵. Expressément « *interprofessionnel* »⁸⁰⁶, le régime d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi de l'industrie et du commerce risquait donc de ne pouvoir être étendu aux salariés des entreprises non adhérentes d'une organisation affiliée au CNPF en raison d'une incompatibilité du champ d'application professionnel de la convention qui l'instituait et de l'objet limité de cette dernière. Comme le soulignait un commentateur avisé de la convention, l'application du régime d'assurance chômage se heurtait ainsi à « *un problème pratique comportant des implications juridiques* »⁸⁰⁷. Le problème pratique, qui consistait à « *rendre les nouvelles dispositions obligatoires pour les non signataires* » - sachant que le domaine contractuel était ici « *incapable* » de résoudre ce problème - ne pouvait être réglé « *que sur un plan légal, par intervention de l'Etat* »⁸⁰⁸. Or, la procédure étatique d'extension souhaitée par les parties se trouvait disqualifiée car la convention ne rentrait pas, elle non plus, dans le cadre

⁸⁰²Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42 et spéc. p.44.

⁸⁰³Nous rappelons que la convention du 14 mars 1947 avait été prise sous le régime de la loi du 23 décembre 1946 qui avait institué un agrément ministériel des conventions collectives (V. supra note n°779) mais que la loi du 11 février 1950 avait abrogé les dispositions de la loi de 1946. L'article 22 de la loi du 11 février 1950 (JORF 12 fév. 1950, p.1693) avait prévu toutefois que les conventions collectives qui avaient fait l'objet d'un arrêté d'agrément en application de la loi du 23 décembre 1946 « *étaient maintenues en vigueur et considérées comme ayant fait l'objet d'une extension prévue par la présente loi* ». De proche en proche, les décisions d'annulation d'extension étaient donc susceptibles de frapper les différents avenants mais également la convention elle-même (V. Paul DURAND, *op. cit.*, p.44).

⁸⁰⁴Paul DURAND, *op. cit.*, p.44.

⁸⁰⁵Conv. 31 déc. 1958, art. 4 (JORF 15 mai 1959, p.5022).

⁸⁰⁶Conv. 31 déc. 1958, art. 1.

⁸⁰⁷Bernard OUDIN, « La convention du 31 décembre 1958, relative à la création de l'allocation chômage », *Dr. soc.* 1959, p.370 et spéc. p.373.

⁸⁰⁸*Ibidem*.

posé par la loi du 11 février 1950. Une « *procédure nouvelle était donc à créer en l'occurrence* »⁸⁰⁹...

122. Sécurisation. Pour « *préserver l'immense édifice ainsi gravement menacé* »⁸¹⁰, le gouvernement prit des mesures afin de sécuriser les extensions déjà prononcées et donner un support légal à ces « *accords interprofessionnels* ». Des mesures législatives spéciales furent ainsi introduites par l'ordonnance du 7 janvier 1959 s'agissant de l'assurance chômage⁸¹¹ et par celle du 4 février 1959 s'agissant des régimes complémentaires de retraites⁸¹².

La situation créée par l'arrêt du 2 janvier 1959 nécessitait au préalable de régulariser les mesures prises pour le régime de retraite complémentaire des cadres. L'ordonnance du 4 février 1959 prévoit ainsi que « *Sont validés les arrêtés d'extension des avenants à la convention collective nationale du 14 mars 1947 conclus depuis le 11 février 1950 et relatifs soit aux ingénieurs, cadres et collaborateurs au sens de ladite convention, soit aux voyageurs, représentants et placiers* »⁸¹³. Le texte indique également dans son premier alinéa que « *les régimes complémentaires de retraites du personnel peuvent faire l'objet de stipulations dans les conventions collectives de travail susceptibles d'être étendues, conformément aux dispositions de l'article 31 f et suivants du livre 1^{er} du code du travail* »⁸¹⁴. Nous rappelons, à ce propos, que la loi du 11 février 1950 avait inclus les régimes complémentaires de retraites du personnel dans la liste des clauses facultatives que pouvait contenir une convention collective de travail susceptible d'extension⁸¹⁵. L'ordonnance n'apporte sur ce point rien de nouveau mais souligne qu'un régime de retraite complémentaire peut, dans la législation de l'époque, revêtir un caractère professionnel⁸¹⁶.

L'ordonnance du 4 Février 1959 poursuit⁸¹⁷ en indiquant qu'indépendamment des dispositions de l'alinéa 1 visant les stipulations des conventions collectives susceptibles d'extension relatives aux régimes complémentaires de retraite, ces derniers peuvent être prévus

⁸⁰⁹*Ibid.*

⁸¹⁰Jean-Jacques DUPEYROUX, *D.* 1962, p.742 (note préc.).

⁸¹¹Ord n°59-129 du 7 janv. 1959 relative à l'action en faveur des travailleurs sans emploi, JORF 9 janv. 1959, p.644.

⁸¹²Ord. n°59-238 du 4 fév. 1959 relative aux régimes complémentaires de retraites, JORF 7 fév. 1959, p.1691.

⁸¹³Art. 1, dernier al.

⁸¹⁴Art. 1, al. 1.

⁸¹⁵V. supra note n°693.

⁸¹⁶Cette possibilité n'a plus cours aujourd'hui. L'article L. 921-4 du CSS, créé par la loi du 8 août 1994, dispose en effet que les régimes de retraite complémentaire des salariés sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis. Une convention collective ou un accord de branche ne peut donc désormais instituer un régime de retraite complémentaire par répartition. Seuls des systèmes de retraites dont les engagements sont entièrement provisionnés (garanties collectives régies par les dispositions des articles L. 911-1 et s. du CSS) peuvent être mis en place dans un cadre professionnel (V. supra notes n°s705 et 773).

⁸¹⁷Art.1, al. 2.

par des « *accords ayant pour objet exclusif* » d'instituer de tels régimes, ces accords pouvant être conclus dans un cadre « *professionnel ou interprofessionnel* » et étant susceptibles d'être « *agréés par arrêté du ministre du travail et du ministre des finances et des affaires économiques lorsqu'ils sont conclus entre organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs au sens de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et qu'ils ne comportent aucune stipulation incompatible avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur* ». Cette disposition constitue l'apport principal de l'ordonnance. Elle reprend, dans des termes quasiment identiques, l'alinéa 1 de l'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'assurance chômage qui dispose : « *Les accords ayant pour objet exclusif le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi, et éventuellement aux travailleurs en chômage partiel, peuvent être agréés par arrêté du ministre du travail lorsqu'ils sont conclus, sur le plan national et interprofessionnel, entre organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs, au sens de la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives, et qu'ils ne comportent aucune stipulation incompatible avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, en particulier avec celles relatives au contrôle de l'emploi, à la compensation des offres et des demandes d'emploi, au contrôle des chômeurs et à l'organisation du placement, de l'orientation et du reclassement des travailleurs sans emploi* ».

Les deux ordonnances confèrent par ces dispositions « *un statut juridique aux accords organisant ces régimes de sécurité sociales* »⁸¹⁸. Tout d'abord, les textes introduisent la notion d'« *accord* » qui n'est employée que de façon relativement marginale dans la législation de l'époque⁸¹⁹, c'est-à-dire un acte conventionnel qui porte sur un sujet déterminé et non pas sur l'ensemble des conditions de travail comme une convention collective⁸²⁰. Un régime conventionnel de protection sociale complémentaire peut donc être organisé par un accord collectif dont l'objet exclusif est d'instituer le régime, au-delà de la possibilité offerte par les clauses des conventions collectives de travail. Cet accord peut être conclu dans un cadre « *professionnel* » ou « *interprofessionnel* » et dès lors être « *agréé* » par arrêté ministériel, sous réserve qu'il soit conclu par les organisations syndicales les plus représentatives et qu'il ne

⁸¹⁸Paul DURAND, *op. cit.*, p.44.

⁸¹⁹La loi du 11 février 1950 reconnaît l'« accord collectif d'établissement » qu'elle cantonne à un rôle d'adaptation des dispositions des conventions collectives (V. supra notes n^{os} 145 et 205).

⁸²⁰Nous rappelons que c'est la loi du 13 novembre 1982 (actuel *C. trav.*, art. L. 2221-2) qui entérinera la différence de contenu entre la convention collective qui a vocation à traiter de l'ensemble des matières ouvertes à la négociation collective et l'accord collectif qui ne porte que sur un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble (V. supra note n^o160). La différence ne porte toutefois que sur le contenu et non sur la nature de l'acte. La loi de 1950 indiquait d'ailleurs à l'article 31 a. du Code du travail que « *La convention collective de travail est un accord relatif aux conditions de travail [...]* ».

comporte pas de clauses illégales. L'ordonnance relative à l'assurance chômage est au demeurant plus restrictive puisqu'elle réserve cette nouvelle procédure d'agrément aux seuls accords conclus « *sur le plan national et interprofessionnel* », alors que celle portant sur les retraites complémentaires l'envisage pour les accords instituant un régime dans un cadre professionnel ou interprofessionnel⁸²¹. L'« accord national interprofessionnel » est donc appréhendé pour la première fois de façon expresse par le législateur, même s'il ne s'agit encore que d'une réglementation particulière.

123. Effets. L'arrêté ministériel d'agrément emporte dans les deux cas les mêmes effets : il rend « *obligatoire[s] les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application de l'accord* »⁸²². L'agrément a donc les mêmes effets que l'extension⁸²³. C'est précisément parce que l'objet limité de l'accord collectif et son caractère interprofessionnel le rendent impropre à la procédure d'extension qui, rappelons-le, ne concerne que les conventions collectives de travail « complètes » et conclues au sein d'une branche d'activité, qu'une procédure spéciale est mise en œuvre. Certes cette procédure prévoit quelques aménagements particuliers⁸²⁴ mais sur le fond, les deux ordonnances permettent toutefois de réaliser « *une véritable extension* »⁸²⁵, transposant ainsi les techniques du droit du travail au droit conventionnel de la sécurité sociale. L'agrément des ordonnances de 1959 est donc créé dans le seul but de prévenir les discussions sur la légalité

⁸²¹Nous rappelons que la possibilité d'instituer un régime complémentaire de retraite par accord professionnel ne sera plus possible après l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1994 (V. supra note n°816). Les derniers régimes professionnels de retraites complémentaires, tels que ceux de l'agriculture, des banques ou des personnels du régime général de Sécurité Sociale, ont été intégrés dans l'AGIRC et dans l'ARRCO vers la fin des années 1990 (V. notamment : Jacques BARTHÉLÉMY, « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », *JCP E* 1998, n°41, p.1590 ; Xavier PRÉTOT, « Du régime CPPOSS aux régimes AGIRC et ARRCO », *Dr. soc.* 1997, p.179 ; Philippe LANGLOIS, « L'intégration du régime bancaire dans les régimes complémentaires obligatoires », *Dr. soc.* 2001, p.875).

⁸²²Ord. 4 fév. 1959, art. 1, al. 4. L'alinéa 3 de l'article 3 de l'ordonnance 7 janv. 1959 dispose dans des termes similaires : « *Il a pour effet de rendre obligatoires les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial dudit accord* ».

⁸²³V. étude 90 supra.

⁸²⁴L'avis préalable de la commission supérieure des conventions collectives (actuelle CNNCEFP, V. supra note n°574) est remplacé par l'avis de la commission nationale de la main d'œuvre, créée par l'ordonnance du 7 janvier 1959, pour l'agrément des accords d'assurance chômage et par l'avis d'une commission créée par un décret du 15 juin 1959 pour les retraites complémentaires (Décr. du 15 juin 1959 fixant la composition de la commission prévue par l'ordonnance n°59-238 du 4 février 1959 relative aux régimes complémentaires de retraite, JORF 20 juin 1959, p.6134). Un décret du 14 septembre 2018, pris en application de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, rendra la CNNCEFP compétente pour émettre l'avis préalable à l'agrément des accords de chômage (Décr. n°2018-791 du 14 sept. 2018 relatif au document de cadrage des négociations et à l'agrément des accords d'assurance chômage ; V. C. trav. art. R. 5422-16), tandis que la Commission des accords de retraite et de prévoyance (COMAREP), compétente pour se prononcer sur l'extension et l'élargissement des accords de retraite complémentaire, sera supprimée par la loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (JORF 8 déc. 2020) qui intégrera ses attributions et compétences également au sein de la CNNCEFP (V. infra).

⁸²⁵Paul DURAND, *op. cit.*, p.45.

des extensions des accords nationaux interprofessionnels à une époque où le droit commun des conventions collectives ne permet pas encore expressément de telles extensions. Il ne peut être ainsi assimilé au régime de l'agrément de la loi du 23 décembre 1946 qui valait non seulement extension mais également approbation de l'acte conventionnel par l'autorité publique⁸²⁶. Sans doute, comme le soulignait Paul Durand, le terme d'extension aurait été préférable à celui d'agrément afin d'éviter toute « *controverse* »⁸²⁷ mais nous verrons que les réformes futures, qui développeront une palette plus large d'instruments juridiques permettant d'accroître la force obligatoire des accords interprofessionnels tout en s'efforçant d'opérer une clarification terminologique, n'éviteront pas certaines discussions que nous retrouverons au cœur du débat sur la notion d'interprofession⁸²⁸.

Cette première intervention législative permet donc « *l'affleurement à la vie juridique* »⁸²⁹ des accords interprofessionnels tout en leur garantissant un certain rayonnement au-delà du seul champ contractuel. Elle reste cependant limitée aux seuls accords de retraites complémentaires et d'assurance chômage.

C'est un mouvement plus profond de contractualisation du droit du travail qui va véritablement engendrer un « *spectaculaire développement* »⁸³⁰ des négociations au plan national interprofessionnel.

§ 2. Une négociation « légiférante »

124. Fortes de l'expérience acquise dans le domaine de la protection sociale complémentaire, les organisations syndicales et patronales présentes à l'échelon national et interprofessionnel vont être encouragées par les pouvoirs publics à investiguer d'autres domaines dépassant les seules relations professionnelles (A). Ouvrant la voie à des réformes législatives, l'accord national interprofessionnel va ainsi inaugurer de nouveaux rapports entre la loi et le contrat et modifier en profondeur la conception française du droit du travail qui prévalait jusqu'alors (B).

⁸²⁶V. supra note n°110.

⁸²⁷Paul DURAND, *op. cit.*, p.47.

⁸²⁸V. infra.

⁸²⁹Paul DURAND, *op. cit.*, p.45.

⁸³⁰Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989, n°81, p.135.

A. Une négociation « prospective »

125. Après les événements de Mai 1968, l'Etat va promouvoir l'association des « partenaires sociaux » à la prise de décision publique (1) favorisant ainsi de grandes négociations sociales sur des thèmes émergents, qui serviront de bases à l'intervention du législateur (2).

1- L'association des partenaires sociaux à la prise de décision publique

126. **Démocratie sociale.** Nous avons vu que le concept de démocratie sociale irrigue le droit contemporain de la négociation collective. Depuis la loi du 20 août 2008, les élections professionnelles constituent le fondement des dispositifs de représentation collective, tandis que la majorité d'engagement, introduite par la loi du 4 mai 2004 et parachevée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, permet de conférer une véritable légitimité démocratique à l'accord collectif⁸³¹. Les « *principes démocratiques* » sont ainsi appliqués « *au contrat* », pour reprendre la formule de René Capitant⁸³², qui bénéficie d'une double légitimité tenant à la représentativité renforcée de ses auteurs vis-à-vis de la collectivité sujette de l'accord et à un mode d'élaboration empruntant à celui de la loi. Les organisations signataires et le fruit de leur négociation bénéficient ainsi d'une légitimité démocratique, garantie par le vote des salariés, comparable à celle dont bénéficient le législateur et la loi par le biais du suffrage universel. Cette légitimité permet de rendre l'accord plus acceptable par ses sujets - notamment depuis l'introduction des mécanismes dérogatoires - à l'instar de la loi qui est votée par les représentants du peuple. Le salarié électeur participe ainsi par son vote à l'élaboration de la norme professionnelle, comme il participe en tant que citoyen électeur à l'élaboration de la loi.

Dans une acception plus ancienne, nous avons vu que la notion avait également été employée pour désigner le système de gouvernance de la sécurité sociale lors de sa création en 1945. La démocratie sociale consistait alors à confier la gestion de la protection sociale légale aux intéressés eux-mêmes, consacrant ainsi une forme d'autogestion que l'on a pu qualifier aussi de « *gestion ouvrière* »⁸³³.

⁸³¹V. études 34 et 35 supra.

⁸³²René CAPITANT, Jean-Pierre MORELOU, Marcel WALINE, *Ecrits Constitutionnels*, Editions du CNRS, 1982, p. 172 (V. supra note n°262).

⁸³³V. étude 112 supra.

La démocratie sociale peut toutefois être envisagée plus globalement en tant que forme d'organisation politique. Elle rejette alors une « *vision moniste de la démocratie* »⁸³⁴ qui consisterait à n'envisager celle-ci qu'au travers de la seule démocratie politique représentative. Elle véhicule au contraire l'idée que l'être humain n'est pas vu exclusivement comme un citoyen mais est compris comme un « *homme situé* »⁸³⁵, à savoir une personne appréhendée dans son environnement économique et social qui inclut en particulier les relations familiales, professionnelles et associatives. Dès lors, comme le souligne le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *cette mise en situation du citoyen renvoie nécessairement à la place qu'une République "indivisible" réserve aux corps intermédiaires, parmi lesquels les organisations syndicales et professionnelles* »⁸³⁶. Ce modèle politique accorde en effet une place aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la décision publique, aux côtés de la représentation politique. Il s'agit d'un mode d'« *agencement des pouvoirs* »⁸³⁷ entre l'Etat et les corps intermédiaires, dans lequel la représentation professionnelle se voit confier un rôle de régulation au niveau de la société. La démocratie sociale peut alors « *se définir par la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation du social entre le marché et l'Etat, confiée aux partenaires sociaux* »⁸³⁸.

Cette acception plus générale envisage ainsi les rapports entre les institutions de la démocratie politique, à savoir l'Etat au sens général, et les institutions de la démocratie sociale que sont les organisations syndicales et patronales. Elle confronte également les techniques juridiques utilisées dans les deux formes d'exercice du pouvoir : la loi et le contrat. En effet, si la démocratie politique s'appuie sur la loi votée par le Parlement, censée correspondre à « *l'expression de la volonté générale* » selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁸³⁹, le pouvoir au sein de la démocratie sociale implique au contraire la « *coexistence permanente d'intérêts divergents* »⁸⁴⁰. La reconnaissance de la légitimité des intérêts en présence tant du côté salarial que du côté patronal alimente ainsi la négociation et débouche sur un compromis : la conclusion d'un accord entre les parties. De même, l'égale

⁸³⁴Alain SUPLOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525.

⁸³⁵Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, 2^e éd., LGDJ, 1973, in : *RIDC* 1973, vol. 25 n°4, p.941.

⁸³⁶Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S* 2012, 1233.

⁸³⁷Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p.519.

⁸³⁸Jean LE GARREC, « *La démocratie sociale* », Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, avr. 2000, p.4.

⁸³⁹V. Pierre JOXE, « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? », *Revue « Après-demain »* 2008, n° 7, p.11 et s.

⁸⁴⁰Guy GROUX, « La démocratie sociale, enjeux historiques et nouvelles régulations », in Jocelyne Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.54.

représentation des salariés et des employeurs au sein des institutions paritaires, souvent issues de la négociation collective, témoigne de la prise en compte de ces intérêts différents. Sur un plan technique, la démocratie sociale aurait alors « *deux aspects : le paritarisme et la négociation collective* »⁸⁴¹. Ainsi matérialisée, elle impliquerait donc autant les « *relations entre les acteurs sociaux, qu'entre ceux-ci et l'Etat* »⁸⁴².

Cette analyse rapide de la notion de démocratie sociale démontre que l'expression « *a vu son contenu varier selon les époques* »⁸⁴³ mais que celle-ci peut être envisagée à la fois sous un angle politique en tant que mode d'agencement des pouvoirs entre l'Etat et certains corps intermédiaires et sous un angle technique tenant à des questions « *plus ou moins formelles ou juridiques* »⁸⁴⁴ telles que le rôle de la loi face au contrat, les règles de représentativité syndicale, le droit de la négociation collective etc.

Nous retiendrons, pour les besoins actuels de notre étude, l'existence d'un mode de régulation qui consiste à associer - selon des procédures que nous détaillerons ci-après - les organisations syndicales et patronales à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques publiques. Cette association peut se traduire par un « *paritarisme d'institution* » dans lequel les représentants des organisations syndicales et patronales, siégeant à égalité, se voient « *déléguer l'administration de services établis dans l'intérêt général* »⁸⁴⁵ mais également par la place particulière reconnue à la négociation collective dans l'élaboration des réformes. La conception traditionnelle des rapports entre acteurs sociaux, basée sur une forme de lutte des classes, ainsi que la fonction traditionnelle de la négociation collective, consistant à régler les rapports directs de travail entre salariés et employeurs, s'en trouveront dès lors profondément modifiés.

127. Partenariat social. L'association des organisations syndicales et patronales à l'élaboration de la décision publique ou, autrement dit, « *l'englobement de la démocratie*

⁸⁴¹Jean LE GARREC, *op. cit.* ; V. également dans le même sens : Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S* 2012, 1233.

⁸⁴²Catherine VINCENT, in Jean Le Garrec, « *La démocratie sociale* », Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, avr. 2000, p.13. L'auteur précise également : « *On peut définir les dispositifs paritaires comme des formes institutionnelles spécifiques de relations entre les organisations représentatives des employeurs et des salariés et entre celles-ci et l'Etat. En cela, le paritarisme constitue, au même titre que la négociation collective, une sphère autonome de régulation sociale entre l'Etat et le marché* ».

⁸⁴³Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p.519.

⁸⁴⁴Guy GROUX, *op. cit.*, p.51.

⁸⁴⁵Laurent DUCLOS et Olivier MÉRIAUX, « La "refondation sociale" : entre contractualisation et procéduralisation », in Jocelyne Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.152. Sont visés ici tous les organismes et institutions qui fonctionnent à l'initiative de l'Etat, dans lesquels les organisations syndicales et patronales se voient confier des compétences gestionnaires plus ou moins étendues.

sociale dans la démocratie politique »⁸⁴⁶, suppose d'envisager les rapports entre les « protagonistes sociaux »⁸⁴⁷ sous une forme renouvelée. En effet, l'analyse classique de la négociation collective « pose généralement en principe l'antagonisme des représentants des travailleurs et des représentants des employeurs »⁸⁴⁸. Notre tradition sociale française a été façonnée par cet antagonisme, le syndicalisme ouvrier étant conçu à l'origine comme un « instrument de lutte »⁸⁴⁹, alors que les organisations patronales se consacraient avant tout « à la défense des intérêts industriels et commerciaux de leurs membres »⁸⁵⁰ estimant que ces intérêts s'opposaient à la mise en place d'institutions représentatives des intérêts ouvriers, ainsi qu'à la présence syndicale dans les entreprises. Marquées idéologiquement, les organisations syndicales et patronales n'entendaient pas développer entre elles un véritable partenariat et préféraient « laisser l'Etat décider du contenu du droit du travail, tout en faisant pression sur lui pour obtenir les textes les plus conformes à leurs intérêts respectifs »⁸⁵¹. La tradition française et celle des pays latins accorderait ainsi une place prépondérante à la loi dans l'élaboration des réformes sociales, contrairement à la tradition des pays d'Europe du Nord qui favoriserait le pouvoir normatif des « partenaires sociaux »⁸⁵². Comparant les systèmes Allemand et Français de régulation des conflits sociaux, le Professeur Gérard Lyon-Caen indiquait encore durant les années 1970 que « *Le concept des partenaires sociaux (Sozial partners) n'a pas de sens juridique en France, pas plus celui de paix du travail. Tout au contraire la lutte des classes est une donnée acquise de la vie sociale, comme les disputes conjugales ou les compétitions sportives* »⁸⁵³... Or, une nouvelle forme de rapports sociaux s'est toutefois peu à peu affirmée dans les années 1950 et surtout 1960. Plutôt que de « nier le fait syndical », le patronat va chercher « à maîtriser les modalités de l'expression des salariés en s'appuyant sur l'institutionnalisation du syndicalisme »⁸⁵⁴. Ceci sera particulièrement vrai après les événements de mai 1968 qui pousseront le patronat à reconnaître les syndicats comme

⁸⁴⁶Alain SUPLOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525.

⁸⁴⁷Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p.72.

⁸⁴⁸Jean-Pascal HIGELÉ, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. soc.* 2007, p.301.

⁸⁴⁹Pierre ROSANVALLON, *La Question syndicale*, coll. *Pluriel*, Hachette Littératures, 1998, p.30.

⁸⁵⁰Vincent VIET, « Paritarisme et négociation collective », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.928.

⁸⁵¹Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD et Emmanuel DOCKÈS, *Droit du Travail*, coll. *Précis*, 32^e éd., Dalloz, 2019, n°1327, p.1572.

⁸⁵²V. notamment Hans SLOMP, « Quelle démocratie sociale dans les systèmes de relations professionnelles européens ? », in Jocelyne Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.31.

⁸⁵³Gérard LYON-CAEN, « Essai sur la singularité du droit français des luttes du travail », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, p.337.

⁸⁵⁴Jean-Pascal HIGELÉ, *op. cit.*

interlocuteurs et à favoriser la négociation comme forme de relations professionnelles plutôt que le conflit social. Au niveau national, le précédent constitué par l'institution des grands régimes interprofessionnels de protection sociale avait par ailleurs démontré que ce partenariat était possible, notamment sous l'impulsion de certaines confédérations telles que le CNPF et FO, encouragées en cela par les pouvoirs publics⁸⁵⁵. L'Etat va dès lors favoriser le partenariat social au niveau national et interprofessionnel afin d'associer plus étroitement les organisations syndicales et patronales à l'élaboration des réformes législatives. L'analyse de l'évolution de la négociation collective - que le droit n'appréhende encore qu'au travers des règles régissant les conventions collectives de travail - va ainsi mettre en exergue les rapports entre les partenaires sociaux et l'Etat, au-delà des rapports entre représentants des employeurs et des salariés, dans le cadre d'un vaste mouvement de contractualisation du droit du travail auquel l'accord national interprofessionnel servira de support.

2- La mise en œuvre d'une « politique contractuelle »

128. Promotion du droit conventionnel. Expérimentée notamment lors des accords de Matignon qui alimentèrent les lois sociales du Front populaire⁸⁵⁶, l'association des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi connaît un développement spectaculaire à la fin des années 1960. Les mutations économiques et sociales de la société française vont en effet encourager les gouvernements de l'époque à développer une « politique contractuelle » consistant à associer les partenaires sociaux à la conduite des réformes sociales avec l'idée que le changement sera mieux accepté s'il est voulu par les intéressés plutôt qu'imposé d'en haut. Le recours à la négociation collective pour préparer les réformes législatives va alors permettre de « concrétiser la politique contractuelle »⁸⁵⁷ voulue par Georges Pompidou, d'abord comme Premier Ministre puis comme Président de la République. Dans une lettre en date du 3 août 1967, ce dernier invite les confédérations patronales et ouvrières à discuter de la politique de l'emploi qui devient une préoccupation majeure et à négocier dans différents domaines tels que la création de commissions paritaires de l'emploi, l'amélioration des garanties de ressources des

⁸⁵⁵V. études 114 et 115 supra. Nous rappelons que la Sécurité Sociale elle-même, expression de la démocratie sociale dans l'immédiat après-guerre, avait été conçue comme un outil contre-révolutionnaire démontrant que la collaboration de classes était possible (V. supra note n°674).

⁸⁵⁶V. étude 108 supra.

⁸⁵⁷Sophie CHAUVEAU, « Négociation collective et politique contractuelle : le dialogue avec les forces sociales », in Jean-Paul Cointet et al. (dir.), *Une politique : Georges Pompidou*, PUF, coll. *Politique d'aujourd'hui*, 2001, p.322.

chômeurs, l'institution d'un délai d'information en cas de licenciement collectif, les mesures à prendre en cas de fusion ou de concentration et l'indemnisation du chômage partiel. Les syndicats exigent que la négociation se place au niveau interprofessionnel, alors que le patronat y voit dans un premier temps une ingérence excessive de la part des pouvoirs publics⁸⁵⁸. Les événements de mai 1968 vont accélérer le processus et déboucher sur le « Constat de Grenelle » par lequel les confédérations syndicales et patronales s'engagent à négocier au niveau national et interprofessionnel sur de nombreux thèmes, dont les thèmes émergents de la sécurité de l'emploi et de la formation professionnelle. Le Gouvernement, présent au tour de table⁸⁵⁹, s'engage de son côté à élaborer un projet de loi relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise sur la base du document annexé au protocole d'accord⁸⁶⁰. Les mesures de Grenelle améliorent rapidement les conditions salariales⁸⁶¹ et entraînent une relance généralisée de la négociation, qui va se maintenir pendant presque dix ans, jusqu'au retournement économique de 1977 et à la montée du chômage de masse⁸⁶².

« Convaincus dès 1969 que la négociation collective est l'outil du changement social »⁸⁶³, Georges Pompidou et son Premier Ministre Jacques Chaban-Delmas aménagent alors la « concertation » avec les partenaires sociaux préalablement aux réformes et encouragent le développement de la négociation collective comme solution d'adaptation aux mutations de la société française. Ces nouveaux rapports entre l'Etat et les partenaires sociaux contribuent à l'épanouissement de la politique contractuelle à l'aube des années 1970 et se situent dans le prolongement du projet de « Nouvelle Société », porté politiquement par Jacques Chaban-Delmas, visant à construire une société plus contractuelle et moins règlementaire⁸⁶⁴.

⁸⁵⁸V. Sophie CHAUVEAU, *op. cit.*, p.331.

⁸⁵⁹Les réunions se déroulèrent au ministère des Affaires sociales, rue de Grenelle à Paris, du 25 au 27 mai 1968 sous la présidence du Premier Ministre, Georges Pompidou, en présence du ministre des Affaires sociales (Jean-Marcel Jeanneney), du secrétaire d'Etat aux Affaires sociales chargé des problèmes de l'emploi (Jacques Chirac) et du conseiller du Premier Ministre (Édouard Balladur). Etaient présentes les cinq organisations syndicales représentatives au plan national selon l'arrêté du 31 mars 1966 - CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC, CGC - ainsi que la Fédération de l'Education Nationale et du côté patronal, la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises et le CNPF.

⁸⁶⁰L. du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises (V. supra note n°87).

⁸⁶¹Le protocole d'accord, bien que non signé, prévoit des mesures portant sur les revalorisations salariales, la durée du travail, la protection sociale et la fiscalité dont la plupart entreront en vigueur dès 1968.

⁸⁶²Les accords de Grenelle prévoient une révision générale des conventions collectives afin de les mettre à jour selon les avancées issues du protocole (V. art. 5), ce qui entraînera de nombreuses négociations au sein des branches.

⁸⁶³Sophie CHAUVEAU, *op. cit.*, p.332.

⁸⁶⁴V. Jacques CHABAN-DELMAS, Discours de politique générale du 16 septembre 1969. Les théoriciens du projet sont les conseillers Jacques Delors et Simon Nora attachés au cabinet de Jacques Chaban-Delmas.

129. Applications. Dans le prolongement du « Constat de Grenelle », plusieurs « *grandes négociations sociales* »⁸⁶⁵ vont être engagées. Ces négociations porteront sur des thèmes transversaux intéressant l'ensemble des secteurs professionnels et répondront à des préoccupations émergeantes à l'époque telles que la sécurité de l'emploi, la formation professionnelle, la durée et les conditions de travail ou les garanties contre les risques inhérents aux fluctuations conjoncturelles et aux changements structurels. Conformément aux engagements de négociier pris par les confédérations nationales présentes à ce niveau lors du « Constat de Grenelle », l'échelon national et interprofessionnel va servir de cadre à ces négociations afin de leur donner une portée la plus vaste possible. L'accord national interprofessionnel, que la loi continue d'ignorer, va dès lors connaître une expansion très importante.

L'évolution la plus notable tient toutefois au fait que ces ANI vont être repris en tout ou en partie par la loi conformément à la volonté des pouvoirs publics de développer la politique contractuelle. Une fonction « *prospective* », voire « *expérimentale* »⁸⁶⁶, de la négociation collective est alors mobilisée. L'ANI est mis au service du législateur pour préparer son intervention et ira parfois jusqu'à pousser ce dernier à légiférer. Les rapports classiques entre la loi et l'accord collectif s'en trouveront dès lors profondément modifiés.

B. Une négociation inaugurant de nouveaux rapports entre la loi et le contrat

Comme le rappelle le Professeur Jean Pélissier, les ANI conclus dans les années soixante-huit, soixante-neuf et suivantes « *marquent un tournant dans la conception française du droit du travail* »⁸⁶⁷. Celui-ci « *n'est plus essentiellement législatif et réglementaire* »⁸⁶⁸. En ouvrant la voie à des réformes législatives, l'ANI va en effet incarner une forme de « *contractualisation* » du droit du travail et participer à une « *transformation des sources du*

⁸⁶⁵Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, Chron., p.254.

⁸⁶⁶*Idem*, p.253.

⁸⁶⁷Jean PÉLISSIER, « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p.95.

⁸⁶⁸*Ibidem*.

droit »⁸⁶⁹. La préparation de la loi par l'ANI va ainsi donner naissance au concept de « loi négociée »⁸⁷⁰ (1) qui recouvre plusieurs variantes (2).

1- Le concept de « loi négociée »

130. Vertus. Dans leur article pionnier, Jean-Maurice Verdier et Philippe Langlois rappellent que la loi n'a jamais été « une pure invention du législateur »⁸⁷¹. Elle fait au contraire la part des influences ou des pressions que ce dernier subit. Une forme de « lobbyisme » a en effet toujours existé au sein des assemblées parlementaires consistant pour des groupes de pression à défendre des intérêts économiques, professionnels ou autres afin d'orienter l'adoption des textes. Bien que cette pratique se heurte à une défiance de principe dans notre système législatif⁸⁷², la loi fait ainsi l'objet d'une forme de « négociation » et la représentation populaire elle-même exprime « des intérêts différents par hypothèse »⁸⁷³. Dans les domaines intéressant les relations professionnelles, l'association plus étroite des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi va permettre de rendre celle-ci plus adaptée aux attentes du monde du travail et garantir ainsi son acceptabilité sociale. Le risque d'une « loi ineffective », car celle-ci serait « inadaptée ou rejetée »⁸⁷⁴, sera écarté et le travail législatif sera dès lors plus efficace.

131. Forme. L'association des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi va engendrer un dialogue entre ces derniers et l'Etat. Ce dialogue, qui sera qualifié plus tard de « dialogue social »⁸⁷⁵, recouvre différentes formes caractérisant le degré d'association des partenaires

⁸⁶⁹Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

⁸⁷⁰Nous rappelons que l'expression provient de l'article précité de Jean-Maurice Verdier et Philippe Langlois, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, Chron., p.253 et spéc. p.254 (V. supra notes n^{os} 317 et 660).

⁸⁷¹Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, *op. cit.*, pp.254-255.

⁸⁷²Contrairement à la démocratie américaine, par exemple, le lobbyisme n'est pas institutionnalisé en France. Il revêt au contraire une connotation péjorative car l'opinion y voit une manifestation du corporatisme et de l'influence des différents groupes d'intérêt dans l'élaboration de la décision publique. Depuis la Révolution Française et l'abolition des corporations, la loi est en effet censée refléter l'intérêt général et non la représentation d'intérêts particuliers. Les groupes d'influence qui promeuvent de tels intérêts lors de l'adoption des textes font de ce fait l'objet d'une certaine défiance, même si la pratique a pu être très répandue sous certaines législatures (notamment sous la III^{ème} et la IV^{ème} République). Le dépôt d'amendements parlementaires est d'ailleurs souvent le fruit du travail de lobbying de certains groupes. Les « clubs parlementaires », que la V^{ème} République ne reconnaît pas formellement, font ainsi l'objet d'une surveillance de la part de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (V. Laurence ABGRALL et Marie GAUTIER-MELLERAY, « Les "clubs parlementaires" », Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Rapport au Président de l'Assemblée Nationale, 25 mai 2016).

⁸⁷³Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, *op. cit.*, p.255.

⁸⁷⁴*Idem*, p.254.

⁸⁷⁵V. notamment Nicole MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.* 2007, p.798.

sociaux. Le rapport Chertier, publié préalablement à l'adoption de la loi du 31 janvier 2007⁸⁷⁶, distingue les situations suivantes :

« - les partenaires sociaux peuvent être simplement informés des orientations et décisions gouvernementales ;

- la décision peut faire l'objet d'une consultation des partenaires sociaux, qui peuvent faire état de leurs positions. Cette prise de position peut être officieuse ou officielle si la consultation s'inscrit dans le cadre d'instances auxquelles appartiennent les partenaires sociaux ;

- la concertation avec les partenaires sociaux suppose quant à elle un processus interactif permettant la prise en compte, le cas échéant par modification du projet, des positions des partenaires sociaux, exprimées là encore officieusement ou officiellement ;

- enfin, la décision peut directement résulter d'une intervention des partenaires sociaux par la voie de la négociation. Cette négociation peut être tripartite et faire l'objet d'un accord entre gouvernement, organisations syndicales et patronales, ou bipartite entre les seuls partenaires sociaux »⁸⁷⁷.

Si, comme nous l'avons vu, l'association des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi « s'enracine dans notre contexte national »⁸⁷⁸ depuis les premières réformes sociales du XX^e siècle⁸⁷⁹, la conclusion des grands accords nationaux interprofessionnels de la fin des années 1960 et des années 1970 marquent l'avènement de fonction « légiférante » de la négociation collective. Au-delà de simples consultations, l'élaboration des textes législatifs va donner lieu à une véritable négociation préalable en application de la politique contractuelle. La loi reprendra ainsi le compromis élaboré par les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel qui la précède. La loi sera dès lors « négociée ». Sans caractère exhaustif, nous citerons comme premiers exemples : la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle qui reprend l'accord du 9 juillet 1970⁸⁸⁰, la loi du 3 janvier 1975 qui découle des accords du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi et du 14 octobre 1974 sur

⁸⁷⁶V. infra.

⁸⁷⁷Dominique-Jean CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006, p.16.

⁸⁷⁸Hélène MASSE-DESSIN, « Genèse et objectifs de l'article L. 1 du Code du travail », *Dr. soc.* 2010, p.494.

⁸⁷⁹V. étude 108 supra.

⁸⁸⁰Loi n°71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, JORF 17 juil. 1971, p.7035. V. Catherine VINCENT, « De l'accord de juillet 1970 à la loi de 1971 : l'échec d'un paritarisme négocié dans la formation professionnelle continue », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.153.

l'indemnisation du chômage économique⁸⁸¹ ou encore la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation qui a repris l'accord du 10 décembre 1977⁸⁸².

132. Impacts. En confiant le soin à la négociation collective de préparer l'intervention législative, le système de la loi négociée parie sur une capacité d'adaptation de la norme favorisant l'adhésion des acteurs du monde du travail. Les « *vertus permanentes* »⁸⁸³ du droit conventionnel sont alors mises au service de la loi.

La négociation nationale interprofessionnelle reprise dans la loi va ainsi porter au fil du temps « *de mémorables avancées sociales* » mais également « *soutenir de toutes autres évolutions* »⁸⁸⁴ telles que la suppression de l'autorisation administrative préalable au licenciement économique en 1986⁸⁸⁵. La légitimité de la loi ne sera plus dès lors recherchée « *dans la volonté des représentants du peuple mais dans celle des représentants de la profession* »⁸⁸⁶. Cette pratique, qui permet d'apposer « *le sceau de la représentation nationale sur les compromis élaborés dans le cadre de la démocratie sociale* », vise à ce que la loi procède « *de la représentation de tous ceux auxquels elle s'adresse* »⁸⁸⁷.

Une partie de la doctrine s'est toutefois opposée à cette vision du droit. Pour le Professeur Gérard Lyon-Caen, la loi ne saurait être en effet « *la simple reproduction ou la paraphrase d'un accord national interprofessionnel préalable* »⁸⁸⁸. L'auteur souligne que « *Les représentants du peuple sont élus, pas les représentants du patronat et des confédérations syndicales* »⁸⁸⁹. Dès lors, « *Ce n'est plus une démocratie, celle qui se décharge de son rôle sur "les professions". Les organisations professionnelles ont leur légitimité : elle n'est pas de tenir la plume des parlementaires* »⁸⁹⁰. L'éminent juriste ira même jusqu'à écrire : « *À la limite, on peut se demander si l'entrée dans le Code du travail de la catégorie juridique de l'ANI n'a pas été une erreur. Devenue "envahissante" cette véritable source de droit peut à la longue pervertir le système juridique tout entier. On peut à juste titre parler de pollution* »⁸⁹¹...

⁸⁸¹L. n°75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique, JORF 4 janv. 1975, p.202.

⁸⁸²L. n°78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, JORF 20 janv. 1978, p.426. V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p.450

⁸⁸³Michel VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTDCiv.* 1964, p.5 et spéc. p.15.

⁸⁸⁴Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », *RDT* 2013, p.156.

⁸⁸⁵V. infra.

⁸⁸⁶Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.185.

⁸⁸⁷Alain SUPROT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525.

⁸⁸⁸Gérard LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail-Agitations et menaces », *Dr. soc.* 2001, p.1031.

⁸⁸⁹*Ibidem*.

⁸⁹⁰*Ibid.*

⁸⁹¹*Idem* (note n°9 en bas de page de l'article).

Ce « jugement sans appel » de l'ANI, prononcé à la lumière d'une trentaine d'années de pratique de la loi négociée et quelques années avant la parution des lois du 4 mai 2004 et du 31 janvier 2007 qui achèveront de « légaliser » ce type d'accord⁸⁹², met en évidence la complexité des rapports entre la loi et le contrat dans l'évolution des sources du droit du travail⁸⁹³. La promotion du « *droit conventionnel du travail* » par rapport au « *droit légal du travail* »⁸⁹⁴ pour réformer les relations sociales est en effet devenue une question centrale de notre droit contemporain car elle met en évidence « *une transformation de nos concepts juridique de base* »⁸⁹⁵.

Le pacte social national incarné par loi négociée va effectivement de pair avec un réordonnement des normes en droit du travail. Les espaces normatifs entre la loi et le contrat vont être reformulés⁸⁹⁶. La « convention collective » qui était jusqu'alors cantonnée « *à des tâches ancillaires* » telles qu'améliorer la loi du travail ou combler ses lacunes va nouer des rapports complexes avec cette dernière ; ces rapports étant jugés « *peu conformes à la théorie classique de la hiérarchie des sources du droit* »⁸⁹⁷. Comme le souligne le Professeur Alain Supiot, « *d'un côté la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre ; de l'autre, le contrat se mue en instrument d'asservissement de la volonté des parties à des impératifs qui les dépassent* »⁸⁹⁸.

Le rôle des acteurs eux-mêmes s'en trouvera modifié. Les organisations syndicales et patronales, devenues des « partenaires sociaux », sont invitées à jouer « *un rôle de pré-législateur* »⁸⁹⁹ alors que le renvoi à la négociation collective pour élaborer la loi traduit, dans le même temps, un certain « *effacement du législateur* »⁹⁰⁰.

Cette « *irrésistible ascension de la négociation collective* »⁹⁰¹ comme vecteur des réformes contraste avec « *la centralité acquise par la loi* »⁹⁰² dans notre modèle traditionnel mais elle révèle également une nouvelle forme de négociation qui « *se justifie par l'information*

⁸⁹²V. infra.

⁸⁹³V. Introduction supra.

⁸⁹⁴Michel DESPAX, *op. cit.*, p.184.

⁸⁹⁵Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

⁸⁹⁶La promotion de l'accord d'entreprise comme source du droit du travail à compter de 1982 procèdera de la même logique mais « vers le bas ». Chaque entreprise devra ainsi disposer de « *son propre pacte social, de manière autonome* » (Elsa PESKINE, « Un besoin de changement de paradigme de la négociation collective en France ? », in *Regards et réflexions pluridisciplinaires sur la négociation collective*, Ed. FO, sept. 2015, p.19).

⁸⁹⁷Michel DESPAX, *op. cit.*, p.184.

⁸⁹⁸Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

⁸⁹⁹Jacques BARTHÉLÉMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p.450.

⁹⁰⁰Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, *op. cit.*, p.254.

⁹⁰¹Michel DESPAX, *op. cit.*, p.184.

⁹⁰²INSTITUT MONTAIGNE, « Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise », Rapport sept. 2015, p.8.

qu'elle fournit au décideur »⁹⁰³. Il s'agit désormais d'éclairer la décision des pouvoirs publics et non plus uniquement d'aboutir à un compromis entre « deux représentants d'intérêts reconnus comme antagonistes et indépendants l'un de l'autre »⁹⁰⁴ tel que le fait la classique convention collective de travail. L'ANI va dès lors incarner cette nouvelle forme de négociation collective et jouer différentes partitions avec la loi constituant autant de variantes du système de la loi négociée.

2- Les variantes de la loi négociée

133. L'accord suscitant la loi. Dans sa forme initiale, le système de « loi négociée » a consisté à donner l'initiative du contenu de la loi aux partenaires sociaux. La négociation de l'ANI procède alors d'une initiative plus ou moins directe de ces derniers⁹⁰⁵ et le législateur « transpose »⁹⁰⁶ ensuite l'accord dans la loi. L'ANI fait alors « fonction de projet de loi » et les partenaires sociaux se voient « déléguer en fait le pouvoir d'initiative que la Constitution (art. 39) réserve en droit au Premier ministre et aux parlementaires »⁹⁰⁷. Cette première variante érige ainsi la négociation interprofessionnelle en une « législation de fait »⁹⁰⁸ et peut susciter

⁹⁰³Jean SAGLIO, « Les spécificités de la négociation collective dans le système français de relations professionnelles » in Jocelyne Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.44.

⁹⁰⁴*Ibidem*.

⁹⁰⁵Dans le cadre du développement de la politique contractuelle, le gouvernement a fréquemment adressé des lettres d'intention aux partenaires sociaux pour les inciter à négocier sur certains thèmes. A titre d'exemple, nous rappellerons la lettre adressée par Georges Pompidou le 3 août 1967 aux organisations syndicales et patronales pour les inviter à négocier dans le domaine de l'emploi (V. étude 128 supra). De même, l'« opération mensualisation » consistant à mensualiser le salaire des ouvriers jusqu'alors payés en heures et à régler la question des divers avantages en découlant (indemnités de départ, paiement des jours fériés, maintien de salaire en cas de maladie ou de maternité...) - dont le Gouvernement était convaincu que l'initiative devait revenir aux partenaires sociaux - fit l'objet d'une incitation gouvernementale débouchant sur la déclaration commune du 20 avril 1970 et sur l'accord du 2 juillet 1970 relatif à l'indemnisation du congé de maternité (Guillaume Henri CAMERLYNCK, « Le bilan de l'année 1970 en droit du travail français », *Relations industrielles / Industrial Relations* 1971, vol. 26, n°2, p.494 ; V. également Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, *op. cit.*, p.259). La même méthode fût utilisée pour terminer cette opération de mensualisation lorsque le Premier ministre de l'époque adressa une lettre d'intention aux partenaires sociaux - assortie toutefois d'une menace de légiférer - pour les inviter à négocier l'accord du 10 décembre 1977 (V. supra note n°882 et infra).

⁹⁰⁶La transposition exprime « le passage d'un ordre de réglementation à un autre moyennant parfois certaines conditions de délais, d'adaptation ou de réserves » (Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, p.1039).

⁹⁰⁷Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59. Selon l'alinéa 1 de l'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958, « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ».

⁹⁰⁸Yves ROBINEAU, « Loi et négociation collective : rapport au ministre du travail et des affaires sociales », mars 1997, p.27.

un débat institutionnel sur la clarification des rôles respectifs du Parlement et des partenaires sociaux mais également un débat plus technique sur la nature juridique de l'accord transposé.

La première question est de savoir si le législateur doit reprendre *in extenso* l'accord négocié ou s'il peut au contraire altérer le contenu du texte conventionnel ou bien ne reprendre celui-ci que partiellement. Cette question renvoie inévitablement à celle du pouvoir souverain du législateur reconnu par l'article 34 de la Constitution. Il appartient en effet à la loi seule de « *déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* »⁹⁰⁹. Les partenaires sociaux ne disposent pas d'une telle prérogative⁹¹⁰. Si le législateur peut « *laisser aux employés et aux employeurs, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après concertation, les modalités concrètes de mise en œuvre des principes qu'il édicte* »⁹¹¹, il ne peut en revanche abandonner à ces derniers les compétences que la Constitution lui attribue. Le législateur n'est ainsi pas juridiquement lié par le contenu des dispositions conventionnelles et si les lois négociées « *s'appuient pleinement sur les accords conclus* », elles « *n'en reprennent pas nécessairement l'intégralité* »⁹¹².

Cette question a atteint une forme paroxystique lors de l'annexion de l'accord interprofessionnel sur la mensualisation à la loi du 19 janvier 1978⁹¹³. Pour achever l'« *opération mensualisation* » commencée en 1970⁹¹⁴, un accord national interprofessionnel fût conclu le 10 décembre 1977⁹¹⁵. Cet accord était destiné à jouer le rôle « *d'accord balai* »⁹¹⁶ en créant un régime minimum pour toutes les entreprises non visées par un accord professionnel

⁹⁰⁹Constitution 4 oct. 1958, art.34.

⁹¹⁰V. Cons. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC, *D.* 1998, p.152 obs. Jérôme TRÉMEAU ; Marie-Laure MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p.25 ; Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p.152.

⁹¹¹Cons. const., 25 juill. 1989, n°89-257 DC, *AJDA* 1989, p.796, note Florence BENOÎT-ROHMER.

⁹¹²Dominique-Jean CHERTIER, « *Pour une modernisation du dialogue social* », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006, p.20.

⁹¹³V. supra note n°882.

⁹¹⁴V. supra note n°905.

⁹¹⁵L'accord fût conclu en deux temps les 10 et 14 décembre 1977 mais la date du 10 décembre est la plus fréquemment citée. Les organisations signataires étaient le CNPF et la CGPME du côté patronal ; FO, CGC et CFTC du côté salarial. La CGT et la CFDT avaient refusé de signer l'accord qu'elles considéraient plus restrictif que les accords de mensualisation signés dans les branches en application de la déclaration commune du 20 avril 1970.

⁹¹⁶Jacques BARTHÉLÉMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p.450.

de mensualisation, tel que l'avait initié la déclaration commune du 20 avril 1970⁹¹⁷. Or, conformément aux techniques contractuelles, l'accord n'était applicable qu'aux branches adhérentes du CNPF et de la CGPME, à l'exclusion de celles qui s'étaient volontairement exclues de son champ d'application⁹¹⁸ et des activités non représentées par les deux confédérations patronales⁹¹⁹. L'objectif de transformation et de revalorisation de la classe ouvrière que le Gouvernement avait assigné à la mensualisation⁹²⁰, et qui nécessitait une généralisation de cette dernière, se heurtait donc au champ limité de l'ANI. L'extension de l'ANI, que la loi du 13 juillet 1971 avait entre-temps rendue possible⁹²¹, aurait certes permis d'atteindre les employeurs non membres d'une organisation patronale signataire mais uniquement ceux compris dans le champ d'application de l'accord, conformément à l'effet attaché à la procédure d'extension⁹²². Seul l'élargissement de l'ANI aurait permis de rendre l'accord applicable dans des branches non comprises dans son champ d'application mais cette procédure était alors réservée aux seules conventions de branche et uniquement à l'intérieur de

⁹¹⁷Dans la déclaration commune du 20 avril 1970 intervenue entre les cinq confédérations syndicales de salariés et le CNPF et la CGPME du côté patronal, ces dernières renvoyaient à leurs organisations de branche adhérentes le soin de négocier la mensualisation. En raison de la diversité des situations au sein des branches, les confédérations avaient en effet estimé que les modalités de mise en œuvre de la mensualisation devaient être fixées au niveau des professions. A la suite de cette déclaration commune, de nombreux accords professionnels de mensualisation furent conclus. L'objectif était d'aligner progressivement le statut du personnel ouvrier payé en heures sur celui des employés payés au mois. Au-delà d'une simple différence dans la périodicité de la paye, les employés « mensuels » étaient en effet soumis à un régime bénéfique intégrant, notamment, le paiement des jours fériés chômés dans l'entreprise, le versement d'indemnités complémentaires aux indemnités de sécurité sociale en cas de maladie ou de maternité ou le versement d'indemnités de licenciement plus substantielles (V. supra note n°905). Une loi du 24 juin 1971 avait d'ailleurs défini la convention ou l'accord de mensualisation comme « *une convention ou un accord collectifs prévoyant le paiement mensuel des salaires et étendant aux ouvriers tout ou partie des avantages accordés auparavant aux salariés payés mensuellement* » (L. n°71-487 du 24 juin 1971 modifiant l'article 44 du livre I^{er} du code du travail relatif à la périodicité du paiement des salaires, art.1, JORF 25 juin 1971, p.6124). Cette harmonisation devait être réalisée dans un certain délai et la loi du 24 juin 1971 prévoyait que le Gouvernement déposerait chaque année, à partir de 1972, un rapport devant le Parlement rendant compte de l'application des conventions et accords collectifs de mensualisation (V. L. 24 juin 1971 préc., art. 2). Or, en 1977, il existait encore de nombreuses branches où aucune solution n'était intervenue, ainsi que des branches certes mensualisées mais qui n'assimilaient pas encore le statut des ouvriers à celui des employés, ce qui posait un problème d'équité (V. André BOHL, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi relatif à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, Sénat, annexe au procès-verbal de séance, 20 déc. 1977, pp.5-6). C'est en raison de ce « *bilan mitigé* » (Rapport préc., p.5) que le Gouvernement « invita » les partenaires sociaux à négocier l'ANI du 10 décembre 1977 (V. supra note n°905).

⁹¹⁸V. Annexe à l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 (JORF 20 janv. 1978, p.428).

⁹¹⁹Les activités « hors champ » telles que les professions libérales (à l'époque), les employés de maison etc. (V. infra).

⁹²⁰L'objectif avait été formulé en ce sens dans le discours de politique générale de Jacques Chaban-Delmas du 16 septembre 1969 (V. supra note n°864) : « *Nous devons, en second lieu, mettre en œuvre une politique active de revalorisation de la condition ouvrière. La mensualisation constitue un élément essentiel pour la transformation de cette condition* ».

⁹²¹V. infra.

⁹²²V. supra.

cette dernière⁹²³. Pour passer outre à ces difficultés et tenter d'atteindre le but recherché, l'ANI fût « *annexé* » à la loi⁹²⁴. Pour les Parlementaires, il s'agissait d'une « *innovation juridique contestable* » car au-delà du caractère inhabituel de « *procéder à l'extension d'un accord par la loi* »⁹²⁵, il était prévu dans le projet initial que les droits nouveaux résultant de l'accord soient insérés dans le Code du travail. Le législateur était dès lors placé « *devant une rédaction à l'élaboration de laquelle il n'a pas participé et qu'il est invité en quelque sorte à "entériner"* »⁹²⁶. L'Assemblée Nationale avait toutefois modifié sur ce point le projet de loi déposé par le Gouvernement et renvoyé à une loi ultérieure le soin d'insérer dans le Code du travail les droits nouveaux résultant de l'ANI. La codification elle-même serait donc opérée au moyen d'un nouveau projet de loi s'appuyant sur un rapport gouvernemental présentant au Parlement un bilan de l'application de la loi de 1978⁹²⁷. Sans dénier le droit d'amendement de toute disposition proposée au vote des assemblées, il fût malgré tout demandé aux députés et sénateurs de ne pas « *altérer* » le contenu de l'accord « *pour respecter la volonté des parties* »⁹²⁸. Au demeurant, le choix de l'annexion de l'ANI à la loi du 19 janvier 1978 plutôt que l'intégration de ses dispositions dans le corps de la loi elle-même permettait a priori de préserver la nature contractuelle du texte, à l'image des effets attachés aux procédures d'extension et d'élargissement. Pour autant, cette procédure inhabituelle suscita de longs débats sur la nature juridique des dispositions de l'ANI.

⁹²³La loi du 13 juillet 1971 - complétant et modifiant l'ordonnance du 27 septembre 1967 qui avait introduit la procédure d'élargissement géographique - prévoyait la possibilité, sous certaines conditions, d'élargir à un autre secteur géographique ou un autre secteur professionnel d'une branche d'activité une convention collective déjà étendue au sein de secteurs de cette même branche (V. supra note n°468). L'élargissement des ANI ne sera quant à lui rendu possible qu'à partir de la loi du 13 novembre 1982 (V. infra). Quand bien même cette procédure aurait existé à l'époque, il n'est pas sûr qu'elle aurait pu répondre à l'objectif poursuivi d'une généralisation à tous les secteurs en raison des conditions attachées à la procédure d'élargissement (V. infra). V. sur ce point spécifique : Jacques BARTHELEMY, « Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2007, p.472.

⁹²⁴L'article 1^{er} de la loi du 19 janvier 1978 dispose : « *Les droits nouveaux ouverts par les clauses de l'accord national interprofessionnel, annexé à la présente loi et relatif à la mensualisation, sont acquis, à compter du 1er janvier 1978, aux salariés des professions visées à l'article L. 131-1 du code du travail, à l'exclusion des professions agricoles, et au premier alinéa de l'article L. 134-1 du même code qui n'étaient liées, à la date de sa signature, ni par un accord de mensualisation, ni par des clauses de mensualisation incluses dans des conventions collectives, portant sur l'ensemble de ces droits. Ils sont acquis, le 1er janvier 1980 au plus tard, aux salariés des professions visées à l'alinéa précédent et qui étaient liées, à la date de signature de l'accord annexé, soit par un accord de mensualisation, soit par des clauses de mensualisation incluses dans des conventions collectives portant sur l'ensemble de ces droits* ».

⁹²⁵André BOHL, Rapport préc., p.11. L'extension est habituellement réalisée par arrêté ministériel mais le fait d'utiliser la loi comme vecteur d'accroissement du champ d'application de l'accord annexé donnait aux parlementaires l'impression de réaliser une véritable « extension par voie législative ».

⁹²⁶*Idem*, p.12.

⁹²⁷L. 19 janv. 1978, art.2.

⁹²⁸Jacques BARTHELEMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p.450.

Nonobstant l'utilisation d'une « annexion » de l'accord à la loi afin de donner à celui-ci un champ d'application le plus vaste possible tout en souhaitant préserver sa nature originelle⁹²⁹, cette dernière ne s'en trouvait-elle pas pour autant métamorphosée ? En d'autres termes, le vote de la loi du 19 janvier 1978 n'avait-il pas pour effet de donner une valeur législative aux dispositions de l'ANI bien que celles-ci aient été annexées au projet présenté aux Parlementaires plutôt qu'incluses dans le dispositif législatif ? La question revêtait une importance pratique particulière lorsqu'il s'agissait de comparer le régime minimum de maintien de salaire en cas de maladie instauré par l'ANI⁹³⁰ et des dispositions ayant le même objet prévues par voie d'accord professionnel ou d'entreprise. En effet, le conflit de normes résultant de cette comparaison ne se résolvait pas de la même manière selon que l'on considérait que les dispositions de l'ANI annexé à loi conservaient leur nature contractuelle ou, à l'inverse, qu'elles avaient acquise une valeur légale. Saisi du problème, le Ministre du Travail avait rappelé que dans la première hypothèse, « *la comparaison entre les deux textes doit s'effectuer en prenant en considération chaque ensemble d'avantages se rapportant à une même cause (la maladie, la maternité, etc...) mais pour l'ensemble des salariés bénéficiaires et non pas pour un salarié isolé* »⁹³¹. Toutefois, ce raisonnement « *qui est justifié lorsqu'il s'agit de deux accords collectifs ne saurait s'appliquer lorsqu'on compare les droits tirés de la loi à ceux qui résultent d'une convention. Dans ce cas, l'appréciation du caractère plus favorable de la loi ou de la convention doit être faite pour chaque salarié et non pas au regard de l'ensemble du personnel de l'entreprise. Un salarié pris individuellement ne saurait donc se voir refuser le bénéfice des avantages prévus par la loi au motif que la convention collective applicable, bien que comportant, dans son cas, des avantages moins importants que ceux de la loi, serait globalement plus favorable pour l'ensemble du personnel de l'entreprise* »⁹³². Amenée à se prononcer, la Cour de Cassation consacra la thèse contractuelle dans un arrêt du 17 octobre 1991⁹³³ avant d'opérer un revirement de jurisprudence quelques années plus tard considérant que l'accord national du 10 décembre 1977 avait « *acquis un caractère législatif du fait de son annexion à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978* »⁹³⁴. Cette seconde solution était en conformité

⁹²⁹Souhait renforcé par l'interdiction faite aux députés et sénateurs, lors des débats parlementaires, de modifier le contenu du texte de l'accord annexé au projet de loi.

⁹³⁰V. ANI 10 déc. 1977, art.7, JORF 20 janv. 1978, p.428.

⁹³¹Lettre du ministre du Travail et de la Participation à Monsieur l'inspecteur général du Travail, directeur régional du travail et de l'emploi d'Ile-de-France, 20 août 1980, *Dr. soc.* 1992, p.454. Le principe de l'appréciation globale sur l'ensemble des salariés a été dégagé par la jurisprudence en raison de la vocation de l'accord à s'appliquer collectivement (V. notamment Cass. soc., 1^{er} juin 1976, *Dr. ouv.* 1976, p.234 ; Cass. soc., 14 nov. 2007, *JCP S* 2008, 1105 ; Cass. soc., 18 janv. 2000, *RJS* 2000, n°307).

⁹³²*Ibidem*.

⁹³³Cass. soc., 17 oct. 1991, *Dr. soc.* 1992, p.452, note Jacques BARTHÉLÉMY.

⁹³⁴Cass. soc., 17 janv. 1996, *Dr. soc.* 1996, p.643, obs. Jacques BARTHÉLÉMY.

avec la pratique du Conseil Constitutionnel qui avait accepté d'opérer son contrôle sur les dispositions de l'article 7 de l'ANI relatives de la contre-visite médicale⁹³⁵ estimant que la loi « *s'était approprié l'accord annexé* »⁹³⁶. La recodification du Code du travail en 2008 achèvera de consacrer cette seconde solution en intégrant dans le nouveau code les différents articles de cet accord⁹³⁷.

Une controverse visant à limiter le droit d'amendement des Parlementaires eut également lieu à l'occasion de la réforme du recours aux contrats précaires. « *Craignant le vote d'un projet de loi, qui aurait imposé une trop grande rigidité dans les possibilités de recours aux formes de travail précaire* »⁹³⁸, les organisations patronales suscitèrent une négociation collective qui aboutit à l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990. Or, cet accord - qui contenait des avantages nouveaux pour les salariés en contrat à durée déterminée et les intérimaires au-delà de la seule question des cas de recours⁹³⁹ - prévoyait dans son article 47 : « *La validité du présent accord est subordonnée à l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application, à l'exclusion de toutes autres modifications du régime du contrat de travail à durée déterminée et du travail temporaire actuellement en vigueur que les parties signataires considèrent comme faisant partie intégrante de leur accord* ». L'article 48 poursuivait : « *Sans préjudice des dispositions de l'article 47 ci-dessus, le présent accord entrera en vigueur le premier jour du 4^{ème} mois civil suivant la publication du Journal officiel des dispositions législatives susvisées. Il s'appliquera aux contrats conclus ou renouvelés après la date de son entrée en application* ».

Il était ainsi prévu « *une auto-destruction de l'accord, si le Parlement apportait au régime du travail précaire des modifications de fond allant à l'encontre des dispositions*

⁹³⁵Cons. const., 18 janv. 1978, n°77-92 DC, JORF 19 janv. 1978, p.422.

⁹³⁶Yves ROBINEAU, « *Loi et négociation collective : rapport au ministre du travail et des affaires sociales* », mars 1997, p.27.

⁹³⁷Jacques Barthélémy indiquait à ce sujet quelque temps avant l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail : « *Lors de la réunion des différentes personnes appelées à participer aux travaux de recodification, le ministre Gérard Larcher a cité l'accord du 10 déc. 1977 à titre d'exemple de textes devant être intégrés dans le code. Les articles de celui-ci seront répartis dans différentes parties du nouveau code, ceci eu égard à leur objet. Dans la partie législative, seul apparaîtra le principe, les règles de calcul des différents droits étant renvoyées à la partie réglementaire. Ceci vaudra pour la mensualisation de la paye, le paiement des jours fériés, le maintien du salaire en cas de maladie. Les dispositions relatives aux indemnités en cas de départ volontaire et de mise en retraite figurent déjà dans le Code du travail depuis la loi Seguin du 31 juil. 1987 (art. L. 122-14-13)* » (Jacques BARTHELEMY, « *Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance* », *Dr. soc.* 2007, p.472, note 4, adde Patrick MORVAN, « *L'étrange codification d'un accord collectif : le hold up de l'ANI sur la mensualisation* », *JCP S* 2008, 1266).

⁹³⁸Henry BLAISE, « *Les contrats précaires après la loi du 12 juillet 1990* », *Dr. soc.* 1991, p.11.

⁹³⁹Notamment en matière de formation professionnelle, de gestion prévisionnelle des emplois, de prévention des risques professionnels ou d'amélioration des droits à l'assurance chômage (V. Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire ; Henry BLAISE, *op. cit.*)

adoptées conventionnellement »⁹⁴⁰. Il y avait là « *un certain renversement de la hiérarchie des normes, propre à émouvoir les juristes* »⁹⁴¹, le législateur se voyant imposer la légalisation de l'accord au moyen d'un « *vote bloqué* »⁹⁴² lui interdisant toute modification. Estimant toutefois que les dispositions de l'accord répondaient à ses « *préoccupations essentielles* »⁹⁴³ sur l'amélioration du statut des salariés concernés par le travail précaire, le Gouvernement soumit au Parlement un projet de loi conforme aux prévisions de l'accord. Le Ministre du travail avait pris soin, malgré tout, de rappeler en préalable que « *les principes fondamentaux du droit du travail relèvent de la compétence du législateur* » et que « *La complémentarité de l'action législative et de la négociation qui aura permis d'accroître les garanties dont l'utilisation du travail précaire doit être entourée implique le respect de l'initiative et de l'autonomie de chacun dans l'exercice de ses compétences* »⁹⁴⁴. L'ANI du 24 mars 1990 fût ainsi « *entériné* »⁹⁴⁵ par la loi du 12 juillet 1990⁹⁴⁶ et les « *questions de susceptibilité [...] laissées de côté* », la loi compléta celui-ci « *harmonieusement* »⁹⁴⁷.

Ces échauffourées, que l'on retrouvera y compris après le vote de la loi du 31 janvier 2007⁹⁴⁸, sont révélatrices de la complexité, maintes fois évoquée, des rapports entre la loi et le contrat. En suscitant la loi, l'accord veut parfois la contraindre, lui imposant de respecter fidèlement le compromis élaboré par les partenaires sociaux. Au nom de l'acceptabilité sociale et de la promotion de la politique contractuelle, la souveraineté de la loi est alors mise en jeu, obligeant le Conseil Constitutionnel à préciser que « *le législateur n'est en aucune manière tenu*

⁹⁴⁰Henry BLAISE, *op. cit.*

⁹⁴¹*Ibidem.*

⁹⁴²Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59. V. également Cécile FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux - Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, p.116. La procédure dite du « vote bloqué » est prévue par l'alinéa 3 de l'article 44 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose : « *Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement.* »

⁹⁴³Henry BLAISE, « Les contrats précaires après la loi du 12 juillet 1990 », *Dr. soc.* 1991, p.11.

⁹⁴⁴Lettre rectificative au projet de loi favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires présentée par le Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (Conseil des ministres du 09 Mai 1990-Adaptation du régime des contrats précaires, <https://www.vie-publique.fr>).

⁹⁴⁵Philippe LANGLOIS, « Une loi négociée », *Dr. soc.* 2008, p.346.

⁹⁴⁶L. n°90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, JORF 14 juil. 1990, p.8322.

⁹⁴⁷Henry BLAISE, *op. cit.*

⁹⁴⁸La question de la subsistance de l'ANI en tant que tel ou de son absorption par la loi sera notamment reposée à propos de l'accord du 11 janvier 2013 (Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés) précédant la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF 16 juin 2013). V. sur ce point : Françoise FAVENNEC-HÉRY, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148.

de donner un effet légal aux stipulations qui résulteront des accords collectifs »⁹⁴⁹. En effet, « le législateur ne peut être lié par des accords privés, même en vertu du principe de participation »⁹⁵⁰. Si l'ANI constitue « un schéma directeur à la loi »⁹⁵¹, la répartition constitutionnelle des compétences garantit donc que le législateur ait le dernier mot et ne soit pas tenu de reprendre à la lettre les termes du contrat. Autrement dit, « la loi est dans la loi »⁹⁵² et non dans l'accord. Tout au plus, le Conseil Constitutionnel accordera une certaine protection à la liberté contractuelle des parties, à laquelle il dénie toutefois une valeur constitutionnelle⁹⁵³.

L'autre question soulevée par cette première variante de la loi négociée était de savoir si les partenaires sociaux pouvaient invoquer une forme de « droit acquis à la négociation pour l'élaboration d'une loi »⁹⁵⁴. Simple pratique, le recours à l'ANI pour préparer la loi ne reposait en effet à l'époque sur aucun fondement textuel. La réponse à cette question sera trouvée dans une décision du Conseil Constitutionnel prise à propos de la conformité de la première loi

⁹⁴⁹Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective - A propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.* 1997, p.152.

⁹⁵⁰*Ibidem*.

⁹⁵¹Françoise FAVENNEC-HÉRY, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148.

⁹⁵²*Ibidem*.

⁹⁵³Dans une décision du 3 août 1994 portant sur la constitutionnalité de la loi du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire (V. supra), le Conseil Constitutionnel avait affirmé qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » (Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348 DC, *RJS* 1994, n° 1194 ; *D.* 1995, p.344, obs. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; *D.* 1996, p.45, obs. Xavier PRÉTOT). Un premier tempérament à cette jurisprudence a été apporté par une décision du 10 juin 1998 dans laquelle le Conseil a considéré que si aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit, en tant que tel, un principe dit de « liberté contractuelle », le législateur « ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté individuelle découlant des dispositions de l'article 4 de la Déclaration de 1789 » (Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *RJS* 1998, n° 939 ; *AJDA* 1998, p.495, note Jean-Eric SCHOETTL). Dans une décision du 13 janvier 2000, les « Sages » ont ensuite considéré que le législateur ne pouvait remettre en cause le contenu d'accords conclus sous l'empire d'une loi antérieure afin de les rendre conforme à la loi nouvelle que pour « un motif d'intérêt général suffisant », sauf à méconnaître les exigences constitutionnelles résultant du principe de liberté de l'article 4 de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail issu de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (Cons. const. 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, *RJS* 2000, n° 175 ; *Dr. soc.* 2000, p.257, note Xavier PRÉTOT). Pour le Professeur Alain Supiot, « par cette décision, le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle aux atteintes que le législateur peut éventuellement porter à la liberté contractuelle et admis que le pouvoir législatif pouvait être borné par le respect dû aux conventions collectives » ; il aurait par là-même donné « pour la première fois une certaine portée constitutionnelle » au « phénomène de la loi négociée » (Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59). Le Conseil Constitutionnel confortera par la suite la protection de l'exercice par les interlocuteurs sociaux de leur liberté contractuelle face à l'action normative du législateur en « arrimant » celle-ci à des principes constitutionnels supplémentaires mais sans lui conférer pour autant une valeur de principe constitutionnel (V. notamment Cons. Const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC, *D.* 2003, p.638, obs. Bertrand MATHIEU ; Cons. const. 29 novembre 2019, n° 2019-816 QPC, *JCP S* 2019, 1350 note Alexis BUGADA ; *RDT* 2020, p.200, note Sophie NADAL). Le principe de liberté contractuelle n'est donc pas « à proprement parler un principe constitutionnel, c'est un principe garant d'un principe constitutionnel, un "principe sentinelle" » (Bertrand MATHIEU, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail - Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 », *D.* 2003, p.638).

⁹⁵⁴Cécile FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux - Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, p.135.

Aubry sur les « trente-cinq heures »⁹⁵⁵, dans laquelle il sera précisé que : « *Ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions qui touchent aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux* »⁹⁵⁶. Aucune règle de valeur constitutionnelle n'impose donc au législateur d'associer les partenaires sociaux à l'élaboration de la loi⁹⁵⁷.

134. La loi suscitant l'accord. Dans cette seconde variante de la loi négociée, le législateur va ouvrir la voie à l'ANI avant d'intervenir une seconde fois pour en tirer les conséquences. La méthode consiste alors à « *légiférer en deux temps, séparés par un temps de négociation* »⁹⁵⁸. Le législateur commence par fixer dans une première loi un objectif général et à engager les partenaires sociaux à négocier les moyens d'atteindre cet objectif. Il adopte ensuite une seconde loi qui s'inspire des résultats des négociations ainsi intervenues. Cette méthode - expérimentée au niveau de l'entreprise lors de l'élaboration de la loi du 4 août 1982 introduisant le droit à l'expression directe des travailleurs⁹⁵⁹ - fût utilisée lors de la suppression de l'autorisation administrative de licenciement. Instituée par la loi du 3 janvier 1975 - découlant elle-même des ANI du 10 février 1969 et du 14 octobre 1974⁹⁶⁰ - la procédure d'autorisation administrative préalable aux licenciements pour motif économique était jugée comme dissuasive en matière d'embauche par le patronat. Au nom de la politique de l'emploi, une loi fût votée le 3 juillet 1986⁹⁶¹ qui prévoyait de supprimer « *en deux temps* »⁹⁶² cette procédure. L'article 1^{er} de la loi disposait ainsi que l'autorisation administrative serait supprimée à compter du 1^{er} janvier 1987 et le législateur renvoyait dans l'intervalle le soin aux organisations patronales et syndicales de définir, en lieu et place de celle-ci, les procédures

⁹⁵⁵L. n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry I), JORF 14 juin 1998, p.9029.

⁹⁵⁶Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC, *RJS* 1998, n°939 ; *AJDA* 1998, p.495, note Jean-Eric SCHOETTL.

⁹⁵⁷Le principe de concertation préalable des partenaires sociaux en vue de l'ouverture d'une négociation pré-législative (*C. trav.*, art. L.1, V. infra) sera fixé par la loi du 31 janvier 2007 donc par législateur lui-même, qui reste le maître dans la définition des procédures de participation.

⁹⁵⁸Alain SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

⁹⁵⁹L. n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF 6 août 1982, p.2518. La loi renvoyait à la négociation d'entreprise le soin de définir les modalités d'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés qu'elle venait d'instituer. Elle prévoyait dans son article 10 que le Gouvernement adresserait au Parlement un rapport avant le 30 juin 1985 relatif à l'application de cette mesure, dont les conclusions seraient reprises dans une nouvelle loi avant le 31 décembre 1985. Ce fût chose faite avec l'adoption de la loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du code du travail (JORF 4 janv. 1986, p.199). V. *C. trav.*, art. L. 2281-1 et s.

⁹⁶⁰V. supra note n°881.

⁹⁶¹L. n°86-797 du 3 juil. 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JORF 4 juil. 1986, p.8302.

⁹⁶²Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.186.

destinées à assurer le respect des règles d'information et de consultation des représentants du personnel et d'élaboration d'un plan social⁹⁶³. Le législateur souhaitant que les négociations soient engagées au niveau « *le plus élevé qui soit* »⁹⁶⁴, un ANI fût conclu le 20 octobre 1986⁹⁶⁵ et intégré au « *bloc de légalité* »⁹⁶⁶ par la loi du 30 décembre 1986⁹⁶⁷. Appelé dans un premier temps par la loi, l'ANI, une fois conclu, fût donc « *repris* » par cette dernière, sous réserve de certains réaménagements qui confortèrent le pouvoir législatif dans « *la plénitude de sa compétence* »⁹⁶⁸.

Critiquée par certains⁹⁶⁹, cette méthode fût utilisée à d'autres reprises avec plus ou moins de réussite⁹⁷⁰, et trouva une forme de consécration avec le système des lois dites « expérimentales » avalisé par le Conseil Constitutionnel. Dans ce système, le législateur renvoie en effet à la négociation collective le soin de fixer des règles relatives aux principes fondamentaux du droit du travail « *dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles, appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation, et d'une évaluation des pratiques qui en sont*

⁹⁶³L. n°86-797 du 3 juil. 1986, art. 3 : « *Le Gouvernement déposera, au cours de la première session ordinaire du Parlement de 1986-1987, un projet de loi définissant, compte tenu des résultats de la négociation collective entre les organisations patronales et syndicales, les procédures destinées à assurer le respect des règles d'information et de consultation des représentants du personnel et d'élaboration des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagées par l'employeur en cas de licenciement pour cause économique* ».

⁹⁶⁴Michel DESPAX, *op. cit.*

⁹⁶⁵L'ANI du 20 octobre 1986 a été conclu sous forme d'avenant à l'ANI du 10 février 1969 (V. Accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, modifié par les avenants du 21 novembre 1974, du 20 octobre 1986, du 12 avril 1988, du 22 juin 1989, du 22 décembre 1993 et du 9 décembre 1994).

⁹⁶⁶Michel DESPAX, *op. cit.*

⁹⁶⁷L. n°86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement, JORF 31 déc. 1986, p.15885.

⁹⁶⁸Michel DESPAX, *op. cit.*, p.189. L'auteur distingue « *l'accord "repris" par la loi* », de « *l'accord "réaménagé"* » par cette dernière. Il s'agit en réalité d'une intégration des dispositions de l'ANI dans le corps de la loi et non d'une « reprise » du texte conventionnel en tant que tel. Lors de la transposition, le législateur a par ailleurs procédé à certaines adjonctions non prévues par le texte de l'accord, voire « supprimé » certaines dispositions de ce dernier en ne les intégrant pas dans le dispositif législatif, conformément à ses prérogatives souveraines dans l'élaboration des lois (V. art. préc. pour le détail des dispositions reprises et « réaménagées »).

⁹⁶⁹De vifs débats eurent lieu tant à l'Assemblée Nationale qu'au Sénat lors de la présentation du projet de loi par le Gouvernement. Des parlementaires dénonçaient à la fois la position dans laquelle se trouvaient les organisations syndicales contraintes de négocier un accord perçu par certains comme une régression sociale sur un sujet aussi sensible que le licenciement économique mais également le Parlement qui voyait sa liberté de manœuvre limitée par l'équilibre trouvé lors des négociations (Pour un extrait des débats : Michel DESPAX, *op. cit.*, p.186).

⁹⁷⁰Notamment lors de la suspension de certaines dispositions de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF 18 janv. 2002, p.1008) par la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (JORF 4 janv. 2003, p.255) qui renvoyait à une négociation nationale et interprofessionnelle le soin de fixer les mesures d'accompagnement social des restructurations, ces mesures devant ensuite donner lieu à un nouveau projet de loi déposé avant la fin de la période de suspension (V. Nicolas MOLFESSIS, « La loi suspendue », *D.* 2003, p.139 ; Maurice COHEN, « La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2003, p.271). Malgré une prolongation du délai de suspension, les négociations n'aboutirent pas conduisant le législateur à abroger les dispositions suspendues lors de l'adoption de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (JORF 19 janv. 2005, p.864 ; V. Jean-Emmanuel RAY, « La loi pour la cohésion sociale : continuité et contournements », *Dr. soc.* 2005, p.359).

résultées »⁹⁷¹. Le législateur permet ainsi à l'accord d'intervenir entre deux lois pour mettre « *en pratique les innovations introduites par lesdites lois* »⁹⁷². Pour cela, le législateur « *délègue* » aux partenaires sociaux « *l'exercice de certaines de ses compétences* »⁹⁷³ pendant une durée réduite d'expérimentation et l'accord est alors admis « *au rang de substitut de la loi pour une période déterminée* »⁹⁷⁴.

135. Danse avec la loi. Osant la métaphore, nous concluons en soulignant que ce « pas de deux » exécuté par l'ANI et la loi a donné lieu à de nombreuses représentations sur la scène législative depuis l'avènement de la politique contractuelle, démontrant la place prépondérante acquise peu à peu par ce type d'accord dans les sources du droit social contemporain. Précédant ou accompagnant la loi, l'ANI appelait dès lors une réflexion sur son cadre juridique que le législateur ne mènera toutefois que très progressivement.

Section 2. La négociation interprofessionnelle saisie par le droit du travail

136. Exception française. L'émergence de risques sociaux et de besoins sociétaux nouveaux favorisant de grandes négociations sociales sur des thèmes transverses aux différentes professions, tels que l'emploi ou la formation professionnelle, mais également l'instauration d'une « protection sociale » des salariés confrontés à ces risques, ont donc constitué le terreau de la négociation interprofessionnelle. Au fil du temps, celle-ci se nourrira des évolutions de la conjoncture économique et des politiques publiques confortant sa place si particulière dans notre système de relations sociales⁹⁷⁵. De nos jours, le poids de cette négociation ferait d'ailleurs

⁹⁷¹Cons. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC, *D.* 1998, p.152 obs. Jérôme TRÉMEAU ; Marie-Laure MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p.25 ; Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p.152.

⁹⁷²Bernard TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2005, n°17, p.103. L'auteur souligne, à titre d'exemple, que l'adoption des lois Aubry sur la réduction du temps de travail a utilisé cette méthode. La loi dite Aubry I du 13 juin 1998 (V. supra note n°955) avait en effet invité les négociateurs à définir les modalités de réduction de la durée légale au 1^{er} janvier 2000 et la loi dite Aubry II n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF 20 janv. 2000, p.975) a repris les modalités ainsi définies (moyennant quelques discussions sur les stipulations de certains accords amenant le Conseil Constitutionnel à se prononcer au visa de la liberté contractuelle dans sa décision du 13 janvier 2000, n° 99-423 DC ; V. supra note n°953).

⁹⁷³Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p.152.

⁹⁷⁴Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p.72.

⁹⁷⁵V. Jacques FREYSSINET, « Négociations interprofessionnelles et crise économique », *Revue de l'IRE* 2011, n°69, pp.33-67.

figure d'« *exception française* »⁹⁷⁶, la signature d'accords nationaux interprofessionnels entre organisations patronales et syndicales constituant « *une modalité de la négociation collective peu rencontrée à l'échelle européenne et a fortiori à l'échelle mondiale* »⁹⁷⁷.

Cette place grandissante de l'ANI dans les mécanismes de régulation sociale, souhaitée par les pouvoirs publics eux-mêmes à l'aube des années 1970, contrastait toutefois avec le cadre juridique érigé du droit des conventions collectives de travail en vigueur à l'époque. Par étapes successives le législateur s'attachera dès lors à faire entrer l'accord national interprofessionnel dans le Code du travail (§ 1) avant de clarifier expressément ses rapports avec la loi (§ 2).

§ 1. Une entrée progressive dans le Code du travail

137. Préoccupé exclusivement par les conventions de branche depuis 1936, le législateur a dans un premier temps soumis l'ANI au régime juridique de ces dernières (A) avant d'opérer une distinction permettant d'identifier la négociation interprofessionnelle comme un niveau de négociation « autonome » (B).

A. L'application du droit des conventions collectives de travail à l'accord interprofessionnel

138. L'intégration de l'ANI dans le Code du travail a été opérée de manière indirecte par le biais d'un assouplissement des règles de l'extension des conventions collectives de travail (1). Un statut l'assimilant à ces dernières lui a dès lors été reconnu (2).

⁹⁷⁶Institut MONTAIGNE, « Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise », Rapport sept. 2015, p.8.

⁹⁷⁷Jacques FREYSSINET, *op. cit.*, p.33. L'auteur précise que c'est une modalité d'accord collectif que l'on ne rencontre plus guère que dans les pays de l'Europe du Sud, en Belgique, parfois aux Pays-Bas. Seule l'Espagne conserve une activité de négociation interprofessionnelle comparable à celle de la France.

1- Un assouplissement des règles d'extension des conventions collectives de travail

139. Objet juridique non identifié. « *Les accords nationaux interprofessionnels sont-ils des conventions collectives* » ? Le Professeur Gérard Lyon-Caen posait cette question dans un article publié en 1970 consacré à l'examen d'un projet de loi tendant à modifier certaines dispositions de la loi du 11 Février 1950⁹⁷⁸. Ce projet de loi, qui allait donner lieu ultérieurement au vote de la loi du 13 juillet 1971, prévoyait dans un premier temps d'instituer une procédure d'« *agrément des accords nationaux interprofessionnels portant sur un sujet déterminé relatif aux problèmes du travail ou de l'emploi...* »⁹⁷⁹. Il était donc question de généraliser la procédure d'exception utilisée pour les ANI de retraite complémentaire et d'assurance chômage⁹⁸⁰ à des accords conclus au même niveau mais qui pouvaient désormais s'intéresser aux conditions de travail, comme le faisaient les classiques conventions collectives de travail⁹⁸¹, mais également à des sujets liés à l'emploi qui correspondait à une problématique émergente à cette époque⁹⁸². Ayant « *mésestimé l'importance qu'allaient prendre, à la base, les accords d'entreprise, au sommet, les accords nationaux interprofessionnels* »⁹⁸³, le législateur se devait en effet de réformer la loi de 1950 qui cadrait mal avec la vitalité acquise par ces niveaux de négociation. L'essor de la négociation interprofessionnelle sur des sujets novateurs, tels que la formation professionnelle ou l'emploi, appelait une application au plus grand nombre. Or, la loi de 1950 réservait, comme nous l'avons vu, la procédure d'extension aux seules conventions collectives de travail conclues dans le cadre de la branche d'activité. A défaut de pouvoir être étendues, les garanties instituées par ces ANI, dont certaines présentaient un « *intérêt capital* »⁹⁸⁴, étaient ainsi réservées aux seuls salariés appartenant à des entreprises membres d'une organisation patronale signataire. Bien que « toléré » en raison de la liberté reconnue aux parties de déterminer le champ d'application professionnel de l'accord, l'ANI ne bénéficiait d'aucune reconnaissance expresse par le législateur de 1950, ce qui l'empêchait de déployer pleinement ses effets au sein des professions entrant dans son champ d'application. Il est vrai que l'« extension par voie légale » réalisée grâce à la technique de la loi négociée permettait de

⁹⁷⁸Gérard LYON-CAEN, « Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" », *D.* 1970, Chron., p.159 et spéc. p.161.

⁹⁷⁹*Ibidem*.

⁹⁸⁰V. supra.

⁹⁸¹V. supra note n°760.

⁹⁸²V. supra.

⁹⁸³Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11e éd., Lexis Nexis, 2018, n°1710, p.864.

⁹⁸⁴Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.538.

passer outre et de lui conférer une portée générale mais il ne s'agissait alors que d'une pratique informelle reposant sur le bon vouloir du législateur lors de la transposition. Par ailleurs, la procédure spéciale d'agrément, instituée en urgence par les ordonnances de 1959 pour sauver les régimes de protection sociale complémentaire, produisait un effet identique à l'extension⁹⁸⁵, ce qui pouvait légitimement interroger sur l'opportunité d'opérer une telle distinction⁹⁸⁶.

140. Renforcement des prérogatives ministérielles. Nous avons vu que les pouvoirs publics ont eu la volonté dès 1936 de garantir à chaque salarié une couverture par une convention collective de branche. La technique de l'extension ministérielle a été utilisée à cette fin dans le but de combler les vides conventionnels, favorisant en cela la fonction protectrice génétique du droit social. La procédure d'extension a connu ainsi de nombreux assouplissements afin de permettre au ministre d'étendre le plus possible les dispositions des conventions collectives, expliquant un des taux de couverture conventionnelle les plus élevés du monde malgré un taux de syndicalisation exceptionnellement faible⁹⁸⁷. L'ordonnance du 27 septembre 1967 avait engagé ce mouvement en autorisant l'extension de conventions collectives ne répondant pas à l'ensemble des conditions exigées par la loi de 1950⁹⁸⁸. Poursuivant cet objectif, la loi du 13 juillet 1971 ajoutera des cas supplémentaires dans lesquels le ministre pourra prononcer l'extension⁹⁸⁹. Parmi ces cas supplémentaires, le législateur va autoriser le ministre chargé du travail, sous réserve d'un avis motivé favorable de la Commission supérieure des conventions collectives émis sans opposition, à prononcer l'extension : « *Lorsqu'il s'agit d'un accord national, professionnel ou interprofessionnel, portant sur un sujet déterminé relatif aux conditions de travail ou aux garanties sociales, et notamment aux conditions d'emploi, et conclu entre des organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives sur le plan national, professionnel ou interprofessionnel, au sens de l'article 31 f* »⁹⁹⁰.

Par cette disposition, et contrairement aux principes classiques du droit de l'extension admis jusqu'alors, le législateur reconnaît non seulement qu'un accord collectif, c'est-à-dire un

⁹⁸⁵V. étude 123 supra.

⁹⁸⁶V. Gérard LYON-CAEN, *op. cit.*. Nous rappelons que Paul Durand, lui-même s'était interrogé sur l'opportunité de cette distinction lors de la parution des ordonnances (V. étude 123 supra).

⁹⁸⁷V. supra note n°551.

⁹⁸⁸L'ordonnance avait notamment rendu possible, sous certaines conditions, l'extension d'une convention non signée par la totalité des organisations représentatives (V. Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p.147).

⁹⁸⁹V. supra note n°561 sur l'extension des conventions catégorielles. La loi de 1971 a introduit également la possibilité d'étendre une convention collective ne comportant pas toutes les clauses obligatoires. V. Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.542.

⁹⁹⁰*C. trav.*, art. 31 j à 6°, réd. L. 13 juil. 1971.

acte conventionnel portant sur un sujet déterminé, peut être étendu mais que celui-ci peut être conclu au niveau national professionnel ou interprofessionnel.

2- Un statut mélangé à celui des conventions collectives de branche

141. Reconnaissance. Se présentant comme une réforme d'ensemble du droit conventionnel⁹⁹¹, la loi du 13 juillet 1971 reconnaît l'existence de niveaux de négociations situés en marge du droit des conventions collectives de travail que sont l'entreprise et l'interprofession. Cette reconnaissance n'efface pas pour autant la prédilection législative pour la convention collective de branche. Cantonné « *dans un rôle mineur* »⁹⁹² par la loi de 1950, l'accord d'entreprise voit en effet son régime juridique aligné sur celui des conventions collectives de travail⁹⁹³. « *Accédant à la dignité de convention collective "à part entière"* »⁹⁹⁴, malgré un champ d'application par essence limité, celui-ci connaîtra une réelle émancipation à compter de 1982⁹⁹⁵. L'ANI se voit quant à lui reconnaître une place dans le droit des conventions collectives de travail mais uniquement au travers des dispositions relatives à l'extension, de surcroît dans un cadre dérogatoire nécessitant une procédure renforcée devant la Commission supérieure des conventions collectives⁹⁹⁶.

142. Assimilation. Cette entrée encore timide de l'ANI dans le Code du travail souligne une forme de légalisation mais permet surtout de l'intégrer dans le champ de l'extension

⁹⁹¹V. étude 32 supra.

⁹⁹²Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p.530 et spéc. p.537.

⁹⁹³Nous rappelons que la loi de 1950 ne reconnaissait que les « *accords collectifs d'établissement* » qui avaient pour objet d'adapter les dispositions des conventions collectives nationales, régionales ou locales aux conditions particulières de l'établissement ou, à défaut de telles conventions, de fixer uniquement les salaires et accessoires de salaires (*C. trav.*, art. 31 n, réd. L. 11 fév. 1950 ; V. supra note n°145). L'article 31 a nouveau du Code du travail dispose désormais que le champ d'application des conventions collectives est « *national, régional, local ou limité à un ou plusieurs établissements ou à une ou plusieurs entreprises* » (*C. trav.*, art. 31 a, al. 6, réd. L. 13 juil. 1971). Par ailleurs, les dispositions limitatives de la loi de 1950 disparaissent et sont remplacées par un nouvel article 31 a b qui autorise les « *conventions d'entreprise ou d'établissement* » à déterminer elles-mêmes « *les diverses conditions de travail et garanties sociales* » lorsqu'il n'existe pas de convention collective nationale, régionale ou locale ou à adapter les dispositions de ces dernières (*C. trav.*, art. 31 a b, réd. L. 13 juil. 1971).

⁹⁹⁴Michel DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.* 1988, p.8 et spéc. p.9.

⁹⁹⁵V. Introduction supra. La loi du 13 novembre 1982 introduira dans le Code du travail une section spécifique consacrée aux « Conventions et accords collectifs d'entreprise » (*V. C. trav.*, art. L. 132-18 et s., réd. L. 13 nov. 1982) même si une identité de nature juridique demeure toujours entre les différents accords collectifs quel que soit leur niveau de négociation.

⁹⁹⁶L'avis motivé favorable de la Commission émis sans opposition étant requis à l'instar des autres cas de dérogation au droit commun de l'extension alors en vigueur (*V. C. trav.*, art. 31 j a, al. 1, réd. L.13 juil. 1971 ; étude 140 supra).

ministérielle et de lui donner ainsi une force d'expansion plus importante, conforme à l'objectif d'universalité de ce type d'accord⁹⁹⁷. L'ANI susceptible d'extension peut par ailleurs porter sur un sujet relatif aux conditions de travail ou aux garanties sociales conformément à l'élargissement du domaine des conventions collectives de travail opéré par la loi de 1971⁹⁹⁸, le législateur prenant soin de préciser que l'objet de l'ANI peut notamment viser les conditions d'emploi⁹⁹⁹. Par le truchement du droit de l'extension, l'ANI se voit donc autoriser à embrasser l'ensemble des sujets relevant du « *droit des travailleurs à la négociation collective* » nouvellement proclamé par le législateur¹⁰⁰⁰.

La loi du 13 novembre 1982 achèvera l'intégration de l'ANI dans le Code du travail en créant une section unique consacrée aux « *Conventions collectives de branches et accords professionnels et interprofessionnels* » dans laquelle le régime juridique de ces différents types d'accord sera totalement assimilé¹⁰⁰¹.

B. L'identification d'un niveau de négociation « autonome »

143. Selon le Professeur Christophe Radé : « *Jusqu'à la réforme de la négociation collective intervenue avec la loi du 4 mai 2004, l'accord national interprofessionnel ne bénéficiait dans le Code du travail que de dispositions éparses et par ailleurs non spécifiques puisque mélangées avec celles consacrées aux conventions collectives de branche* »¹⁰⁰². Si l'on peut effectivement noter certaines spécificités dès cette date (1), ce n'est qu'à l'occasion de l'opération de recodification de 2008 que l'ANI trouvera une place à part entière dans le Code du travail (2).

⁹⁹⁷La loi du 13 novembre 1982 accroîtra cette force d'expansion en autorisant l'élargissement des ANI (V. infra).

⁹⁹⁸V. *C. trav.*, art. 31 j a 6°, réd. L. 13 juil. 1971 (étude 140 supra). Nous rappelons que les garanties sociales ont été expressément ajoutées dans l'objet des conventions collectives de travail par la loi de 1971, l'article 31 a, al.1, disposant « *La convention collective de travail est un accord relatif aux conditions de travail et aux garanties sociales [...]* » (V. supra note n° 768). Sur la notion de garanties sociales : V. supra note n°773.

⁹⁹⁹V. *C. trav.*, art. 31 j a 6°, réd. L. 13 juil. 1971 (étude 140 supra). Nous soulignons cette précision législative alors que les conditions d'emploi ne seront expressément intégrées dans l'objet de toute convention ou accord collectif de travail que par la loi du 13 novembre 1982 (V. supra note n°768).

¹⁰⁰⁰*C. trav.*, art. 31, al.1, réd. L. 13 juil. 1971 ; actuel *C. trav.*, art. L. 2221-1. V. étude 32 supra.

¹⁰⁰¹V. *C. trav.*, art. L. 132-11 et s., réd. L. 13 nov. 1982. S'agissant des accords de protection sociale complémentaire, la procédure spécifique d'agrément demeurera valable pour les accords de chômage, alors que les accords de retraite complémentaire se verront soumis ultérieurement à la procédure d'extension et d'élargissement (V. infra).

¹⁰⁰²Christophe RADÉ, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284.

1- Un régime dissocié de la convention collective de branche

144. Distinction. Nous avons vu que la loi du 13 novembre 1982 avait assimilé les dispositions relatives aux conventions collectives de branches et aux accords professionnels et interprofessionnels. Cette assimilation ressortait aussi bien des règles générales de conclusion et de validité de tout accord collectif qui n'opéraient aucune distinction¹⁰⁰³ que de dispositions spécifiques qui prévoyaient expressément cette identité de régime¹⁰⁰⁴.

En introduisant le principe de l'accord majoritaire¹⁰⁰⁵, la loi du 4 mai 2004 vient opérer une distinction. L'article L. 132-2-2 du Code du travail, créé par la nouvelle loi¹⁰⁰⁶, dispose en effet :

« I. - La validité d'un accord interprofessionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord. L'opposition est exprimée dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de cet accord.

II. - Lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel étendu, conclu conformément aux dispositions du I, le prévoit, la validité des conventions ou accords conclus dans le même champ d'application professionnel est subordonnée à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche ».

L'accord interprofessionnel est donc soumis à une majorité d'opposition, alors que la convention de branche ou l'accord professionnel est soumis à une majorité d'engagement si un accord cadre étendu le prévoit¹⁰⁰⁷. L'article L. 132-2-2 précise toutefois qu'*« A défaut de la conclusion de la convention ou de l'accord étendu prévu au premier alinéa du présent II, la validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est soumise aux conditions prévues au I »*.

Le législateur de 2004 édicte donc des règles de validité des accords interprofessionnels différentes de celles applicables aux conventions de branche, même si ces dernières pourront emprunter les règles de validité de l'ANI à titre « *subsidaire* »¹⁰⁰⁸. La singularité de cette

¹⁰⁰³V. C. trav., art. L. 132-2 et s., réd. L. 13 nov. 1982.

¹⁰⁰⁴V. C. trav., art. L. 132-11 à L. 132-17, réd. L. 13 nov. 1982 (champ d'application, dénonciation, adhésion...) et L. 133-1 à L. 133-17 (extension et élargissement).

¹⁰⁰⁵V. étude 34 supra.

¹⁰⁰⁶V. L. n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 37, JORF 5 mai 2004, p.7983.

¹⁰⁰⁷La convention ou l'accord étendu choisit le mode d'évaluation de la majorité d'engagement en retenant les résultats soit d'une consultation périodique des salariés de la branche en vue de mesurer la représentativité des organisations syndicales de salariés de la branche, soit des dernières élections aux comités d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel.

¹⁰⁰⁸Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p.590.

modification législative mérite à notre sens d'être soulignée. Elle érige en effet la « *majorité arithmétique d'opposition* »¹⁰⁰⁹ de l'accord interprofessionnel en régime légal de base alors que la branche dispose, de son côté, de la faculté de choisir de façon optionnelle ses propres conditions de validité ou, à défaut, de se voir appliquer le régime de l'ANI. Nous pouvons y voir une forme d'inversion de la logique retenue jusqu'alors par le législateur consistant à octroyer un statut légal à l'ANI par assimilation aux conventions collectives de branche.

145. Parenthèse. Le Professeur Christophe Radé écrivait en 2010 que cette disposition de la loi du 4 mai 2004 aurait « *consacré la spécificité de l'accord national interprofessionnel et dissocié son régime de celui des accords de branche* »¹⁰¹⁰. Tout en acquiesçant à la remarque, il nous semble cependant que la portée réelle de cette réforme se réduise à une sorte de parenthèse légale. En effet, la loi du 20 août 2008 poursuivant le mouvement de légitimation des accords collectifs entrepris en 2004¹⁰¹¹ a réaligné les conditions de validité des accords interprofessionnels et des conventions de branche et accords professionnels. L'ensemble de ces accords est désormais soumis à un double régime de minorité qualifiée d'engagement et d'absence d'opposition majoritaire¹⁰¹². Certes, la mesure de l'audience électorale, qui constitue le fondement de ce double régime, s'effectue en prenant en compte les suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux CSE en faveur des organisations syndicales représentatives, puisque seules ces dernières sont habilitées à signer des accords collectifs¹⁰¹³, et renvoie en cela à des règles différentes au niveau professionnel et interprofessionnel¹⁰¹⁴ mais il ne s'agit dans ce cas que de s'assurer de la qualité représentative de l'organisation signataire. Ainsi, pour être valable, l'ANI devra être signé par une organisation syndicale représentative au niveau interprofessionnel selon les règles de représentativité requises à cet échelon, alors que la convention de branche ou l'accord professionnel nécessitera une représentativité mesurée à un niveau inférieur selon ses propres

¹⁰⁰⁹*Ibidem*.

¹⁰¹⁰Christophe RADÉ, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284.

¹⁰¹¹V. étude 34 supra.

¹⁰¹²V. actuels *C. trav.*, art. L. 2232-2 et L. 2232-6 (supra note n°238).

¹⁰¹³Contrairement à la règle qui prévaut pour la mesure de l'audience des syndicats et des délégués syndicaux qui prend en compte l'ensemble des suffrages exprimés au premier tour (*V. C. trav.*, art. L. 2122-1 et s. pour l'audience syndicale permettant d'établir la représentativité aux différents niveaux et L. 2143-3 pour l'audience personnelle du salarié désigné délégué syndical).

¹⁰¹⁴Nous rappelons que la loi du 20 août 2008 a ajouté aux critères généraux de la représentativité définis à l'article L. 2121-1 du Code du travail, l'exigence d'une « *implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* » lorsque la représentativité est appréciée au niveau de celle-ci (*C. trav.*, art. L. 2122-5 2°) et que le syndicat soit représentatif « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* » lorsque la représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel (*C. trav.*, art. L. 2122-9 2°). V. supra note n°257.

critères¹⁰¹⁵ mais les règles de validité de l'accord lui-même nous semblent obéir au même régime juridique.

Ce nouvel alignement des règles de validité de la convention de branche et de l'ANI a curieusement refermé la possibilité pour la branche d'opter pour une majorité de conclusion ouverte par la loi de 2004, alors que les réformes successives tendent à imposer progressivement cette règle de validité des accords collectifs sous fond de recherche d'une plus grande légitimité¹⁰¹⁶. Il semble au demeurant que cette faculté d'option ait été très peu utilisée par les branches avant l'entrée en vigueur du nouveau régime unique en 2013¹⁰¹⁷.

Quelle que soit la portée réelle de cette parenthèse légale désormais refermée, la loi du 4 mai 2004 a malgré tout « *contribué à faire de la négociation interprofessionnelle un niveau de négociation identifiable* » en isolant cette dernière de la négociation de branche à laquelle elle était jusqu'alors « *accolée* »¹⁰¹⁸ dans les dispositions précédentes du Code du travail. Le législateur va profiter de l'opération de recodification de 2008 pour poursuivre ce travail d'identification.

2- Une place à part entière dans le Code du travail

146. Recodification. S'inscrivant dans le cadre d'une « *politique globale de codification du droit français* »¹⁰¹⁹, la recodification du Code du travail a eu pour « *objet*

¹⁰¹⁵Nous soulignons malgré tout l'unicité des critères de la représentativité quel que soit le niveau de son appréciation consacrée par la loi du 20 août 2008 (V. supra note n°257). La spécificité des règles de représentativité que nous évoquons n'est donc révélée qu'au travers du critère supplémentaire de l'implantation équilibrée pour la branche et de la représentativité simultanée dans les quatre secteurs pour le niveau national et interprofessionnel (V. supra note n°1014).

¹⁰¹⁶Nous rappelons que la majorité d'engagement est désormais la règle de base pour les accords d'entreprise (V. C. trav., art. L. 2232-12 ; supra note n°238).

¹⁰¹⁷La loi du 20 août 2008 avait organisé une période transitoire de survie des anciennes règles de validité des conventions de branche, accords professionnels et interprofessionnels jusqu'aux premières mesures de la représentativité syndicale au niveau des branches et au niveau national et interprofessionnel qui devaient être réalisées dans les cinq ans suivant la publication de la loi (V. L. n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 11-I et 12-I, JORF 21 août 2008, p.13064). Seule la branche du remorquage maritime aurait opté pour la majorité d'engagement dans le cadre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 (V. Jean-Denis COMBEXELLE, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? », *Dr. soc.* 2008, p.20 ; Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *JCP S* 2012, 1239, note 12).

¹⁰¹⁸Bernard GAURIAU, *op. cit.*

¹⁰¹⁹Jean-Denis COMBEXELLE, « Présentation du nouveau code du travail », DGT, Dossier de presse, 29 avr. 2008, p.3. Cette opération de codification du droit français avait été lancée en 1989 avec la création d'une Commission supérieure de codification placée sous la présidence du Premier ministre puis relancée en 1995, débouchant sur la création de nouveaux codes ou la refonte de code existants (V. Jean-Eric SCHOETTL, « Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes », *AJDA* 2000, p.31).

premier » que « *les bases du droit du travail soient claires et accessibles* »¹⁰²⁰. La codification des textes - ou la recodification de codes existants - concourt ainsi à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi, dans lesquelles le Conseil Constitutionnel a vu un objectif de valeur constitutionnelle découlant de la combinaison des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁰²¹. Le principe de la codification est désormais consacré par l'article 3 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹⁰²² qui dispose : « *La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit* ». C'est dans ce cadre que le Parlement a habilité le gouvernement à recodifier le Code du travail¹⁰²³ dont la précédente version remontait à 1973¹⁰²⁴. Cette recodification, encadrée par le respect du principe de réalisation à « droit constant », a permis d'adapter la partie législative du Code du travail afin d'y inclure des dispositions de nature législative qui n'avaient pas été codifiées¹⁰²⁵, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification¹⁰²⁶. Entré en vigueur le 1^{er} mai 2008¹⁰²⁷, le « nouveau » code du travail accorde une place pleine et entière aux accords interprofessionnels en leur consacrant une section distincte de celle regroupant les dispositions relatives aux conventions de branche, au sein d'un chapitre édictant les « *Règles applicables à chaque niveau de négociation* »¹⁰²⁸.

¹⁰²⁰Jean-Denis COMBREXELLE, « Sur quelques évolutions récentes en droit du travail », *Dr. soc.* 2008, p.1069.

¹⁰²¹Cons. Const. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *AJDA* 2000, p.31, obs. Jean-Eric SCHOETTL.

¹⁰²²L. n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF 13 avr. 2000, p.5646.

¹⁰²³Deux loi d'habilitation furent votées compte tenu des délais nécessaires à l'opération (V. L. n°2004-1343 du 9 déc. 2004 de simplification du droit, art.84, JORF 10 déc. 2004 et L. n°2006-1770 du 30 déc. 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, art. 57, JORF 31 déc. 2006).

¹⁰²⁴V. supra note n°113.

¹⁰²⁵A titre d'exemple, les dispositions de la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation (V. supra note n°937).

¹⁰²⁶V. art. 57 I., L. n°2006-1770 du 30 déc. 2006. Pour une présentation des travaux : Jean-Denis COMBREXELLE, « Présentation du nouveau code du travail », DGT, Dossier de presse, 29 avr. 2008.

¹⁰²⁷L'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) a été publiée au Journal officiel du 13 mars 2007. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 (L. n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JORF 22 janv. 2008). Quant à la partie réglementaire du nouveau code du travail, elle résulte de deux décrets du 7 mars 2008 publiés au Journal officiel du 12 mars 2008. Conformément à l'article 2 (X) de la loi de ratification du 21 janvier 2008, le nouveau code du travail est entré en vigueur le 1^{er} mai 2008.

¹⁰²⁸*C. trav.*, Deuxième partie, Livre deuxième, Titre troisième, chapitre II. La section I du chapitre est intitulée « *Accords interprofessionnels* » (regroupant les actuels articles L.2232-1 à L.2232-4) et la section II « *Conventions de branche et accords professionnels* ». Les sections suivantes sont consacrées respectivement aux conventions et accords d'entreprise ou d'établissement, aux conventions ou accords de groupe et en dernier lieu aux accords interentreprises qui ont été introduits dans le code du travail par la loi du 8 août 2016 (V. supra note n°290).

147. Autonomie relative. Enchâssé dans les dispositions relatives aux conventions collectives de branche par les lois de 1971 et 1982, l'accord interprofessionnel¹⁰²⁹ a donc fait l'objet d'une identification plus poussée à l'occasion des travaux de recodification. Pour autant ces derniers ayant été réalisés dans le « *strict respect de l'habilitation délivrée par le législateur* »¹⁰³⁰, il ne nous semble pas possible de conférer à ce travail d'identification une portée autre qu'une amélioration du plan du code, conformément aux objectifs généraux assignés à l'opération¹⁰³¹. En application de la loi d'habilitation, les dispositions qui ont été codifiées étaient en effet « *celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet* »¹⁰³². La conception d'un code à droit constant implique que le « *fond du droit* »¹⁰³³ n'ait pas été modifié, la Cour de cassation précisant que lorsqu'un doute existe sur les changements induits par la recodification, c'est un principe d'interprétation constante du code du travail qui doit prévaloir « *sauf dispositions expresses contraires* »¹⁰³⁴. Ainsi et sauf s'il était manifeste que la règle ait changé, le découpage des anciens textes consacrés pêle-mêle aux conventions de branche, accords professionnels et interprofessionnels ne doit pas conduire à modifier leur sens et leur portée après la recodification. L'éventuelle spécificité des règles applicables aux accords interprofessionnels, désormais identifiées au sein d'un « *plan plus détaillé et plus accessible* »¹⁰³⁵, doit être analysée en regard de celles visant les autres « *niveaux de négociation* » comme semble le suggérer l'intitulé du chapitre du code du travail regroupant celles-ci¹⁰³⁶. Or, cette analyse, sur laquelle nous reviendrons au cours de notre étude, semble conclure à une autonomie toute relative de la négociation interprofessionnelle par rapport à la négociation de branche, notamment lorsque celle-ci est « *interbranches* » ou

¹⁰²⁹Nous rappelons que les dispositions spécifiques de la loi du 13 juillet 1971 relatives à l'extension visaient uniquement l'accord national professionnel ou interprofessionnel (V. étude 140 supra). En assimilant aux conventions collectives de branche, les accords professionnels et interprofessionnels, la loi du 13 novembre 1982 avait précisé que le champ d'application de l'ensemble de ces accords pouvait être national, régional ou local (V. C. trav., art. L. 132-11 anc., réd. L. 13 nov. 1982).

¹⁰³⁰Jean-Denis COMBEXELLE, « Présentation du nouveau code du travail », DGT, Dossier de presse, 29 avr. 2008, p.5.

¹⁰³¹V. L. 30 déc. 2006, art. 57 I. (supra note n°1026).

¹⁰³²L. 30 déc. 2006, art. 57 II.

¹⁰³³Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*, p.9.

¹⁰³⁴Cass. soc. 27 janv. 2010, *Bull. civ.*, V, n°22, p.25.

¹⁰³⁵Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*, p.8.

¹⁰³⁶Nous rappelons l'intitulé du chapitre II - créé lors de l'opération de recodification - comprenant les dispositions régissant les différents « types » de conventions et accords collectifs : « *Règles applicables à chaque niveau de négociation* » (V. supra note n°1028).

« multi-branches ». Un examen comparatif des règles applicables à la convention de branche ou à l'accord professionnel et des règles applicables aux accords interprofessionnels, qu'il s'agisse des conditions de négociation ou de conclusion, ne permet pas en effet de conclure à l'existence d'une différence de nature - comme nous le savions déjà - ni de régime juridique entre ces différents type d'accords. La reconnaissance de l'autonomie catégorielle de l'accord interprofessionnel souhaitée par certains auteurs¹⁰³⁷ nécessiterait certaines réformes que le législateur n'a pas à ce jour envisagées. Tout au plus, depuis la loi du 31 janvier 2007, l'a-t-il adoubé dans son rôle d'auxiliaire de la loi.

§ 2. Une clarification des rapports entre l'accord national interprofessionnel et la loi

148. Nous avons vu que la pratique de la loi négociée avait permis d'inaugurer de nouveaux rapports entre la loi et le contrat et de consacrer le rôle de l'accord national interprofessionnel en tant que support d'une autre fonction de la négociation collective visant davantage les relations entre l'Etat et les partenaires sociaux que les seuls rapports de travail entre employeurs et salariés envisagés au sein d'une même profession. « *Heureux mariage de la démocratie sociale et de la démocratie politique* »¹⁰³⁸, la négociation nationale interprofessionnelle « légiférante », c'est-à-dire « *susceptible d'être reprise en tout ou partie dans une loi* »¹⁰³⁹, ne ressortait toutefois que d'une pratique non contraignante de « dialogue » entre le gouvernement et les partenaires sociaux, ce dialogue pouvant au demeurant prendre différentes formes selon le degré d'association de ces derniers à la prise de décision¹⁰⁴⁰. La volonté affichée par les partenaires sociaux à l'aube des années 2000 d'une plus grande autonomie dans leurs rapports avec l'Etat, associée à d'autres facteurs (A), va conduire à une institutionnalisation de la fonction pré-législative de l'ANI par la loi du 31 janvier 2007 (B).

¹⁰³⁷V. Christophe RADÉ, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284.

¹⁰³⁸Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21.

¹⁰³⁹Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », *RDJ* 2013, p.156.

¹⁰⁴⁰V. étude 131 supra.

A. Les facteurs d'une institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi

149. Le mouvement de contractualisation du droit du travail entrepris à la fin des années 1960 à l'initiative des pouvoirs publics va connaître une forme de paroxysme à l'aube des années 2000 sous la pression des partenaires sociaux eux-mêmes qui n'hésiteront pas à revendiquer une véritable autonomie de la négociation collective dans l'élaboration des réformes (1). Influencées par le droit communautaire (2), des recommandations vont dès lors être formulées pour clarifier le rôle de la négociation interprofessionnelle au sein du processus législatif (3).

1- La revendication d'une autonomie collective

150. Genèse. Certains auteurs voient dans la dernière phrase du préambule de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives¹⁰⁴¹, « *l'acte de naissance de la dynamique qui aboutira à l'article L. 1 du Code du travail* »¹⁰⁴² : « *Le dispositif ainsi mis en place traduit la volonté des parties signataires de renforcer le dialogue social et la pratique contractuelle et de se réappropriier la conduite de la politique sociale en*

¹⁰⁴¹V. supra note n°217. Cet accord avait un double objet : d'une part, il s'agissait de favoriser la négociation collective dans les petites entreprises ne disposant pas de représentation syndicale ; d'autre part, il visait à revoir « *les articulations entre les trois niveaux de négociation en clarifiant notamment la place et le rôle de chacun et en les inscrivant dans une dynamique d'ensemble.* » (Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives, Préambule, 1^{er} § ; V. Gabriel COIN, « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p.3 ; Maurice COHEN, « La réduction "négociée" des avantages des salariés », *Dr. soc.* 1996, p.18). Sur le premier point, la loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective (JORF, 13 nov. 1996, p.16527) avait introduit les modifications législatives nécessaires à l'application des orientations de l'accord en autorisant, par accord de branche, la négociation d'accords collectifs avec les représentants du personnel élus ou des salariés mandatés dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux (V. notamment Marie-Cécile AMAUGER-LATTES et Isabelle DESBARATS, « Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p.365). Ces dispositions étaient expérimentales pour une durée de trois ans, donnant l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le système de l'expérimentation (V. supra note n°971). Le second volet de l'accord, qui exigeait lui aussi des modifications législatives, n'avait pas été repris par la loi du 12 novembre 1996 mais il préfigurait les orientations de la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective en matière d'articulation des niveaux de négociation, ainsi que les dispositions de la loi du 4 mai 2004 (V. Marie-Laure MORIN, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p.11 ; Serge FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p.617 ; Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579).

¹⁰⁴²Jean-Emmanuel RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p.496.

faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur »¹⁰⁴³. Cet objectif « ambitieux » de réappropriation de la conduite de la politique sociale visait en effet à relancer la politique contractuelle et à renouer en cela « avec l'esprit qui avait animé les partenaires sociaux à la fin des années soixante »¹⁰⁴⁴. Au-delà, le vieux débat sur la place du droit négocié par rapport au droit légiféré refaisait ainsi surface, renvoyant à la question subséquente de l'autonomie collective des partenaires sociaux¹⁰⁴⁵.

151. Refondation sociale. Ces discussions allaient rebondir avec une acuité toute particulière à l'aube des années 2000, dans le cadre du projet de « refondation sociale » prôné par le MEDEF qui venait de succéder au CNPF¹⁰⁴⁶. Ambitionnant d'élaborer une « nouvelle constitution sociale » pour la France, la « nouvelle » organisation patronale souhaite reconsidérer les modalités de gestion des questions sociales et de protection sociale en remettant à plat les relations entre le gouvernement et les partenaires sociaux¹⁰⁴⁷. L'objectif affiché est de « refonder » en profondeur le système de relations sociales en tendant à une « *plus grande autonomie du champ du dialogue social et de la négociation collective* »¹⁰⁴⁸. Pour cela, le rôle normatif de l'Etat et des partenaires sociaux - ou autrement dit la place de la loi et du contrat dans l'élaboration des réformes - doit être repensé afin de libérer le champ de la négociation collective et de reconnaître « *la place des partenaires sociaux parmi les sources du droit*

¹⁰⁴³ANI 31 oct. 1995, Préambule, 2^{ème} §.

¹⁰⁴⁴Marie-Laure MORIN, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p.11. V. également : Gabriel COIN, « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p.3.

¹⁰⁴⁵V. étude 83 supra.

¹⁰⁴⁶L'ancien Conseil national du patronat français est devenu le Mouvement des entreprises de France lors de son assemblée générale du 27 octobre 1998. Transformée en « Mouvement », l'organisation patronale faitière affiche désormais sa volonté de représenter les entreprises et les entrepreneurs et non plus uniquement le « patronat ». Elle a également étendu son périmètre d'intervention statutaire à tous les sujets de société - et non plus uniquement aux seules questions économiques et sociales - dans l'objectif de réimposer la voix de l'entreprise au sein du débat public (V. Michel OFFERLÉ, « Le MEDEF », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, pp.1122-1126).

¹⁰⁴⁷L'application imposée de la réduction du temps de travail avait entraîné la démission du Président du CNPF, Jean Gandois, qui avait déclaré : « *Nous avons été bernés* », à l'issue de la rencontre entre les partenaires sociaux et le Gouvernement de Lionel Jospin le 10 octobre 1997. Tout en refondant l'organisation, la nouvelle équipe dirigeante du MEDEF (Ernest-Antoine Seillière est élu Président) adopte une nouvelle approche « doctrinale », portée par le Vice-président délégué Denis Kessler, consistant à éluder la lutte des classes et à promouvoir la société civile (entreprises et partenaires sociaux) contre l'Etat (V. Michel OFFERLÉ, *op. cit.*, p.1124). Un programme est lancé le 30 novembre 1999 dans une déclaration unanime du conseil exécutif du MEDEF qui entend concevoir « la nouvelle constitution sociale de la France ». Le 18 janvier 2000, l'assemblée générale adopte sept résolutions constituant le programme de la « refondation sociale » (le terme de « constitution » étant jugé trop politique est remplacé par celui de « refondation ») qui visent à demander une révision du passage aux 35 heures imposé, une réforme en profondeur du système de protection sociale et une refondation complète du système de relations sociales (V. Gérard ADAM, « La refondation sociale aux prises avec le réel », *Dr. soc.* 2001, p.3 ; Gérard LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.* 2001, p.1).

¹⁰⁴⁸Ernest-Antoine SEILLIÈRE, Déclaration du 18 janv. 2000 (<http://www.medef.fr>, le 20 janvier 2000).

social »¹⁰⁴⁹. Elle recueille sur ce point l'assentiment des organisations syndicales - qui jugent notamment excessive l'ingérence de l'Etat dans les institutions de protection sociale¹⁰⁵⁰ - et un vaste chantier de négociations interprofessionnelles est lancé le 3 février 2000¹⁰⁵¹. Tirant « *les leçons de la bataille sur l'assurance chômage* »¹⁰⁵², les partenaires sociaux adoptent le 16 juillet 2001 une « Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation

¹⁰⁴⁹Alain SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

¹⁰⁵⁰Le Gouvernement avait tenté d'imposer un prélèvement sur les institutions de protection sociale pour financer les 35 heures et envisageait également de ne pas prendre en charge le remboursement d'un emprunt souscrit antérieurement par l'UNEDIC sur lequel il s'était engagé, entraînant par là-même la constitution d'un bloc de protestation unanime syndicats-patronat (V. Gérard ADAM, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », *Dr. soc.* 2003, p.44).

¹⁰⁵¹Le lancement a lieu au Conseil économique et social. Huit chantiers de négociation avaient été retenus par les partenaires sociaux : voies et moyens d'approfondissement de la négociation collective, assurance chômage, santé au travail, retraites complémentaires, formation professionnelle, protection sociale, égalité professionnelle, place de l'encadrement (Pour un bilan des différents chantiers : Gérard ADAM, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », *Dr. soc.* 2003, p.44).

¹⁰⁵²Alain SUPLOT, *op. cit.*. Le MEDEF avait entendu faire de la négociation sur l'assurance chômage le fer de lance de son combat pour la refondation. Par ailleurs, la convention UNEDIC était arrivée à expiration fin 1999 et le chantier était donc à traiter prioritairement. Pour l'organisation patronale, le versement des allocations de chômage devait être lié à des efforts de retour à l'emploi dans le cadre d'un projet défini contractuellement entre le chômeur indemnisé et l'assurance chômage, qui voyait ainsi ses missions modifiées. L'agrément de la nouvelle « *convention relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage* », conclue le 29 juin 2000 malgré l'hostilité syndicale, avait été refusé par le Gouvernement qui, bien que partageant la philosophie texte, avait jugé certaines clauses non conformes à la législation en vigueur en ce qu'elles prévoyaient la participation du régime d'assurance chômage au financement d'aides au retour à l'emploi et remettaient en question le partage des compétences entre les ASSEDIC et l'ANPE (V. XXX, « La crise de l'assurance chômage », *Dr. soc.* 2000, p.823 ; Gérard LYON-CAEN, « Un agrément, des désagréments », *Dr. soc.* 2001, p.377). Au-delà des questions techniques, cette crise reposait donc à nouveau la question de la répartition des compétences entre l'Etat et les partenaires sociaux. Une nouvelle convention entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2001, après un accord trouvé avec le Gouvernement, définissant « *un nouveau dispositif national interprofessionnel d'assurance chômage destiné à assurer un revenu de remplacement pendant une durée déterminée aux salariés involontairement privés d'emploi et favoriser leur retour à l'emploi* » (Conv. du 1^{er} janv. 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, art. 1^{er}). Cette convention, expurgée des dispositions illégales, sera agréée (V. Xavier PRÉTOT, « De la convention du 1^{er} janvier 2001 et de son agrément par la puissance publique », *Dr. soc.* 2001, p.364) puis la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (JORF 18 juil. 2001, p.11496) viendra apporter les modifications souhaitées par les partenaires sociaux (qui seront ensuite mises en œuvre conventionnellement). Sur la fusion ultérieure ANPE/ASSEDIC au sein de Pôle emploi : V. supra note n°750.

collective »¹⁰⁵³. Inaugurant le concept de « position commune »¹⁰⁵⁴, ce document pourrait de prime abord apparaître « *d'une modestie touchante* »¹⁰⁵⁵ en ce que ses signataires s'affirment dès le premier paragraphe « *respectueux des prérogatives du législateur et de l'ordre public social* »¹⁰⁵⁶. Il véhicule pourtant « *une profonde remise en cause de l'autonomie du législateur à l'égard de la négociation collective* »¹⁰⁵⁷. Les partenaires sociaux signataires revendiquent en effet un partage des compétences avec l'Etat distinguant le domaine du législateur, un domaine partagé et leur domaine propre¹⁰⁵⁸. Au-delà de ce partage de compétences, les signataires souhaitent également que « *les interlocuteurs sociaux puissent au niveau national et interprofessionnel prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence* »¹⁰⁵⁹. Sur un plan pratique, le texte envisage pour cela que les interlocuteurs sociaux soient officiellement saisis préalablement à toute initiative législative dans le domaine social, aux fins de se prononcer sur l'opportunité de cette initiative. À l'issue de cette consultation, si l'initiative était maintenue, la faculté devrait leur être ouverte de traiter

¹⁰⁵³V. « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p.92 (supra note n°217).

¹⁰⁵⁴Catégorie juridique ignorée du droit français, l'expression est empruntée au droit européen au sein duquel elle désigne l'instrument le moins contraignant mis au service de la coopération intergouvernementale (V. Michèle BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.* 2001, p. 411 et spéc. p.416). Comme le soulignait le Rapporteur Jean Chérioux, « *la Position commune ne constitue pas stricto sensu un accord. Il s'agit plutôt d'un relevé de conclusions, voire d'une adresse au législateur et au Gouvernement* » (Jean CHERIOUX, Rapport n°179 (2003-2004) fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 28 janvier 2004, sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social). V. également Antoine MAZEAUD « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 » *Dr. soc.* 2003, p.361 : « *Cette Position commune peut se comprendre comme une adresse au législateur, en forme de manifeste. Ce n'est pas un accord, ni peut-on dire un texte à valeur juridique, comme le montrent certaines maladresses de rédaction* ». Le recours à l'adoption de positions communes plutôt qu'à la signature de véritables ANI pour préparer la loi sera utilisé ultérieurement, y compris après l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007 (V. notamment la position commune du 9 avril 2008 prise préalablement à l'adoption de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, en application de la procédure de l'article L. 1 du Code du travail ; supra note n°251).

¹⁰⁵⁵Gérard LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p.355.

¹⁰⁵⁶Position commune du 16 juillet 2001, Préambule, 1^{er} §.

¹⁰⁵⁷Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouv.* 2002, p.423 et spéc. p.428.

¹⁰⁵⁸Les signataires laissent au législateur la détermination des principes généraux du droit du travail, en application de l'article 34 de la Constitution, tels que la garantie des traités internationaux, les durées maximales du travail, l'exercice de la liberté syndicale ou du droit de grève, ces principes généraux se voyant conférer une valeur d'ordre public social. Vient ensuite un domaine partagé entre le législatif et le réglementaire, d'une part et les interlocuteurs sociaux d'autre part : les modalités d'application des principes généraux seraient négociées, au niveau approprié, par les interlocuteurs sociaux. Pour être valides, les accords conclus dans ce domaine partagé devraient l'être sans que ne s'y oppose la majorité des organisations syndicales représentatives. Une loi ou un règlement de substitution devrait être adopté en cas d'échec des négociations, sans pourtant faire obstacle à l'application de dispositions conventionnelles. Enfin, un domaine particulier propre aux interlocuteurs sociaux leur laisserait un champ autonome pour l'amélioration des dispositions d'ordre public social relatif et la création de droits nouveaux (Position commune, III, 1). V. Gilles BÉLIER, « Des voies nouvelles pour la négociation collective ? », *SSL* 2001, n°1038 ; Michèle BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.* 2001, p. 411.

¹⁰⁵⁹Position commune, III, 3.

du thème par voie conventionnelle dans un délai déterminé et ce n'est qu'en cas de refus ou d'échec des négociations que l'initiative législative reprendrait son cours. À l'inverse, si la négociation aboutissait à un accord, celui-ci devrait être « *repris par le législateur dans le respect de son équilibre* »¹⁰⁶⁰. L'intervention législative serait donc non seulement soumise à un avis préalable des partenaires sociaux mais également « gelée » le temps des négociations. Par ailleurs, le législateur serait tenu par le contenu de l'accord abandonnant ainsi son rôle souverain au profit du compromis élaboré par les partenaires sociaux.

152. Engagement. Une division du pouvoir normatif du législateur au profit de l'autonomie collective des partenaires sociaux - entendue dans sa forme la plus prononcée à savoir la définition d'un domaine propre de compétence¹⁰⁶¹ - nécessitait très certainement une réforme constitutionnelle¹⁰⁶², ce qui ne semblait pas très « réaliste »¹⁰⁶³ et supposait « *un complet changement de culture et de pratiques* »¹⁰⁶⁴. En raison de ces difficultés, ces propositions ne seront pas retenues par la loi du 4 mai 2004, contrairement à la nouvelle dynamique d'articulation entre les niveaux de négociation et à la notion d'accord majoritaire contenues dans la Position commune dont le législateur s'inspirera fortement¹⁰⁶⁵. Confirmant des engagements politiques¹⁰⁶⁶, le préambule de la loi du 4 mai 2004 contiendra malgré tout l'idée d'une démarche procédurale associant les partenaires sociaux à l'élaboration de la loi comme le préconisait la Position commune : « *le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le gouvernement. Le gouvernement proposera à la commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les modalités pratiques de ce renvoi à la négociation collective*

¹⁰⁶⁰*Ibidem.*

¹⁰⁶¹V. supra note n°513.

¹⁰⁶²V. notamment Gérard ADAM, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », *Dr. soc.* 2003, p.44 ;

¹⁰⁶³Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p.87.

¹⁰⁶⁴Dominique-Jean CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006, p.22.

¹⁰⁶⁵V. notamment Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p.87 ; Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579.

¹⁰⁶⁶Dans sa déclaration de politique générale du 3 juillet 2002, le premier ministre Jean-Pierre Raffarin avait indiqué que « *les partenaires sociaux seront consultés avant toute initiative majeure de l'Etat. Ils se verront reconnaître une autonomie pour définir par voie d'accord, et dans le respect des principes fondamentaux de notre droit, les règles qui déterminent les relations du travail* » (V. Dominique-Jean CHERTIER, rapport préc., p.24).

interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux ». Cet « engagement solennel », bien que sans caractère impératif immédiat, constitue le premier jalon de l'institutionnalisation de la procédure de la loi négociée, que la loi du 31 janvier 2007 viendra consacrer.

2- L'influence du droit communautaire

153. Modèle. Comme le souligne le Professeur Michèle Bonnechère, l'intitulé même de « Position commune » traduit un certain « engouement » des partenaires sociaux pour le modèle « communautaire »¹⁰⁶⁷. Cet engouement est également présent dans la préconisation formulée par les partenaires sociaux d'institutionnaliser leur participation à l'élaboration de la norme légiférée, qui s'inspire directement de la procédure retenue au niveau européen pour l'élaboration des projets de directive¹⁰⁶⁸.

154. Dialogue social européen. Sans nous livrer à une analyse approfondie des règles encadrant le « dialogue social européen »¹⁰⁶⁹, nous rappellerons que l'Acte unique des 17 et 28 février 1986¹⁰⁷⁰ avait complété les dispositions relatives à la politique sociale du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne en indiquant : « *La Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles* »¹⁰⁷¹. Ce premier fondement juridique s'est concrétisé de manière décisive lors de la signature de l'Accord du 31 octobre 1991 par les partenaires sociaux européens¹⁰⁷². Cet accord, que l'on a pu considérer « *comme un accord légiférant ou de législation* »¹⁰⁷³ dès l'instant où les protagonistes du dialogue social s'entendaient sur le contenu des dispositions appelées à figurer

¹⁰⁶⁷Michèle BONNECHÈRE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.* 2001, p. 411 et spéc. p.416. Sur le concept de position commune emprunté au droit européen : V. supra note n°1054.

¹⁰⁶⁸V. Michèle BONNECHÈRE, *op. cit.* ; Gilles BÉLIER, « Des voies nouvelles pour la négociation collective ? », *SSL* 2001, n°1038.

¹⁰⁶⁹V. Mathieu HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007.

¹⁰⁷⁰Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à La Haye le 28 février 1986, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

¹⁰⁷¹Art. 118 B, anc.

¹⁰⁷²Accord du 31 octobre 1991 signé au château de Val Duchesse, près de Bruxelles, entre la Confédération européenne des syndicats (CES) et les organisations d'employeurs : l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE, devenue depuis « Business Europe ») et le Centre européen des entreprises publiques (CEEP, devenu depuis SGI Europe, représentant des entreprises publiques et des entreprises qui offrent des services d'intérêt économique généraux, publiques ou privés).

¹⁰⁷³Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p.352.

dans la nouvelle version du traité de Rome alors en cours de négociation, sera à la base des processus décisionnels en matière sociale au niveau européen. Ses prescriptions seront reprises dans un protocole du 7 février 1992 annexé au Traité de Maastricht¹⁰⁷⁴ avant de devenir, avec le Traité d'Amsterdam, partie intégrante du Traité de l'Union européenne¹⁰⁷⁵. Depuis le traité de Lisbonne, ces dispositions sont inscrites aux articles 154 et 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰⁷⁶. En vertu de ces textes, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, la Commission européenne consulte dans un premier temps les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union puis, dans un second temps, sur le contenu de la proposition envisagée. A l'occasion de ces consultations, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager des négociations susceptibles de conduire à la conclusion d'un accord collectif. La Commission doit alors suspendre la procédure législative, le temps des négociations¹⁰⁷⁷. Si un accord est conclu¹⁰⁷⁸, celui-ci sera mis en œuvre soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières entrant dans la compétence

¹⁰⁷⁴Le traité instituant l'Union européenne dit Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, était accompagné de plusieurs protocoles dont celui sur la politique sociale auquel avait été annexé un Accord européen sur la politique sociale, signé par onze états membres mais rejeté par le Royaume-Uni, qui reprenait le contenu de l'accord de 1991 (V. Gérard LYON-CAEN, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.* 1993, p.149 ; Marie-Ange MOREAU, « Tendances du droit social communautaire - Ombres et brouillard à Maastricht », *Dr. soc.* 1994, p.80 ; Bernard TEYSSIE, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *JCP E* 1994, 352).

¹⁰⁷⁵Le ralliement du Royaume-Uni à l'Accord européen sur la politique sociale, lors du Sommet d'Amsterdam en 1997, allait permettre son incorporation au Traité de la Communauté européenne (V. Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDEur.* 2002, p.653).

¹⁰⁷⁶Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a remplacé le Traité instituant la Communauté européenne (TCE) - qui s'était substitué au traité de Rome de 1957 lors de la signature du Traité de l'Union européenne en 1992 - par le TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

¹⁰⁷⁷La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission (TFUE, art. 154, 4^{ème} §). A défaut d'accord conclu dans ce délai, la procédure d'élaboration d'une norme légale par la Commission reprend.

¹⁰⁷⁸Cet accord peut avoir un caractère interprofessionnel ou ne concerner qu'une branche d'activité (V. Bernard TEYSSIE, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *JCP E* 1994, 352), le choix des parties contractuelles s'opérant sur la base d'un double système de représentativité dite « institutionnelle » et par « reconnaissance mutuelle » (Une représentativité au niveau communautaire est exigée lors de la phase de consultation selon des critères définis par la Commission. Cette représentativité ne confère pas un droit à négocier. Lors de la phase de négociation, les parties se déterminent selon un procédé de reconnaissance mutuelle ; V. Marie-Ange MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p.53 ; Jean-Philippe LHERNOULD, « La négociation collective communautaire - Petit manuel de la diversité », *Dr. soc.* 2008, p.34).

communautaire et à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission¹⁰⁷⁹.

Cette procédure permet donc « *qu'en matière sociale les partenaires sociaux puissent s'inviter à la place du Parlement dans le processus d'élaboration des directives* »¹⁰⁸⁰. Elle organise en effet « *un mode conventionnel d'élaboration des normes sociales communautaires et relègue le processus législatif traditionnel à un rang subsidiaire* »¹⁰⁸¹. Cette faculté, ouverte par l'Accord européen sur la politique sociale et désormais inscrite dans le TFUE, de « *substituer au processus institutionnel classique le dialogue social* »¹⁰⁸² consacrerait ainsi la subsidiarité entre la loi et la convention collective dans l'élaboration du droit communautaire¹⁰⁸³. Son influence sur le système français paraît d'autant plus évidente¹⁰⁸⁴ que les « *accords légiférants consacrés par le traité de Maastricht sont de facture typiquement française* »¹⁰⁸⁵. Aucun autre grand pays européen n'offrait en effet le modèle d'une négociation nationale interprofessionnelle associée à l'œuvre législative et ce serait donc « *d'une certaine manière notre propre image que le droit communautaire nous renvoie* »¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁷⁹TFUE, art. 155, 2^{ème} §. Dans le cadre d'une mise en œuvre institutionnelle de l'accord, la transposition prend généralement la forme d'une directive mais celle-ci peut également intervenir par le biais d'un règlement ou d'une décision du Conseil. Le parlement européen est simplement tenu informé. Par ailleurs, et malgré le silence du Traité sur ce point, la Commission et le Conseil s'estiment liés par le contenu de l'accord, excluant que ce dernier subisse des modifications substantielles lors de la transposition. En pratique, le Conseil, sur proposition de la Commission, transcrit l'accord par une directive, le texte de l'accord figurant en annexe de cette dernière (V. notamment Daniel GADBIN, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *RTDEur.* 2000, p.1 ; Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p.574 ; Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDEur.* 2002, p.653 ; Emmanuelle MAZUYER, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p.476).

¹⁰⁸⁰Alain SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59.

¹⁰⁸¹Christophe VIGNEAU, *op. cit.*

¹⁰⁸²Philippe LANGLOIS, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p.201.

¹⁰⁸³V. Philippe LANGLOIS, *op. cit.* ; Gérard LYON-CAEN, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 1997, p.382 ; Jean-Emmanuel RAY, « À propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. soc.* 1999, p.459. Nous précisons toutefois qu'une controverse doctrinale existe sur l'utilisation de la notion de « subsidiarité » pour qualifier la question des rapports entre la norme communautaire « légiférée » et la norme conventionnelle. Certains auteurs, contrairement à d'autres, préfèrent voir dans le dialogue social européen l'expression de la « liberté contractuelle » ou de l'« autonomie de la volonté », plutôt qu'une déclinaison du principe de subsidiarité que le Traité de Rome réserverait à la seule question des rapports institutionnels entre l'Union et les états membres (V. outre les articles précités, Mathieu HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007, pp.27-28).

¹⁰⁸⁴V. notamment Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. soc.* 2007, p.459 ; Jean-Marc SAUVÉ, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p.489 ; Jean-Emmanuel RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p.496.

¹⁰⁸⁵Alain SUPLOT, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶*Ibidem*.

3- Les recommandations nationales

155. Rapports. Commandé par le ministre du travail quelques temps après la conclusion de l'ANI du 31 Octobre 1995 et l'adoption de la loi « expérimentale » du 12 novembre 1996¹⁰⁸⁷, le Rapport Robineau avait livré une étude relative à la question des rapports entre la loi et la négociation collective en France en 1997¹⁰⁸⁸. Appelant une clarification des rôles respectifs des pouvoirs publics et des partenaires sociaux, cette étude concluait à la nécessité d'associer les partenaires sociaux à l'initiative des lois selon des procédures renouvelées¹⁰⁸⁹. Dans la même veine, la commission de Virville proposait en 2004 d'aller au-delà de la déclaration d'intention finalement formulée dans le Préambule de la loi du 4 mai en organisant « *à travers un pacte clair, la collaboration entre le législateur et les partenaires sociaux* »¹⁰⁹⁰. Mais c'est finalement à l'occasion de la crise sociale provoquée par l'adoption de la loi instaurant le dispositif de « Contrat de Première embauche » que les engagements pris

¹⁰⁸⁷V. notamment supra note n°1041.

¹⁰⁸⁸Yves ROBINEAU, « *Loi et négociation collective : rapport au ministre du travail et des affaires sociales* », mars 1997.

¹⁰⁸⁹Yves Robineau suggérait de définir une procédure d'association /concertation des partenaires sociaux dans l'élaboration de la loi et, au-delà, d'instaurer des rendez-vous périodiques entre ces derniers et le Parlement déconnectés de la discussion d'un projet de loi (V. rapport préc. pp. 35-36). Les entretiens menés par le Rapporteur révélaient qu'il n'y avait de la part du législateur, aucune réticence de principe à être saisi d'un projet de loi dont l'adoption en Conseil des ministres est directement consécutive à la conclusion d'un accord collectif et que la clarification des rôles respectifs de chacun, dans le respect des principes constitutionnels, serait au contraire une des conditions de la vitalité de la négociation interprofessionnelle nationale.

¹⁰⁹⁰Michel DE VIRVILLE, « *Pour un code du travail plus efficace* », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, proposition n°43, pp.65-68. La proposition comprend trois étapes successives : en premier lieu, le Parlement se verrait soumettre, par le ministre du travail, un « pacte de négociation » fixant les conditions dans lesquelles la négociation collective serait appelée à se saisir de tel ou tel domaine déterminé de droit du travail. Ce « pacte » indiquerait les règles intangibles devant garder leur caractère impératif et celles qui pourraient être réexaminées par la négociation collective. En second lieu et dans le cadre ainsi défini, les partenaires sociaux pourraient ouvrir des négociations, d'abord au niveau interprofessionnel, pour fixer les règles communes applicables à l'ensemble des branches, et pour préciser comment ces dispositions générales seraient susceptibles d'être remplacées, complétées ou amendées par la négociation de branche ou d'entreprise. Enfin, un projet de loi reprenant le « pacte de négociation » initialement présenté au Parlement et les règles définies par l'accord interprofessionnel pourrait alors être soumis au Parlement. La commission souligne que la négociation collective se verrait ainsi ouvrir « *dans le respect des principes posés par la Constitution, un champ beaucoup plus large, s'étendant notamment aux domaines où prévalent aujourd'hui essentiellement des dispositions législatives, sans que ne soit bouleversé l'équilibre entre les différentes sources du droit du travail* » et que ce processus peut s'appliquer « *aussi bien lorsque l'initiative de la négociation est le fait des partenaires sociaux eux-mêmes que lorsque c'est le Gouvernement qui appelle ceux-ci à se saisir d'un sujet jugé politiquement prioritaire* ». Pour une analyse du rapport : Antoine JEAMMAUD et Hélène MASSE-DESSEN, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », *SSL* 2006, n° 1257.

par le Gouvernement vont lui être fermement rappelés¹⁰⁹¹ et que les recommandations concomitantes du Rapport Chertier vont servir de base à une future intervention législative¹⁰⁹².

156. Formalisation du dialogue social. Après avoir dressé un état des lieux du « dialogue social » en France, que l’auteur définit comme l’ « *association des partenaires sociaux à la prise de décision* »¹⁰⁹³, et des multiples formes qu’il revêt¹⁰⁹⁴, Dominique-Jean Chertier constate l’absence de cadre formalisé de celui-ci dans le système traditionnel français¹⁰⁹⁵, contrairement aux procédures mises en place au niveau européen. Se refusant à « *opérer une répartition rigide des domaines de compétence entre le Gouvernement, le Parlement et les interlocuteurs sociaux* »¹⁰⁹⁶, le Rapport suggère de répartir les temps de

¹⁰⁹¹ Annoncé par le Premier ministre, Dominique de Villepin, le 16 janvier 2006, le contrat première embauche (CPE) créé par l’article 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l’égalité des chances (JORF 2 avr. 2006) prévoyait des dispositions particulières pour l’embauche à durée indéterminée d’un jeune âgé de moins de vingt-six ans excluant notamment les règles protectrices du licenciement pendant les deux premières années de contrat. Un vaste mouvement de contestations sociales, émanant du monde étudiant qui fustigeait la précarité instaurée par cette mesure pour la jeunesse et des organisations syndicales qui n’avaient pas été concertées, conduisit le Gouvernement à abroger le dispositif par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l’accès des jeunes à la vie active en entreprise (JORF 22 avr. 2006). V. notamment Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective et CPE : le jour d’après », *Dr. soc.* 2006, p.650.

¹⁰⁹² La lettre de mission adressée par Dominique de Villepin à Dominique-Jean Chertier, ancien conseiller social de Jean-Pierre Raffarin, est datée du 10 janvier 2006 (V. Dominique-Jean CHERTIER, « *Pour une modernisation du dialogue social* », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006, Annexe 1).

¹⁰⁹³ Dominique-Jean CHERTIER, rapport préc., p.16.

¹⁰⁹⁴ Le Rapporteur distingue plusieurs modes d’association des partenaires sociaux à la prise de décision publique allant de la simple information préalable sur les orientations et décisions gouvernementales jusqu’à la négociation de la décision (en passant par la consultation et la concertation ; V. étude 131 supra). « *Négociation collective, concertation, consultation et information* » seraient ainsi les parties intégrantes d’un « *dialogue social* », qui constituerait une « *catégorie juridique générique* » regroupant ces différentes procédures et visant à « *impliquer les partenaires sociaux dans l’élaboration de la décision publique* » (Nicole MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.* 2007, p.798). Soulignant à son tour le caractère polysémique de la notion, le Conseil économique et social indiquera dans son avis du 29 novembre 2006 : « *La notion de "dialogue social" est aujourd’hui couramment utilisée mais rarement définie avec précision, les différents acteurs pouvant dès lors lui donner des significations éminemment variables : dans la mesure où elle ne désigne, a priori, ni une forme identifiée, ni un niveau précis (information, consultation, concertation, négociation), chacun peut y mettre le contenu qu’il souhaite, avec les questions de méthode et tous les risques de malentendus que cela induit quant au degré d’implication des interlocuteurs dans la décision. Pour sa part, l’Organisation internationale du travail (OIT) définit le dialogue social comme incluant tous les types de négociation, de consultation ou simplement d’échange d’informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions présentant un intérêt commun relatives à la politique économique et sociale* » (CES, avis du 29 novembre 2006, « *Consolider le dialogue social* », présenté par Paul Aurelli et Jean Gautier, p.5).

¹⁰⁹⁵ L’auteur souligne que l’absence de procédure formelle tient à une volonté de ne pas contraindre excessivement le Gouvernement et aux hésitations à restreindre le rôle du Parlement qui ont pu être soulevées à plusieurs reprises lors de la « ratification » d’ANI conclus par les partenaires sociaux (V. supra). Nous rappelons à ce propos que dans sa décision du 10 juin 1998, le Conseil Constitutionnel avait jugé qu’aucune règle de valeur constitutionnelle n’oblige le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d’un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d’une négociation entre les partenaires sociaux (V. supra note n°956).

¹⁰⁹⁶ Marie-Armelle SOURIAU et Philippe LANGLOIS, « Que penser du rapport Chertier ? », *RDT* 2006, p.216.

délibération dans l'élaboration des normes¹⁰⁹⁷. Il propose pour cela de construire en amont un agenda partagé de réformes connu de tous les acteurs, puis régulièrement repensé et actualisé et de prévoir, pour la conduite de celles-ci, un temps réservé à la concertation, voire à la négociation lorsque la réforme concerne le droit du travail¹⁰⁹⁸. Il invite ainsi à une « *démarche résolument procédurale* »¹⁰⁹⁹, plutôt qu'à la définition de champs matériellement réservés aux partenaires sociaux ou au législateur comme avaient pu le souhaiter d'autres contributions ou les intéressés eux-mêmes dans la position commune du 16 juillet 2001¹¹⁰⁰.

Ces propositions très précises vont être reprises dans une première version de projet loi datant de septembre 2006 mais dont la rédaction « *affecte directement la procédure législative et pose donc d'évidentes questions constitutionnelles* »¹¹⁰¹. Ce constat de l'utilité du dialogue social et les recommandations formulées pour le « moderniser » vont toutefois constituer l'ossature du texte définitif adopté lors du vote de la loi du 31 janvier 2007.

¹⁰⁹⁷Le Rapporteur souligne : « *La question du domaine réservé aux partenaires sociaux n'est donc pas tant une question juridique qu'une question pratique de juxtaposition des temps de la délibération sociale et de la délibération parlementaire.* » (Rapport préc., p.56).

¹⁰⁹⁸V. Rapport préc., pp. 56-61. Pour une analyse détaillée des différentes propositions : Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois - À propos du rapport Chertier », *Dr. soc.* 2006, p.981.

¹⁰⁹⁹Marie-Armelle SOURIAU, *op. cit.*

¹¹⁰⁰V. supra note n°1058. Derrière cette formalisation procédurale, la souveraineté du législateur est malgré tout questionnée car le rapport préconise que pendant toute la période dédiée à la négociation ni le gouvernement ni les parlementaires ne puissent prendre d'initiatives ou adopter d'amendements en rapport avec le thème négocié. Par ailleurs, en cas de succès des négociations matérialisé par la conclusion d'un ANI, le législateur aurait certes le dernier mot en choisissant ou non de donner une suite à celui-ci mais il ne pourrait alors que le refuser ou l'accepter en bloc afin de ne pas dénaturer l'équilibre trouvé lors des négociations (le risque d'une modification de l'équilibre de l'accord au cours des débats parlementaires ne favorisant pas la propension des organisations à conclure des accords, ni à endosser des responsabilités vis-à-vis de leurs mandants). Le rapport indique que plusieurs voies sont envisageables à cette fin : « *La solution maximaliste consisterait à procéder à une révision constitutionnelle créant une forme de loi de ratification des accords interprofessionnels comme il existe des lois de ratification des accords internationaux. Mais la solution la plus équilibrée et la plus prometteuse consisterait à proposer au Parlement le vote d'une loi d'habilitation permettant au gouvernement de transcrire par voie d'ordonnance l'accord des partenaires sociaux. Cette solution aurait plusieurs avantages : elle permettrait de préserver le rôle du Parlement qui pourrait ne pas voter cette loi s'il s'opposait à l'accord, elle favoriserait des processus de transposition relativement rapides, elle ne placerait pas les parlementaires en porte-à-faux pour voter des dispositions qu'ils ne peuvent modifier et enfin elle favoriserait le tri à opérer par le gouvernement entre dispositions selon leur nature législative ou réglementaire* ». Le Rapporteur souligne que « *le recours aux ordonnances est d'ailleurs de plus en plus fréquent pour la transposition des directives communautaires qui placent les parlementaires dans une position relativement semblable* » (Dominique-Jean CHERTIER, rapport préc., p.63).

¹¹⁰¹Jean-Denis COMBREXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », *Dr. soc.* 2010, p.504.

B. La consécration de la négociation nationale interprofessionnelle « légiférante »

157. Fruit d'une pratique, l'association des partenaires sociaux à l'élaboration des réformes va faire l'objet d'une institutionnalisation préservant la répartition des compétences au sein du processus législatif (1). Respectueuse des prérogatives de chacun, la rationalisation des rapports entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux opérée par la loi du 31 janvier 2007 nécessite toutefois un consensus permettant de garantir la portée du dispositif (2).

1- Le choix d'une méthode d'institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi

158. Démarche procédurale. A l'instar du Rapport Chertier, la loi de « *modernisation du dialogue social* » du 31 janvier 2007¹¹⁰², dite « loi Larcher »¹¹⁰³, ne propose pas une répartition par matières des domaines de compétence du législateur et des partenaires sociaux - qui nécessiterait une réforme plus fondamentale passant par une révision d'ampleur de la Constitution¹¹⁰⁴ - mais lui préfère une démarche procédurale « *organisant une répartition des temps et des rôles dans le processus de confection de la loi* »¹¹⁰⁵. La loi du 31 janvier 2007 serait donc une loi d'« *organisation procédurale de l'exercice des compétences* », le choix de cette voie de « *rationalisation des rapports entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux* » n'obligeant « *en rien à définir des domaines réservés aux uns et aux autres* »¹¹⁰⁶.

¹¹⁰²JORF 1^{er} fév. 2007, p.1944 (V. supra note n°251).

¹¹⁰³Gérard Larcher est alors ministre du travail et joue un rôle « *d'accoucheur de la réforme* » soulignant que cette dernière est d'abord « *voulue et portée par l'Etat* », même si les partenaires sociaux vont être régulièrement consultés et associés tout au long de son élaboration afin que cette loi soit elle-même « *exemplaire de la méthode qu'elle prône* » (Jean-Denis COMBEXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », *Dr. soc.* 2010, p.504).

¹¹⁰⁴Les articles 34 et 37 de la Constitution organisent la répartition des compétences entre la loi et le règlement mais n'ont jamais été conçus pour organiser la distribution des compétences entre les pouvoirs publics et les interlocuteurs sociaux (V. en ce sens Antoine LYON-CAEN, « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (dir.), *Syndicats et droit du travail*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p.68).

¹¹⁰⁵Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », *RDT* 2013, p.156.

¹¹⁰⁶Antoine LYON-CAEN, *op. cit.*

159. Nature du dispositif. Si la « *fragmentation du pouvoir législatif* »¹¹⁰⁷, jugée non conforme à notre tradition française de démocratie sociale¹¹⁰⁸, semble ainsi évitée, la méthode retenue pour préciser le rôle de la négociation interprofessionnelle dans la préparation des réformes législatives ne manque pas toutefois de soulever certaines interrogations. La loi de modernisation du dialogue social - dont l'intitulé ne traduirait pas au demeurant l'innovation que représente cette réforme¹¹⁰⁹ - réorganiserait en effet « *elle-même et de façon substantielle ses conditions d'élaboration* »¹¹¹⁰. En choisissant de faire précéder les projets de textes législatifs d'une concertation, voire d'une négociation, la loi fixerait ainsi elle-même ses propres conditions d'élaboration¹¹¹¹. Or, il revient au pouvoir constituant de fixer les étapes de la production législative et non au législateur lui-même¹¹¹². Soulignant la difficulté à l'occasion des entretiens du Conseil d'Etat en droit social du 5 février 2010, le Vice-Président Jean-Marc Sauvé qualifiera le mécanisme juridique créé par la loi du 31 janvier 2007 de « *pré-constitutionnel* », même si de l'aveu de l'auteur lui-même le terme est « *sans doute impropre* »¹¹¹³. Le fait pour une loi de prévoir une procédure préalable à l'adoption de lois à venir questionne en effet la nature même du dispositif¹¹¹⁴. Comme le précise l'auteur, s'il s'agit d'un dispositif contraignant, il est alors « *de nature constitutionnelle et pouvait difficilement figurer dans des dispositions de nature législative ordinaire* », si il est purement incitatif ou

¹¹⁰⁷Alain SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525.

¹¹⁰⁸V. étude 152 supra. Comme le rappelle le Professeur Supiot, dans la tradition française, la démocratie politique englobe la démocratie sociale, c'est-à-dire lui garantit une « *sphère d'autonomie* » mais sans que la représentation politique perde « *le pouvoir du dernier mot* » (Alain SUPIOT, *op. cit.*). V. également Éric AUBRY, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010, p.517 ; Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p.519.

¹¹⁰⁹V. Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. soc.* 2007, p.459. L'auteur indique il s'agit plutôt « *d'une modernisation de la fabrication du droit du travail que d'une modernisation du dialogue social* ».

¹¹¹⁰Valérie BERNAUD, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », *Dr. soc.* 2007, p.174.

¹¹¹¹Cette question était éludée dans le Préambule de la loi du 4 mai 2004 qui proposait d'adopter non pas une loi mais une simple « *charte de méthode* » pour fixer les modalités pratiques de renvoi à la négociation collective interprofessionnelle (V. étude 152 supra).

¹¹¹²Le risque d'une atteinte au pouvoir d'initiative législative du Gouvernement ou du Parlement, que l'article 39 de la Constitution n'assortit d'aucune condition préalable (V. supra note n°907), ayant par ailleurs été évoqué (V. Valérie BERNAUD, *op. cit.* ; Jean-François CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117).

¹¹¹³Jean-Marc SAUVÉ, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p.489.

¹¹¹⁴Les projets d'actes réglementaires sont également visés par la procédure instaurée par la loi du 31 janvier 2007 (V. Valérie BERNAUD, *op. cit.* ; Jean-François CESARO, *op. cit.*) mais ils semblent de prime abord soulever moins de difficultés puisque les conditions requises pour leur édicton relèvent de la loi et non de la Constitution. Toutefois, le Conseil Constitutionnel n'accepte pas que l'application de la loi nouvelle soit subordonnée à la conclusion obligatoire d'un accord passé entre le Premier ministre et les organisations syndicales, ce qui aurait pour effet d'occulter le pouvoir d'exécution des lois attribué au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution (Cons. Const., 27 juil. 1978 n°78-95 DC, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Pouvoirs* 1978, n°7, pp.179-180). Pour Valérie Bernaud, « *même si, en l'espèce, il ne semble pas s'agir à proprement parler de cette stricte hypothèse, cette jurisprudence ferait malgré tout planer un doute sur sa constitutionnalité.* » (Valérie BERNAUD, *op. cit.*).

indicatif il s'agit alors « *de dispositions sans portée normative qui n'avaient pas leur place dans une loi, comme le Conseil constitutionnel l'a rappelé par sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005* »¹¹¹⁵. Sans que cette question ne soit totalement tranchée¹¹¹⁶, le texte définitivement adopté réalise un compromis en laissant des échappatoires pour ne pas recourir à la procédure de concertation¹¹¹⁷ et sa portée contraignante résiderait « *essentiellement dans la pratique que s'imposent, ensemble, les partenaires sociaux et le Gouvernement* »¹¹¹⁸. La loi du 31 janvier 2007 semble donc, pour certains, « *relever d'un genre plutôt déclaratoire* »¹¹¹⁹, alors que, pour d'autres, elle disposerait au contraire d'une portée normative ne nécessitant pas une réforme constitutionnelle¹¹²⁰.

¹¹¹⁵Jean-Marc SAUVÉ, *op.cit.*. Dans sa décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, le Conseil Constitutionnel a censuré certaines dispositions de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école considérant celles-ci « *manifestement dépourvues de toute portée normative* » (V. note Jean-Claude ZARKA, *D.* 2005, p.1372).

¹¹¹⁶La loi Larcher du 31 janvier 2007 n'a pas été soumise au Conseil Constitutionnel avant sa promulgation (V. Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21 et spéc. p.27). Il semble par ailleurs qu'il y aurait une difficulté à soulever une question prioritaire de constitutionnalité dès l'instant où celle-ci doit porter sur une disposition législative qui porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit (Const., art. 61-1), ce qui « *tend à exclure, en particulier, les contestations portant sur la validité externe de la loi, notamment la compétence de son auteur et la procédure suivie pour son élaboration* » (Xavier PRÉTOT, « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *JCP S* 2010, 1023). Les questions procédurales relatives à la répartition des compétences posées par la loi du 31 janvier 2007 échapperaient ainsi au champ de la QPC (V. Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.351).

¹¹¹⁷Tels que l'urgence ou la possibilité de procéder par voie d'amendements parlementaires (V. *infra*).

¹¹¹⁸Jean-Marc SAUVÉ, *op.cit.*

¹¹¹⁹Antoine LYON-CAEN, « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (dir.), *Syndicats et droit du travail*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p.69.

¹¹²⁰Cette thèse est soutenue par le Professeur Alain Supiot qui voit dans la loi Larcher une « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* » (Alain SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525). Le concept de garantie légale d'une exigence constitutionnelle permet au Conseil constitutionnel d'encadrer le pouvoir qu'a le législateur de modifier ou d'abroger la loi positive (Cons. const., 29 juil. 1986, n°86-210 DC, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Pouvoirs* 1987, n°40, p. 179). La volonté du législateur, en adoptant la loi du 31 janvier 2007, aurait été d'apporter une garantie légale au principe de participation - qui fait partie des principes à valeur constitutionnelle dont il incombe au législateur de déterminer les conditions et garanties de sa mise en œuvre (Cons. const., 16 déc. 1993, n°93-328 DC, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Pouvoirs* 1994, n° 69, p.207 ; obs. Xavier PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Dr. soc.* 1994, p.139) - en instaurant une procédure de participation des organisations syndicales à l'élaboration des textes qui régissent les relations individuelles et collectives de travail. Dès lors que cette garantie existe, le législateur pourrait certes modifier ou abroger la loi Larcher, mais à condition de prévoir des garanties au moins équivalentes. Concrètement cela signifie, selon l'auteur, « *qu'une loi adoptée en violation des articles L. 1 et suivants du Code du travail devrait, pour échapper au grief d'inconstitutionnalité, avoir été élaborée dans des conditions garantissant une participation au moins équivalente aux syndicats de salariés* ». Nous soulignons également, sur cette question de la portée contraignante du dispositif, la position du Conseil d'Etat qui indique qu'il ne manquerait pas, dans ses formations consultatives, de procéder à la disjonction de tout article de projet de loi qui méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 1 du Code du travail et qu'en statuant au contentieux, il pourrait être conduit à apprécier si une réforme faite par la voie réglementaire a été précédée de la procédure prévue par la loi du 31 janvier 2007 (V. CE, « *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* », Rapport public 2008, vol. 2, p.266).

2- Le contenu et la portée du dispositif d'institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi

160. Force symbolique. Même si le choix d'une simple loi pour consacrer la place de la négociation interprofessionnelle dans le processus d'élaboration des lois en droit du travail en limite très certainement la portée, le contenu de la loi Larcher dispose malgré tout d'une « *force symbolique* » qui a conduit la législateur à l'inscrire « *au fronton du Code du travail* »¹¹²¹. Un chapitre préliminaire du Code, intitulé « *Dialogue social* » et composé de trois articles « hors numérotation » (art. L. 1 à L.3)¹¹²², lui est ainsi consacré, soulignant l'attachement du législateur à la procédure de négociation nationale interprofessionnelle « pré-législative ».

L'article L.1 du Code du travail dispose ainsi : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence* ».

¹¹²¹Alain SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525. L'effet symbolique traduit le rôle de communication joué par le droit et montre que celui-ci est susceptible d'agir sur les mentalités, au-delà de la question de la force normative du dispositif prévu par la loi du 31 janvier 2007 (V. Yann LEROY, « Accord national interprofessionnel : de la loi négociée à la loi contestée », *Civitas Europa* 2014, n°33, p.71 et spéc. p.74).

¹¹²²Initialement codifiées aux articles L. 101-1 à L. 101-3 de l'ancien Code du travail, les dispositions de la loi du 31 janvier 2007 ont été placées en dehors du système de numérotation du nouveau code lors de la loi de ratification du 21 janvier 2008 (V. supra note n°1027). Il s'agit donc d'un chapitre préliminaire situé avant la Première partie et échappant au système de numérotation à quatre chiffres, actant la place particulière que le législateur a souhaité conférer à ces dispositions.

161. Domaines. Il convient de noter tout d'abord que cet article ne vise que les projets de réforme émanant Gouvernement (projets de loi, d'ordonnance ou de règlement)¹¹²³, ce qui a conduit le Sénat et l'Assemblée Nationale à adopter des protocoles expérimentaux organisant une procédure similaire pour les propositions de loi¹¹²⁴. La procédure de l'article L.1 n'est

¹¹²³Sur la notion même de réforme, il semble que celle-ci doive être largement entendue et que la procédure pourrait de prime abord concerner toute modification, même anodine (V. Jean-François CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117). Le Conseil d'Etat a toutefois entrepris un travail de définition de la notion de réforme au sens de l'article L. 1 et a été amené à considérer que les mesures contenues dans un projet de loi sur le pouvoir d'achat autorisant, dans certaines conditions, le déblocage immédiat des heures de travail épargnées et des droits à participation, pour un paiement aux salariés avant la fin du premier semestre 2008, « *parce qu'elles ont un effet strictement limité dans le temps et même si cet effet a vocation à toucher un grand nombre de salariés, ne modifient pour l'avenir ni les règles applicables à la réduction du temps de travail ni celles relatives au blocage de la participation et qu'elles n'ont, dès lors, pas le caractère de "réformes" au sens de l'article L. 100-1 [L. 1] du code du travail, qui auraient justifié la concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue d'une éventuelle négociation* » (CE, rapport d'activité 2007, sect. soc., Rapport public 2008, vol. 1, p.135). De même, la Section sociale a estimé que « *les deux articles du projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations qui modifient le code du travail, sont des articles de coordination, la transposition des directives communautaires dans le code du travail ayant déjà eu lieu, et que le projet de transposition pouvait dès lors être regardé comme n'étant pas une réforme au sens de l'article L. 100-1 mentionné ci-dessus* » (*Ibidem*). Le Conseil d'Etat a ensuite synthétisé sa position en estimant que la saisine des partenaires sociaux aux fins de négociation préalable n'était pas nécessaire si le projet ne constitue pas une réforme en ce qu'il ne modifie pas « *de manière durable l'état du droit positif* » (notamment le projet de loi pour le pouvoir d'achat, sur le déblocage de la participation ou sur les conditions de rachat des heures de RTT ; le projet de loi dit « TEPA » qui ne faisait qu'anticiper la mise en œuvre d'une mesure déjà décidée sur la majoration des heures supplémentaires dans les PME ; le projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations qui se bornait à compléter la transposition d'une directive ; une simple mesure, en matière de formation professionnelle, de lissage au profit des entreprises de l'effet financier du passage des seuils de 10 et de 20 salariés ; V. CE, rapport d'activité 2008, sect. soc., Rapport public 2009, vol. 1, p.162). Le Conseil d'Etat va donc s'attacher à vérifier que les modifications apportées au droit existant sont « *suffisamment importantes pour pouvoir être qualifiées de réforme au sens de l'article L. 1* » (*Ibidem*) et le caractère durable de ces modifications constitue le facteur déterminant. S'agissant d'un projet de loi d'habilitation ayant pour objectif d'obtenir une autorisation de légiférer par ordonnances et non d'édicter des règles de fond, le Conseil d'Etat considère malgré tout qu'il doit être soumis à l'article L.1 dès l'instant où il précise les thématiques des futures ordonnances, ces dispositions étant considérées en elles-mêmes comme des projets de réforme par la formation consultative de la juridiction. La procédure est toutefois adaptée à la spécificité d'un projet de loi de cette nature : le document d'orientation est communiqué aux partenaires sociaux en amont de l'adoption du projet de loi par le Conseil des ministres et le respect des autres étapes prévues par l'article L. 1 est apprécié au stade ultérieur des ordonnances (V. CE, « Avis sur un projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale », Ass. gén., 22 juin 2017, n°393357 ; <https://www.conseil-etat.fr>).

¹¹²⁴Protocole approuvé par le Bureau du Sénat du 16 déc. 2009 « *organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen, par le Sénat, des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle* » et Protocole de l'Assemblée Nationale adopté par la Conférence des Présidents le 16 février 2010 « *relatif à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi à caractère social relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* ». Une proposition de loi (n°2499) visant à étendre la modernisation du dialogue social aux propositions de loi a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 22 juin 2010 et déposée au Sénat mais elle n'a pas abouti.

toutefois pas applicable en cas d'urgence, à condition que le Gouvernement motive sa décision de ne pas recourir à la concertation préalable¹¹²⁵.

Par ailleurs, le projet doit concerner les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, c'est-à-dire tous les domaines de compétence de la négociation collective à l'exclusion des garanties sociales¹¹²⁶. Cette solution, qui « *n'est pas immédiatement évidente* »¹¹²⁷, a pu occasionner, nous y reviendrons, certaines difficultés pour les secteurs « hors champ » de l'interprofession lors de la transposition d'ANI comportant à la fois des dispositions relatives aux conditions de travail et aux garanties sociales¹¹²⁸.

Enfin, la réforme doit relever du « champ de la négociation nationale et interprofessionnelle », ce qui exclut a priori les dispositions ne relevant pas de la négociation collective¹¹²⁹ ou celles relevant certes de cette dernière mais présentant un caractère sectoriel et relevant le cas échéant de la négociation de branche¹¹³⁰. Cette délimitation territoriale (négociation de niveau national) mais surtout professionnelle (niveau interprofessionnel) du

¹¹²⁵Il semblerait de prime abord que l'article L. 1 n'ait pas été adapté à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'ancienne procédure d'urgence ayant été remplacée par la procédure accélérée (V. L. const. n°2008-724 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, art. 20, JORF 24 juil. 2008, p.11890). Toutefois, il ressort des débats parlementaires que la notion retenue par le texte vise « *l'urgence au sens commun du terme* » - que le Gouvernement doit motiver dans un document préalable adressé aux partenaires sociaux avant de prendre la mesure sans recourir à la procédure de concertation - et qu'elle ne doit pas être confondue avec « *la déclaration d'urgence, prérogative constitutionnelle du Gouvernement* » (Bernard PERRUT, Rapporteur, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8625). Sur la notion d'urgence appliquée à l'article L. 1 : Bernard TEYSSIÉ, « La réforme, l'urgence et l'oubli », *JCP S* 2017, act. 170.

¹¹²⁶Un amendement avait été déposé à l'Assemblée nationale pour ajouter les garanties sociales à l'article L. 1 du Code du travail en conformité avec le champ de la négociation collective défini par l'article L. 2221-1 du Code du travail. Il a été repoussé au double motif que le domaine de la concertation préalable avait été défini par les partenaires sociaux eux-mêmes et qu'il avait été décidé par l'ensemble des acteurs de s'en tenir « *au champ de compétences relevant traditionnellement du ministère de l'emploi, afin d'éviter de compliquer la concertation par l'intervention d'autres acteurs, les ministères de la santé et de l'économie par exemple* » (Bernard PERRUT, *op. cit.*, p.8616).

¹¹²⁷Yannick MOREAU, « La mise en oeuvre de l'article L. 1 : difficultés et perspectives - Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », *Dr. soc.* 2010, p.511 ; *adde* Jacques BARTHÉLÉMY, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013, p.673.

¹¹²⁸Ainsi du dispositif de portabilité des garanties de prévoyance et de remboursement complémentaire de frais de santé figurant dans l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 qui n'a pas été repris par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (JORF 26 juin 2008), privant de cet avantage les salariés des secteurs « hors champ » jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF 16 juin 2013). V. *infra*.

¹¹²⁹Telles que la suppression de l'autorisation préalable des heures supplémentaires par l'inspecteur du travail qui est un régime de police administrative ne relevant pas de la négociation collective et se trouvait donc hors du champ défini par l'article L. 1 du code du travail ou les projets de réforme en matière de santé et de sécurité au travail, dès lors qu'ils comportaient la fixation unilatérale d'obligations pour les employeurs - le décret relatif au contrôle du risque chimique sur les lieux de travail - ou organisaient des consultations préalables dont l'État juge utile de s'entourer - décret créant le Conseil d'orientation des conditions de travail (V. CE, rapport d'activité 2008, sect. soc., Rapport public 2009, vol. 1, p.163).

¹¹³⁰Comme celles du projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, expressément limité à une branche professionnelle (V. L. n°2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, JORF 22 août 2007). *Ibidem*.

champ d'application de l'article L. 1 avait relancé le débat sur la définition du champ de l'interprofession¹¹³¹ conduisant le ministre Gérard Larcher à s'engager solennellement à faire bénéficier certains secteurs « hors champ » d'une procédure de concertation préalable pour les réformes spécifiques à ces secteurs¹¹³² (engagement que la loi du 5 mars 2014 n'entérinera que très partiellement¹¹³³).

162. Processus. Ne souhaitant pas proposer « *une conception abstraite du dialogue social* »¹¹³⁴, la loi du 31 janvier 2007 identifie clairement les procédures d'association des partenaires sociaux et organise le processus de participation à l'élaboration de la loi. La conjugaison des dispositions des articles L. 1 et L. 2 du Code du travail fait ainsi reposer ce « dialogue légiférant » sur un temps de concertation¹¹³⁵, pouvant déboucher sur l'engagement de négociations¹¹³⁶, suivi d'une phase de consultation des instances du dialogue social sur les

¹¹³¹V. notamment les discussions sur le projet d'amendement soutenu par Yves Censi, alors Député de l'Aveyron, proposant de rajouter le « *niveau intersectoriel des professions agricoles et libérales* » dans le champ de l'article L. 1 pour pallier le fait que ces professions « *ne sont pas concernées par "l'interprofession"* » (Yves CENSI, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, pp.8618-8619).

¹¹³²Engagement pris par le ministre auprès des secteurs de l'agriculture et des professions libérales : « *Lors des débats de l'Assemblée nationale, des inquiétudes légitimes sont apparues quant à la place de certains secteurs essentiels d'activité : je pense notamment à l'agriculture, avec la FNSEA, la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, mais le raisonnement doit être étendu aux professions libérales, avec l'UNAPL, l'Union nationale des associations de professions libérales. J'ai eu l'occasion d'échanger sur ce point avec les organisations concernées, et je l'ai dit devant votre commission, mais, à la tribune du Sénat, cela prend un sens particulier : il va de soi, et je m'y engage solennellement, que des projets de réforme relatifs au droit du travail qui concerneraient spécifiquement ces secteurs d'activité impliqueraient des procédures de concertation, sur l'initiative des pouvoirs publics, avec les organisations représentatives de ces secteurs, donc, par exemple, avec la FNSEA et l'UNAPL. C'est là une évidence, mais il est essentiel de le répéter pour éviter tout malentendu* » (Gérard LARCHER, Sénat, séance du 17 janv. 2007, JO Sénat, 18 janv. 2007, p.292).

¹¹³³V. infra.

¹¹³⁴Bernard PERRUT, Rapporteur, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8613. Pour un rappel de la notion de dialogue social : V. supra note n°1094.

¹¹³⁵Le Gouvernement envoie pour cela un document d'orientation aux partenaires sociaux contenant trois éléments : un diagnostic, les objectifs et les principales options (C. trav., art. L.1, al. 2). La proposition d'un « temps réservé » pour la concertation formulée par le Rapport Chertier (durée de trois mois pendant lequel l'action du Gouvernement sur la question soumise à concertation serait suspendue ; V. étude 156 supra) n'a pas été retenue pour des raisons de constitutionnalité. L'article 39 de la Constitution octroyant l'initiative des lois au Gouvernement, ainsi qu'au Parlement sans assortir celle-ci de conditions préalables empêche en effet d'imposer juridiquement la suspension de cette prérogative pendant le temps de concertation. Aucun délai n'est ainsi fixé pour la réalisation de la concertation mais la notion de « *concertation préalable* » retenue par l'article L. 1 suggère que celle-ci soit achevée avant que le Gouvernement ne présente un projet de loi (V. Jean-François CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », JCP S 2007, 1117).

¹¹³⁶L'objectif de la concertation est de permettre le déclenchement d'une négociation nationale interprofessionnelle que les partenaires sociaux demeurent libres d'engager ou non. S'ils en manifestent l'intention, ils doivent alors informer le Gouvernement et indiquer le délai qu'ils estiment nécessaire pour conduire la négociation (c'est-à-dire, malgré la formule sibylline du texte, le temps qu'ils estiment nécessaire pour parvenir à un accord). Le Professeur Verkindt souligne l'absence de précision du texte, notamment sur les modalités de décision d'entamer une négociation : faut-il un consensus de l'ensemble des organisations ? (Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », Dr. soc. 2010, p.519). Dans la pratique, il semble par ailleurs que le Gouvernement ait parfois tendance à peser sur les négociations et s'arroge le droit de fixer lui-même la durée de celles-ci (V. Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, « *Comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017* », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire, Sénat 17 mai 2017, p.146).

projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1¹¹³⁷. Une procédure d'information mutuelle du Gouvernement et des partenaires sociaux est enfin organisée par l'article L. 3 du Code du travail, matérialisée par un rendez-vous annuel devant la CNNCEFP et la communication d'un agenda partagé dont l'idée est reprise du Rapport Chertier¹¹³⁸.

163. Consensus. Comme le souligne un auteur, « *la principale innovation de la loi du 31 janvier 2007 consiste à organiser la méthode de la réforme en matière sociale* »¹¹³⁹. Cette méthode semble faire l'objet d'un certain consensus en raison des avantages qu'elle apporte dans le processus de fabrication de la loi mais également en raison de sa souplesse.

S'agissant des premiers¹¹⁴⁰, elle crée tout d'abord un « temps de refroidissement » durant les phases de concertation et de négociation qui permettrait d'échapper à l'urgence de l'agenda politique, souvent médiatisé, et impose un temps de réflexion « à froid » aux experts

¹¹³⁷Cette phase est engagée « *au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation* » selon l'article L. 2 du Code du travail donc postérieurement à la concertation et à la négociation qui en a éventuellement découlée. Elle précède l'adoption du projet de loi. Dans sa rédaction initiale, issue de la loi du 31 janvier 2007, l'article L. 2 prévoyait la consultation de trois instances : la Commission nationale de la négociation collective, le Comité supérieur de l'emploi et le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie (cette consultation s'articulant avec les procédures classiques de consultation de ces instances). Dans sa dernière rédaction issue de l'article 19 de la loi dite « *Asap* » (L. n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF 8 déc. 2020), l'article L. 2 dispose : « *Le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1, au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation, à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle dans les conditions prévues à l'article L. 2271-1* ». Cette rédaction tient compte de la réorganisation de la CNNCEFP qui a repris au sein de ses sous-commissions les attributions et compétences de nombreuses instances dont l'ancien Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles (ayant lui-même réuni le Comité supérieur de l'emploi et le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie lors de la réforme opérée par la loi du 5 mars 2014 ; V. L. n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 24).

¹¹³⁸V. étude 156 supra. L'article L. 3 al. 1 dispose : « *Chaque année, les orientations de la politique du Gouvernement dans les domaines des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que le calendrier envisagé pour leur mise en œuvre sont présentés pour l'année à venir devant la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle. Les organisations mentionnées à l'article L. 1 présentent, pour leur part, l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir. Le compte rendu des débats est publié* ». Chaque année, le Gouvernement doit par ailleurs remettre au Parlement « *un rapport faisant état de toutes les procédures de concertation et de consultation mises en œuvre pendant l'année écoulée en application des articles L. 1 et L. 2, des différents domaines dans lesquels ces procédures sont intervenues et des différentes phases de ces procédures* » (C. trav., art. L. 3, al. 2). Sur cette dernière obligation, une mission d'information parlementaire soulignait en 2017 que le rapport annuel du Gouvernement au Parlement n'avait jamais été produit (V. Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, « *Comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017* », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire, Sénat 17 mai 2017, p.148).

¹¹³⁹Franck MOREL, « *Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ?* », *JCP S* 2013, 1460 ; adde Paul-Henri ANTONMATTEI, « *Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise* », *Dr. soc.* 2007, p.459 (V. supra note n°1109).

¹¹⁴⁰V. notamment Jean- Emmanuel RAY, « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21 et spéc. p.28 ; Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, Rapport préc., pp.143-144).

sur la faisabilité du projet et ses conséquences sociales et financières. Elle freinerait ainsi l'inflation législative. En associant la légitimité sociale et la légitimité politique, elle permet davantage de consensus à tous les stades. Au niveau du Gouvernement qui peut « déminer » en amont les sujets conflictuels mais également au sein du Parlement qui hésitera à remettre en question, malgré les alternances politique, un texte étroitement concerté. Elle assurerait ainsi une meilleure stabilité de la norme. Au niveau des organisations syndicales et des salariés, elle garantirait enfin l'acceptabilité sociale de la réforme et éviterait peut-être par la même des contentieux. Loin d'affaiblir la loi, le dispositif permettrait donc au contraire de la conforter car le législateur serait amené à ne retenir que des dispositions « *acceptées par les principales parties prenantes* »¹¹⁴¹. Mieux acceptée, la loi serait ainsi mieux appliquée et donc plus effective comme l'envisageaient les premiers théoriciens de la loi négociée¹¹⁴².

L'autre atout du dispositif résiderait dans sa souplesse à la fois procédurale et tenant à son absence de caractère contraignant. Si elle a constitué « *une étape importante dans l'approfondissement de la démocratie sociale* »¹¹⁴³, la loi Larcher n'a pas prévu en effet un encadrement de la procédure législative qui nécessiterait, comme nous l'avons précédemment souligné, une réforme de la Constitution. Un projet de loi constitutionnelle introduisant un nouveau titre V *bis* intitulé « *Du dialogue social préalable à la loi* » au sein de notre loi fondamentale¹¹⁴⁴ avait certes été déposé afin de rendre le mécanisme de l'article L. 1 obligatoire préalablement à l'adoption des lois mais il n'a pas vu le jour¹¹⁴⁵. Il s'agit donc pour l'heure d'une « *obligation de procédure* »¹¹⁴⁶ inscrite dans une « simple » loi et non dans la Constitution, qui ne limite donc en aucune manière le pouvoir d'initiative du législateur dans le

¹¹⁴¹Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, Rapport préc., p.144.

¹¹⁴²V. étude 130 supra. Pour un rappel sur la notion d'effectivité du droit étudiée en doctrine : Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 2011, n°79, p.715.

¹¹⁴³Jean-Marc SAUVÉ, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*2010, p.489.

¹¹⁴⁴Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale n°813 déposé à l'Assemblée Nationale le 14 mars 2013.

¹¹⁴⁵L'exposé des motifs indique expressément que la révision constitutionnelle s'« inspire » du mécanisme introduit à l'article L. 1 du code du travail par la loi du 31 janvier 2007 et des protocoles adoptés par l'Assemblée nationale et le Sénat pour ce qui concerne les propositions de loi. Le dispositif fait l'objet d'un nouvel article 51-3 de la Constitution rédigé comme suit : « *Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme* ». Le texte ajoute que « *Les conditions d'application du présent article sont fixées par une loi organique* ». Le recours préalable à la négociation interprofessionnelle dans le processus d'élaboration des lois aurait été ainsi rendu obligatoire sous peine de griefs constitutionnels rapprochant dès lors le modèle français du modèle européen (V. étude 154 supra).

¹¹⁴⁶Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *SSL* 2012, n°1533, p.7 et spéc. p.8.

domaine des relations du travail et ne comporte pas de sanction en cas de non respect¹¹⁴⁷. Il semble toutefois, comme le relève le Conseil d'Etat, que malgré cette absence de sanction apparente pour le Gouvernement, ce dernier « *s'est interdit de légiférer sur les sujets dont les partenaires sociaux se sont emparés* »¹¹⁴⁸. La loi sur le dialogue social serait dès lors « *suffisante* » aux yeux du Conseil et ce n'est que si elle n'était pas dans les faits respectée que « *la proposition d'édicter une loi organique en application du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution devrait faire l'objet d'un examen approfondi, portant notamment sur les modalités envisageables pour que les rigidités susceptibles d'en résulter pour le Gouvernement ne soient pas excessives* »¹¹⁴⁹. Réclamant certes une certaine « *loyauté* »¹¹⁵⁰ des différents acteurs, l'application de bonne foi du dispositif permettait une bonne articulation entre la démocratie sociale et la démocratie politique dans le respect des prérogatives de chacun et sans qu'il soit besoin de recourir à une réforme constitutionnelle pour garantir son effectivité. Jean-Denis Combrexelle en conclut qu'une part du succès de l'article L. 1 résiderait précisément « *dans sa souplesse d'utilisation notamment dans des cas où il y a consensus partagé entre le gouvernement et les partenaires sociaux pour dire, notamment pour des considérations d'opportunité, que ce dispositif ne s'applique pas* »¹¹⁵¹. La constitutionnalisation pourrait au contraire être « *de nature à mettre fin à cette souplesse* » puisque l'on verrait alors « *des lois censurées par le Conseil constitutionnel au motif qu'elles n'ont pas été précédées de la concertation* »¹¹⁵².

Enfin, il est important de souligner que les résultats de la concertation et de la négociation en découlant ne lient aucunement l'exécutif qui reste libre de transcrire ou non l'ANI au sein du projet de loi, ni le Parlement qui conserve son pouvoir d'amendement lors de l'examen du projet, conformément aux prérogatives respectives de chacun fixées par la

¹¹⁴⁷Nous rappelons toutefois la thèse défendue par le Professeur Alain Supiot sur l'éventualité d'un grief d'inconstitutionnalité pouvant être opposé à une loi adoptée en violation des dispositions de l'article L. 1 qui n'aurait pas été élaborée dans des conditions garantissant une participation au moins équivalente aux syndicats de salariés. Nous rappelons également la position affichée par le Conseil d'Etat sur les réformes opérées par voie réglementaire qui ne respecteraient pas la procédure instituée par l'article L. 1. V. supra note n°1120.

¹¹⁴⁸CE, « *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* », Rapport public 2008, vol. 2, p.266.

¹¹⁴⁹*Ibidem*.

¹¹⁵⁰Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p.519.

¹¹⁵¹Jean-Denis COMBREXELLE, « *La négociation collective, le travail et l'emploi* », Rapport au Premier ministre, sept. 2015.

¹¹⁵²*Ibidem*. La question de la constitutionnalisation de l'article L. 1 a été largement discutée en doctrine et ne semble pas faire l'unanimité, les vertus d'une certaine souplesse lui étant souvent préférées (V. notamment Franck MOREL, « Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ? », *JCP S* 2013, 1460 ; Antoine LYON-CAEN, « Néo-corporatisme », *RDT* 2013, p.295 ; Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21 et spéc. pp.30-31 Yann LEROY, « Accord national interprofessionnel : de la loi négociée à la loi contestée », *Civitas Europa* 2014, n°33, p.71 et spéc. pp.73-75).

Constitution. Gouvernement et législateur gardent donc « *tous deux in fine les mains libres* »¹¹⁵³...

164. Bilan. Le bilan du recours à l'article L. 1 depuis 2007¹¹⁵⁴ tend à prouver que « *l'objectif poursuivi par la loi Larcher est atteint* »¹¹⁵⁵, même si un certain essoufflement a parfois été constaté¹¹⁵⁶. Un auteur soulignait en 2020 que la loi du 31 janvier 2007 a « *ouvert la voie à de nombreux accords nationaux interprofessionnels qui sont venus, année après année, apporter leur pierre à la réforme continue du droit du travail, enregistrée depuis dix ans* »¹¹⁵⁷. Elle n'a fait pour autant que consacrer « *des pratiques de dialogue social utilisées par intermittence en France depuis les années 1970* »¹¹⁵⁸ en formalisant désormais « *une véritable méthode pratique de la négociation collective préalable à l'adoption de lois futures* »¹¹⁵⁹. La loi Larcher serait donc une « *tentative pour codifier le processus* »¹¹⁶⁰ de co-production des normes par les acteurs sociaux et les pouvoirs publics que les promoteurs de la politique contractuelle avaient inauguré il y a une cinquantaine d'années. Si l'on a pu parfois regretter le « *manque d'audace du législateur* »¹¹⁶¹, cette loi a malgré tout confirmé la place incontournable de la négociation interprofessionnelle dans le processus d'élaboration de la loi en droit du travail.

¹¹⁵³Jean-Emmanuel RAY, « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », *Dr. soc.* 2008, p.3.

¹¹⁵⁴V. Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, « *Comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017* », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire, Sénat 17 mai 2017, annexe XIV, pp.291-293.

¹¹⁵⁵Yann LEROY, « Accord national interprofessionnel : de la loi négociée à la loi contestée », *Civitas Europa* 2014, n°33, p.71 et spéc. p.75.

¹¹⁵⁶V. Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, Rapport préc., pp.141-142 ; *adde* Lydie DAUXERRE, « Sur l'érosion de l'article L. 1 du Code du travail », *JCP S* 2017, 1275.

¹¹⁵⁷Jean-Marie PERNOT, « Le mouvement syndical en France depuis 2008 », *Dr. soc.* 2020, p.137.

¹¹⁵⁸Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, Rapport préc., p.135.

¹¹⁵⁹Jean-Marc SAUVÉ, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p.489.

¹¹⁶⁰Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », *RDT* 2013, p.156.

¹¹⁶¹Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. soc.* 2007, p.459. Notamment l'absence de reprise de propositions novatrices du Rapport Chertier telles que le « temps réservé » (V. *supra* note n°1100).

Conclusion du chapitre II

165. L'émergence de thèmes transversaux aux différentes professions tels que le besoin de créer une protection sociale complémentaire au droit légal et « universel » de la Sécurité Sociale, ainsi que la volonté des pouvoirs publics d'associer des « interlocuteurs sociaux » à la préparation des grandes réformes du droit du travail, par-delà le légicentrisme de notre système juridique traditionnel, vont favoriser l'éclosion de nouvelles négociations dépassant la seule régulation des rapports de travail au sein de la branche. La question de la place de cette dernière, même appréciée dans un cadre large, comme réceptacle de ces négociations va dès lors se poser renvoyant au problème plus global de l'inadéquation du « droit des conventions collectives de travail » au nouveau type d'accord issu de ces négociations. Un mouvement d'autonomisation de cette négociation collective « interprofessionnelle » va alors être entrepris amenant progressivement le législateur à intégrer l'ANI au sein du Code du travail.

Débarrassé de sa tutelle de branche, le niveau national et interprofessionnel va ainsi connaître une « *vertigineuse ascension* »¹¹⁶² dans l'ordre conventionnel plaçant cette négociation au cœur de problématiques majeures du droit social contemporain telles que la gestion des risques sociaux ou la question de l'articulation entre l'accord collectif et la loi dans la conduite des réformes.

On comprend alors, comme le souligne le Professeur Antoine Lyon-Caen, « *l'importance qu'a acquise, dans le système français de relations professionnelles, un étage ou un espace particulier, l'interprofession* »¹¹⁶³.

¹¹⁶²Gérard LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.* 2001, p.1 et spéc. p.8.

¹¹⁶³Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective - Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », *Dr. soc.* 1997, p.1004.

CONCLUSION DU TITRE I

166. La centralité de la branche d'activité dans la construction du droit de la négociation collective s'est progressivement heurtée à des besoins nouveaux du monde du travail qui ont favorisé la création de nouveaux espaces de négociation. Le développement de la négociation interprofessionnelle participe de ce mouvement et a conduit le législateur à consacrer ce niveau de négociation tout en reconnaissant le rôle propre de l'accord national interprofessionnel dans l'élaboration du droit du travail et de la protection sociale. Ce type d'accord est ainsi devenu une source essentielle du droit social moderne mettant en évidence la place de l'interprofession au sein du paysage conventionnel mais également la nécessité de définir plus précisément cette notion.

TITRE II : UNE NOTION SUJETTE A DISCUSSION

167. L'émergence de la négociation nationale interprofessionnelle a mis en évidence, comme nous venons de le voir, une fonction nouvelle de la négociation collective résolument tournée vers la prise en compte de préoccupations générales du monde du travail et susceptible d'avoir de « *réelles incidences sociétales* »¹¹⁶⁴.

Cerner la notion d'interprofession au sein de laquelle s'épanouit cette négociation représente dès lors un enjeu (**chapitre I**) conduisant à la recherche d'une définition (**chapitre II**).

¹¹⁶⁴Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039.

CHAPITRE I : L'ENJEU D'UNE DÉFINITION DE L'INTERPROFESSION

168. L'enjeu d'une définition de l'interprofession se révèle au travers de la vocation générale de la négociation interprofessionnelle (**section 1**) mais également au-delà du droit conventionnel (**section 2**).

Section 1. La vocation générale de la négociation interprofessionnelle

169. Qu'elle serve à instituer une solidarité nationale ou à éclairer le législateur, la négociation interprofessionnelle a vocation à couvrir l'ensemble des professions au niveau national¹¹⁶⁵. Son développement exponentiel au cours des cinquante dernières années a ainsi érigé l'ANI en véritable outil de transformation sociale rendant la classification de ce dernier parfois mal aisée tant l'objet et la nature de ce type d'accord avaient pu paraître éloignés de la traditionnelle convention collective. S'il a fallu « *toute l'abstraction de la règle de droit pour qu'un même régime légal soit applicable à des textes conventionnels aussi différents* »¹¹⁶⁶, nous avons vu qu'un travail d'assimilation de l'accord interprofessionnel à la catégorie juridique des conventions collectives a été effectué par le législateur, tout en lui réservant une place identifiée dans le Code du travail permettant de le caractériser.

Il est dès lors possible d'établir une typologie des différents ANI qui permettra de confirmer la vocation générale de la négociation interprofessionnelle (§ 1), même si les questions soulevées par le champ d'application de tels accords contrarient fortement cette vocation (§ 2).

¹¹⁶⁵Même si, nous le rappelons, une telle négociation peut également se dérouler au niveau infra-national (*C. trav.*, art. L. 2232-1 : « *Le champ d'application territorial des accords interprofessionnels peut être national, régional ou local* »).

¹¹⁶⁶Gérard COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, 2^e éd., PUF, 1994, n°215, p.483.

§ 1. La typologie des accords nationaux interprofessionnels

170. Taxinomie. Revisitant l'approche classique de la doctrine, Jacques Barthélémy a proposé de distinguer la nature juridique des accords collectifs en fonction de leur niveau et de leur objet¹¹⁶⁷. La tendance législative à confier plus de responsabilité au tissu conventionnel nécessiterait en effet, selon l'auteur, qu'un travail de classification soit opéré afin de mieux concilier l'efficacité économique - qui appelle un développement de la place et de l'autonomie du tissu conventionnel - et la fonction protectrice du droit social. L'accord d'entreprise gagnerait ainsi en efficacité si une nature purement contractuelle est favorisée à ce niveau de négociation¹¹⁶⁸. La convention de branche conserverait, quant à elle, la nature duale admise par la doctrine classique¹¹⁶⁹ car bien que les aspects contractuels doivent y être prééminents, les aspects réglementaires sont plus importants que dans l'accord d'entreprise, d'abord parce que l'employeur en est sujet mais surtout car la technique de l'extension permet de la rendre applicable à des employeurs non syndiqués et ainsi de « *titiller le principe de relativité des effets du contrat* »¹¹⁷⁰. De son côté, l'ANI serait un « *quasi-règlement* »¹¹⁷¹ en raison d'un champ « *voisin, voire identique de celui de la loi* », incitant « *à accentuer le poids de sa nature réglementaire* »¹¹⁷². Des « *sous-ensembles* » apparaîtraient ensuite à chacun de ces trois niveaux : « *l'établissement ou le groupe pour l'accord d'entreprise, la profession composante de la branche* »¹¹⁷³. De même, il serait possible de « *distinguer aujourd'hui trois types d'accords interprofessionnels* » : l'ANI que l'on peut qualifier de « *classique* », l'ANI « *visant*

¹¹⁶⁷V. notamment Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 ; « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907 ; « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2013, p.17.

¹¹⁶⁸La collectivité de travail, aisément identifiable à ce niveau de négociation, a en effet des intérêts propres distincts des intérêts individuels des salariés ou de collectivités plus larges (notamment sous l'effet des contraintes économiques propres à chaque entreprise). L'accord conclu à ce niveau doit tendre dès lors à s'autonomiser par rapport aux normes supérieures - tant légales que conventionnelles - afin d'adapter les règles au contexte particulier de l'entreprise, contribuant ainsi à conférer une réelle consistance juridique à cette collectivité.

¹¹⁶⁹Nous renvoyons notamment à la célèbre contribution de Paul Durand citée à plusieurs reprises : « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv.* 1939, p.353.

¹¹⁷⁰Jacques BARTHÉLÉMY et Gilbert CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2013, p.17.

¹¹⁷¹Jacques BARTHÉLÉMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907

¹¹⁷²Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹¹⁷³*Ibidem*. Nous rappelons toutefois qu'à notre sens la profession n'est pas forcément un sous-ensemble de la branche. En effet, en l'absence d'une définition légale de ces notions et en raison de la liberté reconnue aux parties de définir le champ professionnel de l'accord, on ne peut affirmer avec certitude qu'il y ait une logique de « *plus grand ou de plus petit* » entre ces deux notions (Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10). Par ailleurs, le nouvel alinea 2 de l'article L. 2232-5 du Code du travail, issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017, assimile sur un plan terminologique la convention de branche et l'accord professionnel empêchant ainsi d'établir une classification hiérarchique *a priori* entre ces deux notions (V. étude 73 supra).

à définir les modalités d'application d'un principe législatif» et enfin l'ANI « par lequel les acteurs sociaux jouent les prélégislateurs »¹¹⁷⁴.

Ayant pour objectif d'opérer une classification en fonction de « la finalité de l'objet de la négociation », Dominique Jourdan livre à son tour une « typologie des négociations » dans laquelle il souligne l'existence de deux types de négociation « qui ne peuvent se situer qu'au niveau de l'interprofession » : les négociations dont l'objet est lié à « l'élaboration ou l'application de la loi »¹¹⁷⁵.

Les ANI auraient donc « un rôle autonome » consistant à produire des normes conventionnelles comme tout accord collectif (A) mais également un rôle « délégué »¹¹⁷⁶ lié à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires (B).

A. L'ANI autonome

171. L'ANI autonome ou classique bénéficie d'une normativité propre (1) mais d'une portée limitée (2).

1- Une normativité propre

172. Objet. Les négociateurs d'un accord national interprofessionnel autonome sont libres de déterminer l'objet de leur négociation dans les matières énumérées à l'article L. 2221-1 du Code du travail¹¹⁷⁷. Le doute, né lors de l'émergence de la négociation interprofessionnelle, sur une éventuelle limitation de l'objet de l'ANI à certaines matières telles que la protection sociale complémentaire a en effet été levé par le législateur en 1971¹¹⁷⁸. Toutefois, seul un accord collectif, c'est-à-dire un texte portant sur un ou plusieurs sujets

¹¹⁷⁴*Ibid.*

¹¹⁷⁵Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », *SSL* 2008, n°1361, p.7.

¹¹⁷⁶Dominique FABRE, « Les accords nationaux interprofessionnels : quels acteurs, quels pouvoirs ? », *SSL* 2008, n°1361, p.57.

¹¹⁷⁷Nous rappelons les dispositions de l'article L. 2221-1 du Code du travail fixant le champ de la négociation collective : « Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ».

¹¹⁷⁸V. étude 142 supra.

déterminés dans cet ensemble de matières¹¹⁷⁹, pourra résulter d'une telle négociation. Contrairement aux autres niveaux de négociation, le Code du travail n'envisage en effet que des accords interprofessionnels et non des conventions collectives interprofessionnelles¹¹⁸⁰. Cette solution s'explique très certainement par la volonté du législateur d'éviter « *une concurrence du tissu conventionnel avec la loi* »¹¹⁸¹ en raison d'un champ d'application de la négociation nationale interprofessionnelle qui s'apparente à celui de la loi. La convention collective traitant de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales pour toutes les catégories professionnelles intéressées¹¹⁸², un risque de confusion existerait dès lors avec le Code du travail lui-même qui fixe l'ensemble de ces droits pour tous les salariés. Ce risque serait par ailleurs aggravé en cas d'extension de la convention collective interprofessionnelle qui viserait à la rendre applicable à tous les employeurs non syndiqués du territoire national, annihilant ainsi tout effet relatif du contrat.

173. Effets. Les ANI autonomes articulent leurs effets selon les dispositions générales du Code du travail. L'ANI obéit ainsi au principe de faveur, rappelé à l'article L. 2251-1 du Code du travail, lui permettant de comporter des dispositions plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur mais lui interdisant de déroger aux dispositions revêtant un caractère d'ordre public. Ce principe général ou fondamental du droit du travail¹¹⁸³, parfois malmené au niveau de l'entreprise par les techniques de dérogation *in pejus* ou de supplétivité¹¹⁸⁴, semble ne pouvoir souffrir d'aucune exception à ce niveau de négociation. Tout au plus un ANI pourrait-il déroger, à condition qu'il soit étendu, à certaines dispositions

¹¹⁷⁹Nous rappelons les dispositions de l'article L. 2221-2 du Code du travail distinguant la convention collective de l'accord collectif : « *La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble* ».

¹¹⁸⁰La section I du chapitre II du titre III du Livre Deuxième de la Deuxième partie du Code du travail est intitulée « *accords interprofessionnels* », alors que les sections suivantes visent les conventions de branche et accords professionnels, les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement et les conventions et accords de groupe. Seul le niveau interentreprises est limité, comme le niveau interprofessionnel, à la conclusion d'accords collectifs (V. supra note n°1028).

¹¹⁸¹Lamy Négociation collective n°227.

¹¹⁸²V. supra notes n°s 1177 et 1179.

¹¹⁸³V. supra note n°169.

¹¹⁸⁴V. notamment étude 33 supra.

règlementaires relatives à l'aménagement du temps de travail¹¹⁸⁵ mais probablement pas dans d'autres matières où cette possibilité semble réservée à la convention ou à l'accord d'entreprise ou à la convention ou à l'accord de branche étendu¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁵C. trav., art. L. 3121-68 : « *Il peut être dérogé par convention ou accord collectif étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement à celles des dispositions des décrets prévus à l'article L. 3121-67 qui sont relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail à l'intérieur de la semaine, aux périodes de repos, aux conditions de recours aux astreintes, ainsi qu'aux modalités de récupération des heures de travail perdues lorsque la loi permet cette récupération* ». Nous soulignons que l'article L. 3121-67 vise les décrets en Conseil d'Etat déterminant les modalités d'application du chapitre du Code du travail relatif à la durée et à l'aménagement du temps du travail « *pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière* ». Les décrets visés correspondent en réalité aux décrets d'application de la durée légale du travail déjà existants qui avaient été pris pour certaines professions (V. Michel MORAND, « Durée du travail : l'étrange section 6 », *SSL* 2016, n°1735). La dérogation conventionnelle autorisée par l'article L. 3121-68 viserait donc davantage un accord de branche étendu qui dérogerait à un décret « professionnel », plutôt qu'un ANI. Pour autant, l'article L. 3121-7 mentionnant que ces décrets peuvent être pris pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions laisse, selon nous, cette possibilité ouverte. Il est à noter, enfin, que contrairement à la priorité accordée à l'accord d'entreprise en matière de durée et d'aménagement du temps de travail depuis la loi du 8 août 2016, cette disposition maintient curieusement une alternative entre la négociation d'entreprise et une négociation « supérieure » pour la mise en œuvre de ces dérogations (V. Michel MORAND, *op. cit.*).

¹¹⁸⁶Les dispositions de l'article L. 3164-2 du Code du travail relatives au repos des jeunes travailleurs permettent de déroger au droit à deux jours consécutifs de repos par semaine « *lorsque les caractéristiques particulières de l'activité le justifient* » par « *une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord collectif de travail étendu* ». Le renvoi aux caractéristiques particulières de l'activité nous semble disqualifier l'ANI réunissant des activités de nature différentes. La convention ou l'accord de branche étendu lui sera, à notre sens, préféré bien que le texte vise « *une convention ou un accord collectif de travail étendu* » sans autre précision. On notera d'ailleurs que le texte utilise la notion de convention ou accord collectif de travail étendu, paraissant ainsi renvoyer à l'ancienne rédaction du Code du travail lorsque la convention collective de travail (branche) régnait en majesté, alors que cette nuance n'apparaît pas dans la rédaction de l'article L. 3121-68 précité, relatif à la durée et à l'aménagement du temps de travail, qui emploie la formule « *convention ou accord collectif étendu* » (V. supra note n°1185). Il est vrai, cependant, que depuis la recodification de 2008, l'article L. 2222-1 du Code du travail prend soin d'indiquer que les « *conventions et accords collectifs de travail* » sont « *désignés "conventions" et "accords"* » dans le livre relatif à la négociation collective gommant ainsi les nuances terminologiques et condamnant toute conclusion hâtive issue de cette différence de rédaction. Le même constat peut être opéré - probablement de façon plus certaine - pour les dérogations à l'interdiction de travail de ces mêmes jeunes travailleurs les jours de fête reconnus par la loi. L'article L. 3164-8 du Code du travail permet en effet « *dans les secteurs pour lesquels les caractéristiques particulières de l'activité le justifient et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat* » à « *une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement* » de définir les conditions dans lesquelles il peut être dérogé aux dispositions de l'article L. 3164-6 du Code du travail fixant cette interdiction. Le renvoi à une liste de secteurs fixée en Conseil d'Etat semble expressément réserver la possibilité de dérogation à la convention ou à l'accord de branche étendu, ainsi qu'à la négociation d'entreprise, mais paraît disqualifier l'ANI par essence « intersectoriel » et réunissant des secteurs avec des caractéristiques d'activité très différentes. Il nous semble malgré tout qu'une rédaction plus claire de ces dispositions spécifiques aurait le mérite de lever le doute, à l'instar des dispositions sur le travail à temps partiel qui réservent expressément à « *la convention ou l'accord de branche étendu* » la possibilité de définir une durée hebdomadaire inférieure au seuil légal de 24 heures (C. trav., art. L. 3123-19) ou de déroger au taux légal de majoration des heures complémentaires (V. C. trav., art. L. 3123-21 et L. 3123-29). Une lecture attentive des articles précités permettra, en outre, de souligner que les règles dérogatoires au repos hebdomadaire des jeunes travailleurs obéissent au principe de primauté de l'accord d'entreprise dans ces matières - la convention ou l'accord collectif étendu n'intervenant qu'« *à défaut* » comme le précise la rédaction de l'article L. 3164-2 issue de l'ordonnance « balai » du 20 décembre 2017 qui avait rectifié cet « oubli » - alors que les dispositions de l'article L. 3164-8 sur la dérogation à l'interdiction de travail les jours fériés conservent la faculté de recourir alternativement à « *une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement* ». La remarque formulée par Michel Morand (V. supra note n°1185) sur l'entorse - volontaire ? - à la priorité conférée à l'accord d'entreprise en matière de durée et d'aménagement du temps de travail peut probablement être transposée à cette disposition.

Amené à cohabiter avec d'autres accords, l'ANI autonome est également régi par les principes généraux d'articulation des normes conventionnelles définis par la loi du 4 mai 2004, voulant que l'accord ayant le champ territorial ou professionnel le plus réduit prévaut sur celui ayant un champ plus large, sauf si ce dernier l'interdit expressément¹¹⁸⁷. Ainsi une convention de branche ou un accord professionnel pourra déroger aux dispositions d'un ANI dans un sens moins favorable aux salariés, à moins que ce dernier stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou en partie¹¹⁸⁸. Même lorsque l'ANI sera conclu postérieurement à une convention de branche ou un accord professionnel, les dispositions de cette convention ou de cet accord moins favorables aux salariés ne seront adaptées que si l'ANI le prévoit expressément¹¹⁸⁹. L'interdiction faite à la convention de branche ou à l'accord professionnel de déroger *in pejus* à l'ANI comme l'obligation de s'adapter à celui-ci doivent donc être expressément stipulées, ce qui permet de conclure à une « *subsidiarité de principe* »¹¹⁹⁰ de l'ANI par rapport à la convention de branche ou à l'accord professionnel depuis la loi de 2004¹¹⁹¹.

Dans ses rapports avec l'accord d'entreprise, l'ANI ne se distingue pas de la convention de branche bien qu'il ait fallu pour cela lui organiser une « session de rattrapage » lors de la

¹¹⁸⁷V. étude 33 supra.

¹¹⁸⁸C. trav., art. L. 2252-1, al. 1 : « Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie ».

¹¹⁸⁹C. trav., art. L. 2252-1, al. 2 : « Lorsqu'une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu est conclu, les parties adaptent les stipulations de la convention ou accord antérieur moins favorables aux salariés si une stipulation de la convention ou de l'accord de niveau supérieur le prévoit expressément ».

¹¹⁹⁰Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579.

¹¹⁹¹Nous rappelons qu'antérieurement à la loi du 4 mai 2004, l'ancien article L. 132-13 al. 1 du Code du travail disposait : « Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » (V. supra note n°171). En application stricte du principe de faveur, l'ANI couvrant un champ professionnel plus large que la convention de branche ou que l'accord professionnel ne pouvait donc souffrir d'aucune dérogation *in pejus* de la part de ces derniers. S'agissant de la règle d'adaptation, l'alinéa 2 du même article indiquait : « S'il vient à être conclu une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu, les parties adaptent celles des clauses de leur convention ou accord antérieur qui seraient moins favorables aux salariés ». L'impérativité de la norme conventionnelle de niveau supérieur, à savoir l'ANI, sur la norme inférieure, à savoir la convention de branche ou l'accord professionnel, était donc absolue sauf application de la combinaison classique fondée sur l'ordre public social amélioratif.

publication de l'ordonnance « balai » du 20 décembre 2017¹¹⁹². Ainsi, l'ANI s'inclinera face à l'accord d'entreprise prévalent, sauf dans les matières des « blocs 1 et 2 » où il pourra continuer de revendiquer une certaine impérativité¹¹⁹³.

¹¹⁹²V. supra note n°213. L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 confortant le principe de la primauté de l'accord d'entreprise n'avait envisagé les rapports de ce dernier qu'avec la « *convention de branche* ». Constatant probablement un oubli, l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social) a ajouté l'expression « *ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » dans les articles du Code du travail organisant les blocs de compétence de la convention de branche et de l'accord d'entreprise (V. *C. trav.*, art. L. 2253-1 à L. 2253-3).

¹¹⁹³V. supra note n°213. Nous soulignons que malgré l'ajout opéré par l'ordonnance du 20 décembre 2017, la situation de l'accord couvrant un champ plus large que la convention de branche interroge. Le « bloc 1 » semble en effet « taillé sur mesure » pour la branche. La rédaction « progressive » de l'article L. 2253-1 du Code du travail par les ordonnances du 22 septembre et du 20 décembre 2017, complétée en dernier lieu par la loi de ratification du 29 mars 2018 (V. supra note n°276), est topique de cette situation. L'alinéa 1, issu de la rédaction initiale de l'article L. 2253-1 (Ord. n°2017-1385 du 22 sept. 2017, art. 1^{er}) et non modifié sur ce point par l'ordonnance balai ni par la loi de ratification, continue de viser expressément la « *convention de branche* » - et elle seule - pour définir les garanties applicables aux salariés dans les treize matières du bloc 1. L'« *accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » n'apparaît *in extremis* qu'au dernier alinéa de l'article pour préciser que, dans les treize matières, ses stipulations, comme celles de la convention de branche, prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Or, une analyse attentive de la liste des treize matières démontre que la définition des garanties afférentes à celles-ci est avant tout l'apanage de la convention de branche ou d'un accord professionnel mais plus rarement d'un ANI. On voit mal en effet les « *salaires minima hiérarchiques* » (*C. trav.*, art. L. 2253-1 1°) fixés au niveau interprofessionnel dans des activités ne présentant pas une unité de nature (seul le salaire minimum interprofessionnel de croissance (Smic) est fixé réglementairement à ce niveau) ou bien, pour la même raison, les « *classifications* » (*C. trav.*, art. L. 2253-1 2°). Certes une « *mutualisation des fonds de la formation professionnelle* » (*C. trav.*, art. L. 2253-1 4°) peut s'envisager au niveau interprofessionnel comme l'avait prévu dès l'origine l'ANI fondateur du 9 juillet 1970, qui avait fait « entrer » la formation professionnelle continue dans le droit du travail lors de sa transposition par la loi du 16 juillet 1971 (V. supra note n°880) ou, plus récemment, l'ANI du 22 février 2018 (Accord national interprofessionnel pour l'accompagnement des évolutions professionnelles, l'investissement dans les compétences et le développement de l'alternance) préfigurant la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel mais cette mutualisation interprofessionnelle n'intervient qu'« à défaut » d'une mutualisation de branche (ANI 22 fév. 2018 préc., art. 44). Des OPCA, et désormais des OPCO, peuvent ainsi être créés avec une compétence interprofessionnelle afin de mutualiser les fonds de financement de la formation professionnelle à ce niveau mais ceux-ci n'interviennent en général qu'à défaut de rattachement des entreprises à un organisme de branche ou inter-branches (la CGPME avait ainsi créé dès 1972 un fonds d'assurance formation interprofessionnel et national - devenu ensuite un OPCA en application de la loi quinquennale n°93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle (JORF 21 déc. 1993, p.17769) - à destination des petites et moyennes entreprises : l'AGEFOS-PME). La création des OPCO, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, a d'ailleurs profondément modifié le paysage de la formation professionnelle en favorisant le regroupement des branches sur ce thème. Ainsi, les OPCO sont désormais des organismes inter-branches, même si certains peuvent être qualifiés d'« interprofessionnel » en raison du champ de représentativité des organisations ayant signé l'accord constitutif (V. notamment l'OPCO des entreprises de proximité qui a un caractère interprofessionnel - même s'il ne fait que regrouper des branches - car son accord constitutif a été signé par les cinq organisations syndicales de salariés et deux organisations professionnelles d'employeurs - l'U2P et la CPME - représentatives au niveau national et interprofessionnel. Nous soulignons, et nous y reviendrons, que l'article L. 6332-1-1 du Code du travail impose que l'accord constitutif d'un OPCO soit signé par des organisations représentatives tant du côté salarial que du côté patronal pour être agréé par l'autorité administrative). La même remarque peut être formulée pour les quatre matières à l'« impérativité modulable » du « bloc 2 », qui constituent, à notre sens, un terrain privilégié d'intervention de la convention de branche plutôt que de l'ANI (V. *C. trav.*, art. L. 2253-2).

2- Une portée limitée

174. Accord « imparfait ». La subsidiarité de principe de l'ANI par rapport aux accords de champ moins large depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2004 a conduit certains auteurs à s'interroger sur le devenir de la « *fonction normative des accords nationaux interprofessionnels* »¹¹⁹⁴. Certes la reprise de son contenu par une loi ultérieure règlera la question mais le rôle de l'ANI n'est pas uniquement de préfigurer la loi. En tant qu'accord autonome, il a en effet une « *existence propre tirée du contenu de la négociation* »¹¹⁹⁵. Or, la pratique conventionnelle à ce niveau utilise fréquemment la technique de l'« accord-cadre », qui se contente de fixer des orientations générales pour la négociation de branche et questionne l'effet impératif et automatique de l'ANI que la loi reconnaît pourtant à tout accord collectif¹¹⁹⁶.

Cette technique, que l'on peut retrouver à tous les niveaux de négociation¹¹⁹⁷, s'est en effet développée en priorité au niveau interprofessionnel, essentiellement pour deux raisons.

La première tient à l'objet même de la négociation à ce niveau qui porte sur des sujets très généraux et transverses aux professions¹¹⁹⁸. Bien souvent ces sujets, en raison de leur nouveauté, nécessitent « *la recherche d'un consensus sur des orientations générales* »¹¹⁹⁹ avant qu'ils ne soient déclinés au plus près du terrain. L'ANI va ainsi définir de grands principes et renvoyer leur mise en œuvre à des négociations décentralisées au niveau de la branche ou de l'entreprise¹²⁰⁰. La définition de ces principes s'illustrera par l'adoption de clauses dont l'effet

¹¹⁹⁴Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p.579.

¹¹⁹⁵Jacques BARTHÉLÉMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907.

¹¹⁹⁶V. *C. trav.*, art. L. 2254-1.

¹¹⁹⁷V. Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, « L'accord-cadre », *Dr. soc.* 1988, p.741 ; Serge FROSSARD « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p.617.

¹¹⁹⁸Nous rappelons qu'à l'aube des années 1970, la négociation interprofessionnelle a connu un remarquable essor en raison de préoccupations nouvelles du monde du travail telles que l'adaptation de l'emploi aux mutations technologiques, la formation professionnelle, etc. (V. supra Titre I). Ces préoccupations transverses aux différentes professions ont donné lieu à de très nombreuses négociations interprofessionnelles, notamment en période de crise économique nécessitant une adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi (V. Patrick GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. soc.* 1990, p.818 ; Jacques FREYSSINET, « Négociations interprofessionnelles et crise économique », *Revue de l'IRE* 2011, n°69, p.33). Plus récemment, l'impact des technologies de l'information et de la communication a donné lieu aux négociations sur le télétravail (ANI du 19 juil. 2005 et du 26 nov. 2020), qui a été mobilisé dans de nombreux secteurs en période de crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19 (V. Jean-Emmanuel RAY, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », *Dr. soc.* 2021, p.236). Il en est de même de sujets tels que le stress au travail en raison de l'évolution des techniques de production et des organisations (ANI du 2 juil. 2008) ou plus globalement de la santé et de la qualité de vie au travail (ANI du 9 déc. 2020 ; V. Franck HÉAS, « Un ANI sur la santé au travail, pour quoi faire ? », *Dr. soc.* 2021, p.253).

¹¹⁹⁹Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*, p.743.

¹²⁰⁰Le renvoi à une négociation décentralisée à un niveau inférieur est une caractéristique de l'accord-cadre (V. Francis GINSBOURGER et Jean-Yves PÔTEL, « La pratique de la négociation collective de branche de 1981 à 1985 », *Travail et Emploi* 1986, n°29, p.43 et spéc. p.50).

impératif est atténué, laissant plusieurs possibilités ouvertes aux niveaux inférieurs pour leur application¹²⁰¹.

La deuxième raison tient au fait que la liberté de négociation étant consacrée à tous les niveaux¹²⁰², une nécessaire régulation doit intervenir entre ces niveaux. Or, si les rapports entre accords collectifs de champs territoriaux et professionnels différents sont clairement définis par la loi¹²⁰³, l'articulation des négociations elles-mêmes n'est pas envisagée par notre droit de la négociation collective¹²⁰⁴. La technique de l'accord-cadre va dès lors permettre cette régulation entre les niveaux de négociation, tout particulièrement au niveau interprofessionnel - niveau le plus « élevé » - où l'accord n'aura pas pour objectif de définir directement les conditions de travail applicables aux salariés mais de « *préciser la façon dont à un autre niveau les partenaires sociaux devront régler ces questions* »¹²⁰⁵. Il s'agira alors non pas de régir le comportement des employeurs en tant que chef d'entreprise vis-à-vis des contrats individuels de travail - rôle traditionnellement dévolu à la convention ou à l'accord collectif de travail - mais celui d'organisations patronales et syndicales qui seront invitées à négocier à un autre niveau¹²⁰⁶. L'ANI aura alors pour objet de définir une méthode par laquelle le contenu de la relation de travail sera déterminé¹²⁰⁷.

L'ANI cadre serait donc un accord « imparfait » en ce sens qu'il comporte des clauses « *imparfaites* »¹²⁰⁸ tant dans leur contenu qu'en raison de l'obligation de recourir à une autre négociation pour les rendre applicables. Il conserverait ainsi « *une part d'indétermination et d'inachèvement qui subordonne son application à l'intervention d'un autre acte juridique* »¹²⁰⁹. Cette « *dégénérescence très marquée de la partie normative* »¹²¹⁰ limiterait donc la portée

¹²⁰¹Ces clauses peuvent porter sur des obligations conditionnelles, être potestatives ou ne créer que des obligations supplétives (V. Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*).

¹²⁰²V. CE, 21 juil. 1970, *Dr. soc.* 1971, p.112, note Jean-Claude VENEZIA.

¹²⁰³En derniers lieux par la loi du 4 mai 2004 et l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, qui consacrent l'effet impératif de l'accord conclu au plus près du terrain.

¹²⁰⁴V. Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*. Nous soulignons que si le Code du travail instaure une obligation de négocier sur certains thèmes au niveau de la branche (V. *C. trav.*, art. L. 2241-1 et s.) et de l'entreprise (V. *C. trav.*, art. L. 2242-1 et s.), il n'y a pas de domaine réservé à tel ou tel niveau de négociation. Les règles d'articulation des accords collectifs entre eux sont précisément édictées pour prévenir toute difficulté d'application en raison de cette liberté de négocier à tous les niveaux, dans tous les domaines relevant du champ de la négociation collective.

¹²⁰⁵Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*, p.742.

¹²⁰⁶V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir.G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz,1989, n°245 ter, p.444.

¹²⁰⁷Nous soulignons que les accords de méthode, qui sont des accords cadre, ont été consacrés par la loi du 8 août 2016 qui a introduit deux nouveaux articles dans le Code du travail afin d'encourager l'ensemble des niveaux de négociation à conclure de tels accords, dont l'objectif est de permettre à la négociation de s'accomplir « *dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* » (V. *C. trav.*, art. L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2).

¹²⁰⁸Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*, p.745.

¹²⁰⁹*Idem*, p.742.

¹²¹⁰Michel DESPAX, *op. cit.*

normative de l'ANI cadre¹²¹¹, dont les stipulations se résumeront, la plupart du temps, à de simples « *invitations conventionnelles* »¹²¹² pour la branche ou l'entreprise¹²¹³.

La situation de l'ANI cadre dans le paysage conventionnel peut paraître dès lors paradoxale. Ambitionnant, à n'en pas douter, de favoriser une couverture conventionnelle la plus large possible en fixant des principes généraux non contraignants ouvrant une possibilité d'adaptation au plus près du terrain, l'ANI cadre pêchera précisément sur ce point car son effectivité sera soumise à l'adoption de normes impératives aux niveaux « inférieurs ». Si l'on ajoute à cela la supplétivité de principe de l'accord de champ plus large introduite à compter de 2004 - et consacrée définitivement en 2017 - la portée normative de l'ANI autonome nous semble alors fortement limitée.

175. Accord « intersectoriel ». De prime abord un accord national interprofessionnel est un accord tissant des relations conventionnelles au sein de plusieurs professions au plan national, comme le préfixe « inter » semble le suggérer. On peut également soutenir, à l'appui

¹²¹¹Le Professeur Despax souligne que paradoxalement l'effet normatif très limité de l'accord-cadre va de pair avec une « *hypertrophie* » de la partie obligatoire de l'accord (Michel DESPAX, *op. cit.*).

¹²¹²Patrick GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. soc.* 1990, p.818.

¹²¹³Patrick Guilloux cite en exemple de nombreux accords-cadres interprofessionnels conclus durant les années 1970-1980 sur l'adaptation professionnelle, invitant les branches à négocier sur la gestion des emplois et des compétences et à mettre en œuvre des politiques prospectives en la matière. Il est clair que la gestion de l'emploi nécessite une adaptation au plus près du terrain et des réalités concrètes de l'entreprise. Les branches étaient ainsi invitées au travers de ces ANI cadres à négocier sur différents thèmes tels que l'impact des mutations technologiques, les dispositifs emploi-formation ou la gestion prévisionnelle. L'ANI pouvait avoir un rôle purement incitatif en la matière ou contenir au contraire une obligation de négocier pour les branches adhérentes mais, même dans ce dernier cas, les moyens juridiques d'exécution demeurent limités (V. Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, *op. cit.*, Michel DESPAX, *op. cit.*). L'auteur constatait d'ailleurs un certain essoufflement des négociations de branche sur ces thèmes à l'aube des années 1990 soulignant « *les limites de la technique de l'accord-cadre* ». Plus récemment, l'ANI sur le télétravail du 26 novembre 2020 (V. supra note n°1198) constitue, selon le ministère du travail, « *un cadre pour les négociations de branche et d'entreprise, qui clarifie certains points et complète certains droits* » (*Liaisons soc. quotidien*, act., n°18205, 16 déc. 2020) et qui n'a pas vocation à être transposé dans une loi, contrairement à son prédécesseur de 2005 dont certaines dispositions ont été reprises aux articles L. 1222-9 et s. du Code du travail (V. Jean-Emmanuel RAY, « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? *Dr. soc.* 2012, p.443). L'ANI « pour une mise en œuvre réussie du télétravail » du 26 novembre 2020, sans se qualifier lui-même d'accord-cadre, constitue ainsi une sorte de *vade-mecum* pour la négociation d'entreprise ou de branche et non un accord réellement normatif, invitant les niveaux « inférieurs » à se saisir pleinement du dispositif (art. 2.2 : « *Les signataires du présent accord insistent sur l'importance de faire de la mise en place du télétravail un thème de dialogue social et de négociation au niveau de l'entreprise, et, le cas échéant, au niveau de la branche professionnelle* »). Nous pouvons citer, enfin, l'« Accord-cadre national interprofessionnel pour adapter la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel », conclu le 14 octobre 2021 (V. *Liaisons soc. quotidien*, act., n°18409, 18 oct. 2021), qui propose de nombreuses pistes d'adaptation des dispositifs de formation professionnelle et d'alternance. Certaines pistes proposées par l'accord se traduisent par un programme de travail pour les partenaires sociaux, d'autres appellent une négociation à un niveau inférieur, voire une intervention directe des acteurs de la formation et d'autres constituent, enfin, une invitation pour le législateur à adapter la réforme de 2018. S'agissant du renvoi à la négociation collective, l'accord prévoit, notamment, l'élaboration d'un « *vade-mecum paritaire* » permettant d'approfondir le dialogue social entre employeurs et salariés sur le développement des compétences (*Liaisons soc. quotidien*, act., n°18413, 22 oct. 2021).

de cette analyse littérale, que l'accord national interprofessionnel a vocation à couvrir l'ensemble des professions au niveau national. L'accord national interprofessionnel serait donc un accord réunissant plusieurs professions, voire toutes les professions, au niveau national. Or, malgré cette appellation permettant de le caractériser, l'ANI, doit, à l'instar de tout accord collectif, déterminer son champ d'application territorial et professionnel¹²¹⁴. Si le périmètre géographique de l'ANI sera forcément national¹²¹⁵, son domaine professionnel devra être défini « *en termes d'activités économiques* » pour répondre aux exigences légales¹²¹⁶.

Confirmant le constat opéré pour la négociation de branche¹²¹⁷, ce critère d'identification du champ professionnel de l'ANI - critère unique retenu par le législateur en 1982 pour prévenir les chevauchements de champs d'application des conventions et accords¹²¹⁸ - n'est pas défini par loi¹²¹⁹. De ce fait, le champ d'application professionnel de l'ANI sera librement déterminé par les parties en termes d'activités économiques et pourra viser un certain nombre de « professions » ou de « branches » ou de « secteurs »¹²²⁰, voire prétendre les regrouper toutes ou tous au niveau national¹²²¹. Toutefois, en raison de l'effet relatif du contrat, le champ de compétence réel de l'organisation patronale signataire sera, comme pour tout accord, déterminant pour circonscrire le champ d'application de l'ANI¹²²². Les confédérations patronales à vocation interprofessionnelle¹²²³ ne pourront en effet engager que leurs adhérents

¹²¹⁴C.trav., art. L. 2222-1, al. 1.

¹²¹⁵Nous rappelons qu'un accord interprofessionnel peut également être conclu au niveau régional ou local (V. supra note n°1165).

¹²¹⁶C.trav., art. L. 2222-1, al. 1.

¹²¹⁷V. étude 60 supra.

¹²¹⁸V. supra note n°371.

¹²¹⁹Nous rappelons, à ce propos, que la jurisprudence reconnaît une valeur simplement indicative à la nomenclature NAF de l'INSEE pour déterminer la convention de branche applicable à une entreprise (V. supra note n°368), cette solution étant transposable aux accords interprofessionnels.

¹²²⁰Nous rappelons l'absence d'ordonnancement précis de ces notions (V. étude 76 supra).

¹²²¹Il est fréquent que les rédacteurs d'un ANI ne précisent pas son champ d'application professionnel, alors que cette clause est obligatoire. En cas de contestation relative à l'application de l'ANI, le juge sera alors amené à vérifier que l'entreprise relève d'une organisation signataire ou adhérente à cette dernière (V. infra).

¹²²²Nous avons indiqué à plusieurs reprises qu'en raison de la technique civiliste de la représentation applicable à la partie patronale, c'est l'identification de la partie patronale signataire qui détermine le champ d'application de toute convention ou de tout accord collectif (V. notamment étude 61 supra).

¹²²³A ce jour : le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), la Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME) et l'Union des entreprises de proximité (U2P) ; V. infra.

et c'est donc l'identification des organisations professionnelles de branche adhérentes qui permettra d'apprécier le périmètre réel d'application de l'ANI ¹²²⁴.

Gouverné par le principe de la relativité des effets du contrat, l'ANI autonome ne regroupera ainsi, en pratique, qu'un certain nombre de branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services et revêtira un simple caractère intersectoriel ou « multi-branches » rendant sa distinction avec l'accord « interbranches » mal aisée ¹²²⁵.

B. L'ANI délégué

176. Dans son rôle délégué, l'ANI peut en premier lieu préfigurer la loi et revêtir en cela le caractère d'une pré-législation (1). Il peut également définir les modalités d'application de la loi et se substituer ainsi au pouvoir réglementaire (2). Dans un cas comme dans l'autre, la portée de ce type d'accord ne peut être qu'universelle (3).

1- L'ANI pré-législatif

177. Un cadre constitutionnel contraignant. Nous avons retracé précédemment l'évolution mouvementée des rapports entre la négociation collective et la loi en soulignant que l'ANI avait pris une place importante au sein du débat sur le partage des tâches entre les partenaires sociaux et le législateur que d'aucuns considèrent « *aussi vieux que le droit des conventions collectives* » ¹²²⁶. Il en ressort qu'à ce jour, l'idée d'une « *répartition horizontale* » ¹²²⁷ entre l'accord collectif et la loi, qui consisterait à reconnaître au premier un domaine réservé et pas simplement un domaine autorisé par la seconde, ne semble pas d'actualité. Un tel bouleversement de notre ordonnancement juridique nécessiterait en effet, outre une réforme constitutionnelle d'ampleur déléguant des pans entiers du droit du travail aux

¹²²⁴La Confédération patronale interprofessionnelle ne pourra engager par sa signature que les organisations professionnelles de branche adhérentes, même si son champ de compétence statutaire n'est pas limité à tel ou tel secteur (V. infra). L'application de l'ANI ne sera dès lors obligatoire que pour les entreprises membres d'une organisation patronale de branche adhérente à la confédération signataire, exception faite d'une éventuelle extension ou d'un éventuel élargissement de l'accord (V. C. trav., art. L. 2262-1). Certains ANI ont pu prévoir par ailleurs de façon expresse que des branches professionnelles représentées par la confédération patronale signataire soient exclues à leur demande du champ d'application de l'accord (V. Lydie DAUXERRE, *La négociation collective professionnelle et interprofessionnelle*, Lexis Nexis, 2015, pp. 154-155).

¹²²⁵V. infra.

¹²²⁶Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p.574.

¹²²⁷Françoise FAVENNEC-HÉRY, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S* 2016, 1148.

partenaires sociaux, un changement complet de paradigme dans notre conception de la démocratie sociale¹²²⁸.

Si l'émancipation du droit conventionnel se heurte ainsi à un cadre constitutionnel contraignant, le Conseil constitutionnel a malgré tout, comme nous l'avons vu, accompagné de façon bienveillante l'évolution de la place de plus en plus importante reconnue à la négociation collective dans l'ordre juridique, que le législateur a lui-même favorisée¹²²⁹. Bénéficiant d'une « *suprématie affirmée* »¹²³⁰, le législateur a en effet accepté d'associer étroitement les partenaires sociaux à sa démarche, même si aucune règle de valeur constitutionnelle ne lui impose de telles faveurs¹²³¹.

Sans les autoriser à se substituer pleinement à son action, contrairement au modèle européen¹²³², le législateur a pour cela trouvé un compromis en édictant la loi du 31 janvier 2007 qui consacre une démarche procédurale préservant les compétences constitutionnellement reconnues au Gouvernement et au Parlement, tout en reconnaissant la place de l'ANI au sein du processus législatif.

178. Une législation de fait. Certes, l'article L. 1 du Code du travail ne rend obligatoire que la « *concertation préalable* » sur le projet de réforme, l'ouverture des négociations restant « *éventuelle* »¹²³³ selon le désir des partenaires sociaux d'assumer une telle responsabilité¹²³⁴.

Certes, le texte permet au Gouvernement de peser sur ces éventuelles négociations en édictant un « *document d'orientation* » préalable à la concertation présentant les « *principales*

¹²²⁸V. étude 152 supra.

¹²²⁹La doctrine considère que la théorie complète des rapports entre la loi et la négociation collective est présentée dans la décision du Conseil constitutionnel n°2004-494 DC du 29 avril 2004 (V. notamment Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cah. Cons. Constit.* 2010, n°29, p.193 ; « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *SSL* 2012, n°1533, p.7 ; Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21).

¹²³⁰Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p.574.

¹²³¹Nous rappelons que le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'oblige le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions qui touchent aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux (V. supra note n°956). De même, le projet de loi constitutionnelle consacrant le dialogue social préalable à la loi n'a pas été à ce jour adopté (V. étude 163 supra).

¹²³²Nous rappelons qu'une doctrine majoritaire considère qu'une subsidiarité de principe entre la loi et l'accord collectif serait consacrée pour l'élaboration du droit social communautaire (V. étude 154 supra).

¹²³³*C. trav.*, art. L. 1, al.1.

¹²³⁴Les partenaires sociaux ne seront pas toujours enclins à ouvrir une négociation en période de crise notamment, au risque de devoir assumer des difficultés économiques et sociales aux yeux de leurs adhérents (V. Christophe RADÉ, « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », *Dr. ouv.* 2010, p. 319 et spéc. p.323).

options »¹²³⁵, puis en se voyant communiquer par les organisations syndicales et patronales « *le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation* »¹²³⁶.

Certes, ces négociations une fois engagées ne déboucheront parfois que sur l'adoption d'une simple « position commune », moins engageante juridiquement qu'un ANI¹²³⁷.

Certes, rien n'oblige enfin le gouvernement à transcrire l'ANI tel quel dans son projet de loi sans en modifier l'équilibre ou le Parlement à s'interdire d'amender le texte soumis à son examen¹²³⁸ au risque de « *déconstruire un agencement qui donne à l'ANI une cohérence d'ensemble dans les textes* »¹²³⁹.

Pour autant, la tentation de reléguer l'ANI à un simple « *outil de communication* »¹²⁴⁰ au service des pouvoirs publics ne nous paraît pas envisageable. L'ANI concluant la négociation découlant de la procédure de concertation de l'article L. 1 du Code du Travail est en effet avant tout un accord collectif produisant à ce titre les effets juridiques contraignants attachés à tout accord. Ceci nous semble d'autant plus prégnant dans le champ de l'article L. 1 du Code du travail où l'ANI délaissera ses habits d'accord-cadre pour produire une « *règle ferme* »¹²⁴¹ que le législateur sera invité à « ratifier ». Il ne peut ainsi être assimilé à un simple « *avis préalable* »¹²⁴² à la loi, ni être considéré comme une « *simple(s) procédure(s) de consultation* »¹²⁴³.

S'il semble constitutionnellement impossible d'imposer au législateur le « *respect intégral du texte au nom de l'autorité du contrat* »¹²⁴⁴, la pratique démontre toutefois que Gouvernement et Parlement ne s'écarteront que très peu du texte négocié. Comme le souligne un éminent spécialiste de la question, ancien membre du Conseil Constitutionnel, en formalisant la concertation avec les partenaires sociaux, la loi du 31 janvier 2007 ouvre la

¹²³⁵C. trav., art. L.1, al. 2.

¹²³⁶C. trav., art. L.1, al. 3. Nous rappelons que le Gouvernement s'arroge cette prérogative parfois de manière excessive en arrêtant lui-même une durée des négociations, jugée souvent trop courte par les partenaires sociaux (V. supra note n°1136).

¹²³⁷La nature juridique de la position commune fait cependant débat : si elle ne constitue pas un accord collectif au sens du droit du travail (V. supra note n°1054), certains auteurs considèrent qu'elle ne serait pas pour autant dépourvue d'effet normatif dès lors qu'elle « *constitue une convention au sens du droit commun* » (Sylvain NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT* 2009, p.426).

¹²³⁸Sur le principe de la liberté contractuelle et l'atteinte portée par le législateur aux stipulations des conventions et accords collectifs : V. supra note n°953.

¹²³⁹Nicole MAGGI-GERMAIN, « Le télétravail, sujet de dialogue social à part entière », *Travail et sécurité* 2021, n°823, p.10 et spéc. p.11.

¹²⁴⁰*Ibidem*.

¹²⁴¹Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, « L'accord-cadre », *Dr. soc.* 1988, p.744.

¹²⁴²Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹²⁴³Jean-Pascal HIGELÉ, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. soc.* 2007, p.301.

¹²⁴⁴Jacques BARTHÉLÉMY, *op. cit.*

possibilité pour le Gouvernement de reprendre, dans son projet, le contenu de l'accord négocié et cette possibilité constituerait, en fait, une « *obligation politique* »¹²⁴⁵ pour le Gouvernement.

S'agissant du Parlement, son rôle paraît « *singulièrement limité lors de l'examen des projets de loi transcrivant un ANI* »¹²⁴⁶. La majorité parlementaire veillera, en effet, à l'invitation du Gouvernement, à ce l'équilibre de l'accord ne soit pas remis en cause lors de l'examen du projet. Même si le droit d'amendement pourra juridiquement s'exercer, cette « *attitude "d'auto-restriction" est compréhensible dans la mesure où un accord repose sur des compromis réciproques qui ne sont acceptables pour les parties prenantes que si son intégralité est respectée* »¹²⁴⁷. Pour un parlementaire, la loi du 31 janvier 2007 serait ainsi un texte « *un peu castrateur puisqu'on s'interdit certaines choses par avance* »¹²⁴⁸. Le législateur sera certes parfois amené à préciser certains « *termes un peu confus* » que les signataires de l'ANI auront retenu pour des raisons d'ordre « *politique ou symbolique* »¹²⁴⁹ mais « *la plupart des amendements adoptés* » seront alors « *élaborés en concertation avec les partenaires sociaux signataires de l'accord* » et auront pour objet « *de clarifier le texte* »¹²⁵⁰.

Destinée à éclairer la décision des pouvoirs publics au moyen d'une concertation préalable des partenaires sociaux, la loi du 31 janvier 2007 pose ainsi, si ce n'est *de jure* au moins *de facto*, l'ANI en véritable « *concurrent* »¹²⁵¹ de la loi. L'ANI ne se contente pas en effet d'anticiper la norme légale, il la « *fonde* »¹²⁵², et ce malgré toutes les réserves émises sur la portée réelle de la loi du 31 janvier 2007¹²⁵³. La notion de « *loi négociée* » retrouve dès lors toute sa « *pertinence* »¹²⁵⁴ et l'ANI pré-législatif constitue en réalité une « *législation de fait* »

¹²⁴⁵Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *SSL* 2012, n°1533, p.7.

¹²⁴⁶Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, « *Comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017* », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire, Sénat 17 mai 2017, p.146.

¹²⁴⁷*Ibidem*.

¹²⁴⁸Dominique DORD, « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *Dr. soc.* 2010, p.507.

¹²⁴⁹*Ibidem*.

¹²⁵⁰Henri CABANEL et Philippe BONNECARRÈRE, *op. cit.*

¹²⁵¹Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois », *Dr. soc.* 2006, p.981.

¹²⁵²Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « La refondation sociale : entre contractualisation et procéduralisation », in Jocelyne Barreau (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, PUR, 2003, p.152.

¹²⁵³V. *supra*.

¹²⁵⁴Christophe RADÉ, « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », *Dr. ouv.* 2010, p. 319.

que la transposition permettra de transmuier en « législation de droit »¹²⁵⁵. Avec le sens de la formule, le Professeur Jean-Emmanuel Ray en déduit que cet « *ANI-Chenille qui ne naît que pour devenir loi-Papillon n'a rien à voir avec un ANI classique* » et que l'article 34 de la Constitution fixant la compétence du législateur « *pourrait un jour en sortir un peu groggy* »¹²⁵⁶.

La loi intervenant « par-dessus » l'ANI transformerait donc sa nature questionnant par la même son autonomie en tant qu'accord¹²⁵⁷ mais également sa capacité à couvrir en amont l'ensemble des secteurs professionnels auxquels la loi, norme de portée générale, a vocation à s'appliquer ...

2- L'ANI post-législatif

179. Généralisation. La protection sociale complémentaire a constitué, comme nous l'avons vu, le premier domaine au sein duquel la pratique conventionnelle au plan interprofessionnel s'est développée. Révélant une nouvelle catégorie d'accords pour laquelle le droit commun des conventions collectives de l'époque était inadapté, la mise en place des régimes conventionnels de retraites complémentaires et d'assurance chômage avait nécessité la création d'un dispositif spécifique d'agrément ayant l'effet d'une extension et permettant ainsi aux ANI instituant ces régimes d'atteindre l'ensemble des employeurs et travailleurs compris

¹²⁵⁵On se souvient sur ce point du procédé « paroxystique » utilisé lors de l'adoption de la loi de mensualisation du 19 janvier 1978 - à une époque où le mécanisme de l'ANI pré-législatif n'était pas institutionnalisé - par lequel le texte de l'accord du 10 décembre 1977 avait purement et simplement été annexé au projet de loi avec une interdiction formelle adressée aux parlementaires de modifier celui-ci au nom du respect du contrat. La Cour de Cassation avait considéré par la suite que l'ANI avait acquis un caractère législatif du fait de son annexion à la loi (V. étude 133 supra).

¹²⁵⁶Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21 et spéc. p.29.

¹²⁵⁷La question revêt une intensité particulière lorsque les partenaires sociaux eux-mêmes insèrent des clauses liant expressément la validité ou l'entrée en vigueur de l'ANI à l'adoption des dispositions législatives (ainsi de l'ANI du 11 janvier 2008 de modernisation du marché du travail stipulant dans son article IV-a que « *sa validité est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application* » et de l'ANI du 11 janvier 2013 de sécurisation de l'emploi - art. 27 - prévoyant son entrée en vigueur « *dès l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application* ») ou des clauses d'« autodestruction » en cas de modification du texte par les parlementaires (ainsi de l'ANI du 24 mars 1990 sur le travail précaire ; V. étude 133 supra). La possibilité de réviser de l'ANI transposé et la portée de cette révision - qui ne pourrait en aucun cas lier le pouvoir législatif - ont également été discutées (V. Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », *SSL* 2008, n°1361, p.7 et spéc. p.8), même si cette révision nous semble possible (l'ANI du 11 janvier 2008 a fait l'objet d'avenants après sa codification, V. infra). S'agissant de son objet, nous pouvons souligner, enfin, que l'ANI pré-législatif est lié par l'article L. 1 du Code du travail qui lui interdit a priori de s'intéresser aux garanties sociales (V. étude 161 supra).

dans leur champ d'application¹²⁵⁸. Les exigences de solidarité fondant ces régimes¹²⁵⁹ nécessitaient en effet qu'ils reposent sur un champ d'application conventionnel le plus vaste possible - d'où le choix d'un champ national et interprofessionnel - et qu'ils s'appliquent à l'ensemble des employeurs (et par conséquent à leurs salariés) compris dans ce champ d'application au-delà des seuls adhérents du CNPF, signataire patronal des ANI créant ces régimes.

Les garanties instituées par ces régimes ne profitaient malgré tout qu'aux seuls salariés des entreprises comprises dans le champ d'application professionnel de ces « conventions collectives de sécurité sociale ». Aussi vaste que soit ce dernier, l'essence conventionnelle de ces régimes laissait ainsi de côté une part importante de la population active relevant de branches d'activité exclues du champ d'application des accords fondateurs.

Le législateur intervint dès lors en 1967 pour étendre l'obligation d'assurance chômage instituée par la convention du 31 décembre 1958¹²⁶⁰ à « *tout employeur occupant un ou des salariés dans le champ d'application territorial de la convention* »¹²⁶¹ et rendre obligatoire l'adhésion aux institutions du régime pour ces mêmes employeurs, « *nonobstant la définition limitative du champ d'application professionnel de la convention* »¹²⁶². La loi n°79-32 du 16 janvier 1979 relative à l'aide aux travailleurs privés d'emploi¹²⁶³ reprit l'obligation d'assurance et d'adhésion dans les termes suivants : « *Sous réserve des dispositions des articles L. 351-16 et L. 351-17 [régimes particuliers], tout employeur entrant dans le champ d'application territorial de la convention sus-indiquée est tenu d'assurer contre le risque de privation d'emploi tout salarié dont l'engagement résulte d'un contrat de travail, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger, ainsi que les travailleurs salariés français expatriés. / Les institutions prévues à l'article L. 351-2 ne peuvent refuser les adhésions données en application de l'alinéa précédent* »¹²⁶⁴. Après la dénonciation de la convention du 31 décembre 1958, le 17 novembre 1982¹²⁶⁵, la référence au champ d'application territorial de cette dernière

¹²⁵⁸V. études 122 et 123 supra.

¹²⁵⁹V. supra notes n°715, 746 et 773.

¹²⁶⁰V. étude 115 supra.

¹²⁶¹Ord. n°67-850 du 13 juillet 1967 relative aux garanties de ressources des travailleurs privés d'emploi, art. 11 (V. supra note n°750)

¹²⁶²Ord. préc., art. 12.

¹²⁶³V. supra note n°746.

¹²⁶⁴C. trav., art. L. 351-3 anc., réd. L. 16 janv. 1979.

¹²⁶⁵V. Charles BONIFAY, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures relatives au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et à la garantie des créances des salariés, n°142, Sénat, 15 déc. 1983, pp.24-25.

fût retirée de l'article L. 351-3 du Code du travail¹²⁶⁶. L'ordonnance n°84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail¹²⁶⁷ codifia ensuite cette obligation à l'article L. 351-4 du Code du travail dans les termes suivants : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 351-12 [régimes particuliers], tout employeur est tenu d'assurer contre le risque de privation d'emploi tout salarié dont l'engagement résulte d'un contrat de travail, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger ainsi que les travailleurs salariés français expatriés. / Les adhésions données en application de l'alinéa précédent ne peuvent être refusées* ». L'actuel article L. 5422-13 du Code du travail, issu de la recodification de 2008, reprend l'obligation dans des termes quasiment identiques : « *Sauf dans les cas prévus à l'article L. 5424-1, dans lesquels l'employeur assure lui-même la charge et la gestion de l'allocation d'assurance, tout employeur assure contre le risque de privation d'emploi tout salarié, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger ainsi que les travailleurs salariés français expatriés. / L'adhésion au régime d'assurance ne peut être refusée* ».

Le législateur intervint également en 1972 pour rendre obligatoire l'affiliation de tous les salariés et anciens salariés assujettis à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale ou des assurances sociales agricoles, non couverts par un régime complémentaire de retraite, à une institution gérant un tel régime¹²⁶⁸. Un droit à la retraite complémentaire était ainsi proclamé pour tous les salariés du secteur privé, transcendant les limites du champ d'application des accords instituant ces régimes¹²⁶⁹.

180. « Quasi-règlement ». Une analyse chronologique démontre que les accords fondateurs préexistaient donc aux lois qui sont venues généraliser les régimes de protection sociale complémentaire. Comme le souligne un auteur : « *En cela, les partenaires sociaux avaient déjà joué le rôle prélégislatif que l'on entend leur confier* »¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶V. Ord. n°84-106 du 16 fév. 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi (V. supra note n°746), art.4.

¹²⁶⁷V. supra note n°746.

¹²⁶⁸V. L. n°72-1223 du 29 déc. 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés, art. 1^{er}, al. 1, JORF 30 déc. 1972, p.13781.

¹²⁶⁹Ce principe d'adhésion obligatoire et générale figure aujourd'hui à l'article L. 921-1 du Code de la sécurité sociale qui dispose dans son alinéa 1^{er} : « *Les catégories de salariés soumis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale ou des assurances sociales agricoles et les anciens salariés de même catégorie, qui ne relèvent pas d'un régime complémentaire de retraite géré par une institution de retraite complémentaire autorisée en vertu du présent titre ou du I de l'article L. 727-2 du code rural et de la pêche maritime sont affiliés obligatoirement à une de ces institutions. Ces dispositions sont applicables aux personnes mentionnées à l'article L. 382-15 qui bénéficient d'un revenu d'activité perçu individuellement* ».

¹²⁷⁰Dominique FABRE, « Les accords nationaux interprofessionnels : quels acteurs, quels pouvoirs ? », SSL 2008, n°1361, p.60.

Ayant servi de pré-législation, les ANI de protection sociale complémentaire présentent toutefois la particularité de définir également les modalités d'application des lois qu'ils ont préfigurées.

Le premier alinéa de l'article L. 5422-20 du Code du travail dispose en effet que « *les mesures d'application* » des dispositions du chapitre du Code du travail relatif au régime d'assurance chômage « *font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés* »¹²⁷¹. L'alinéa 2 indique ensuite que ces accords sont soumis à un agrément des pouvoirs publics¹²⁷² que l'article L. 5422-22 du même code réserve aux seuls accords « *négociés et conclus sur le plan national et interprofessionnel entre organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel* »¹²⁷³. L'ANI reçoit donc une délégation de pouvoir réglementaire puisqu'il détermine les modalités d'application du principe légal d'assurance chômage désormais obligatoire pour tout employeur. Cette idée de délégation est au demeurant renforcée par les dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 5422-20 du Code du travail qui prévoient que le pouvoir réglementaire puisse

¹²⁷¹Certaines dispositions relatives au financement par l'impôt (*C. trav.*, art. L. 5422-9, 5°), au régime social et fiscal des contributions patronales et salariales (*C. trav.*, art. L. 5422-10), aux obligations de déclaration des rémunérations, de recouvrement et de contrôle des contributions (*C. trav.*, art. L. 5422-14 à L. 5422-16), ainsi que celles relatives au suivi financier du régime par les pouvoirs publics (*C. trav.*, art. L. 5422-25) sont toutefois exclues de l'objet de ces accords. Ces exclusions s'expliquent par l'étatisation croissante du régime, la fiscalisation de ses ressources et l'amoindrissement corrélatif du champ d'intervention des partenaires sociaux (V. étude 116 supra).

¹²⁷²En application de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, le pouvoir d'agréer a été confié au Premier ministre à compter du 1^{er} janvier 2019 (V. *C. trav.*, art. L. 5422-21, al. 3).

¹²⁷³Nous précisons qu'à la suite de la dénonciation de la convention 31 décembre 1958 (qui avait été complétée et modifiée par une convention du 27 mars 1979), les ordonnances du 16 février et du 21 mars 1984 ont maintenu la possibilité de renvoyer la détermination des mesures d'application du régime à un ANI agréé (V. *C. trav.*, art. L. 351-9 anc., al. 1, réd. Ord. n°84-106 du 16 fév. 1984 ; *C. trav.*, art. L. 351-8, al. 1, réd. Ord. n°84-198 du 21 mars 1984).

intervenir directement en cas de carence des partenaires sociaux¹²⁷⁴. Autrement dit, comme le précise le Professeur Philippe Langlois : « *La fonction de l'accord agréé est donc, clairement, de se substituer au décret d'application de la loi, lequel ne peut intervenir qu'en l'absence d'accord agréé* »¹²⁷⁵.

De même, l'article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale renvoie à l'ANI le soin de décliner le principe d'adhésion obligatoire et générale à un régime de retraite complémentaire découlant de la loi du 29 décembre 1972, et aujourd'hui codifié à l'article L. 921-1 du même code¹²⁷⁶, en disposant que « *Les régimes de retraite complémentaire des salariés relevant du présent chapitre sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis conformément aux dispositions du titre Ier du présent livre* ». Cette disposition, issue de la loi du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire¹²⁷⁷, rend ainsi « *effective la solidarité nationale et interprofessionnelle voulue par la loi de 1972* »¹²⁷⁸, qui rendait obligatoire la couverture de tous les salariés du secteur privé par un régime de retraite complémentaire et posait, dans le même temps, le principe d'une compensation généralisée entre les institutions gérant ces régimes¹²⁷⁹. La loi du 29 décembre 1972 indiquait que pour atteindre ces objectifs des arrêtés du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre de l'économie et des finances « *étendront, sur proposition ou après avis de la commission*

¹²⁷⁴C. trav., art L. 5422-20, al. 3 : « *En l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat* ». La genèse de cette disposition figure dans la loi du 16 janvier 1979 qui avait confié aux partenaires sociaux et institutions résultant de la convention du 31 décembre 1958 la mise en œuvre et le fonctionnement du régime unifié d'indemnisation du chômage (V. supra note n°746). Il était prévu qu'en cas de décision ou d'absence de décision des parties signataires de la convention de 1958 - qui devait être modifiée ou complétée en tant que de besoin par un accord agréé (V. conv. du 27 mars 1979) - ou des institutions en résultant qui mettrait en cause le fonctionnement du régime, les mesures propres à assurer ce fonctionnement seraient prises, à titre exceptionnel et transitoire, par décret en Conseil d'Etat (V. C. trav., art. L. 351-18 anc., réd. L. 16 janvier 1979). Un décret fût pris le 24 novembre 1982 (V. Décr. n°82-991 du 24 nov. 1982 portant application de l'article L. 351-18 du code du travail, JORF 25 nov. 1982, p.3574) destiné à assurer le fonctionnement du régime après la dénonciation de la convention du 31 décembre 1958 (V. Rapport Bonifay préc., pp.24-25). Les ordonnances de 1984, consacrant une nouvelle dualisation du régime (V. supra note n°746), ont repris le principe d'une intervention du pouvoir réglementaire en l'absence d'accord fixant les mesures d'application du régime d'assurance chômage dont le cadre est désormais fixé par la loi ou à défaut d'agrément de l'accord (V. C. trav., art. L. 351-9 anc., al. 3, réd. Ord. n°84-106 du 16 fév. 1984 ; C. trav., art. L. 351-8, al. 3, réd. Ord. n°84-198 du 21 mars 1984). Un « décret de carence » a notamment été pris le 26 juillet 2019 (V. Décr. n°2019-797 du 26 juil. 2019 relatif au régime d'assurance chômage, JORF 28 juil. 2019) en application des dispositions de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel qui autorise le Gouvernement à abroger l'agrément de l'accord conclu par les partenaires sociaux qui s'écarte de la trajectoire financière voulue par les pouvoirs publics et à faire application de l'alinéa 3 de l'article L. 5422-20 en l'absence de conclusion d'un nouvel accord respectant cette trajectoire (V. C. trav., art. L. 5422-25).

¹²⁷⁵Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », *Dr. soc.* 1992, p.5.

¹²⁷⁶V. supra notes n°s 1268 et 1269.

¹²⁷⁷L. n°94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92-49 et n°92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, art. 5 VI (V. supra note n°705).

¹²⁷⁸Jacques BARTHÉLÉMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513

¹²⁷⁹V. L. 29 déc. 1972, art. 1^{er}, al. 2 (actuel CSS, art. L. 921-1, al. 2).

mentionnée à l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 59-238 du 4 février 1959 relative aux régimes complémentaires de retraite¹²⁸⁰, à la condition qu'aucune opposition n'ait été formulée au sein de cette commission, tout ou partie des dispositions d'accords agréés conformément à l'article 1^{er} de ladite ordonnance, à des employeurs, à des salariés et anciens salariés non compris dans le champ d'application de ces accords »¹²⁸¹. Il convient de rappeler à nouveau que l'agrément résultant de l'ordonnance du 4 février 1959 avait pour effet de rendre obligatoire les dispositions de l'accord de retraite complémentaire à tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application de celui-ci et avait donc les mêmes effets qu'une extension¹²⁸². Malgré la terminologie utilisée, les dispositions de la loi de 1972 instaurent donc en réalité une faculté supplémentaire d'« élargissement » de l'accord puisque les dispositions de ce dernier étaient alors rendues obligatoires pour des employeurs et des salariés non compris dans son champ d'application¹²⁸³. Comme le souligne Jacques Barthélémy : « L'extension de ces accords s'appelait alors agrément et l'élargissement, extension »¹²⁸⁴. La loi utilisait ainsi l'élargissement des accords de retraite complémentaire comme une mesure d'application du principe législatif qu'elle instituait rendant, en quelque sorte, la publication d'un décret d'application inutile. Une doctrine autorisée rappelle d'ailleurs, à ce propos, que bien qu'antérieurs à la loi de du 29 décembre 1972, la convention du 14 mars 1947 ayant créé le régime AGIRC et l'ANI du 8 décembre 1961 ayant créé l'ARRCO¹²⁸⁵ sont considérés comme « résultant de négociation(s) post-législative(s) »¹²⁸⁶ et que leurs arrêts d'élargissement ont joué « le rôle dévolu au décret d'application, jamais publié, de la loi du

¹²⁸⁰V. supra note n°824.

¹²⁸¹L. 29 déc. 1972, art. 2. La même procédure était prévue pour le secteur agricole tenant compte des spécificités de celui-ci (V. L. 29 déc. 1972, art. 3).

¹²⁸²V. étude 123 supra.

¹²⁸³Nous rappelons que la procédure d'élargissement a été introduite par l'ordonnance du 22 septembre 1967, puis complétée par la loi du 13 juillet 1971, pour les seules conventions collectives de branche (V. supra note n°566). Ce n'est que lors de l'entrée en vigueur de la loi du 13 novembre 1982 que cette procédure sera applicable aux ANI de droit commun (V. art. L. 133-12 3° anc., réd. L. 13 nov. 1982). Le terme d'« élargissement », employé pour la première fois par le Professeur Michel Despax (Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p. 147 et spéc. p.149), ne sera d'ailleurs repris par le législateur qu'à cette date pour désigner cette procédure complémentaire de l'extension (V. art. L. 133-12 4° et L. 133-14 anc., réd. L. 13 nov. 1982).

¹²⁸⁴Jacques BARTHÉLÉMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298.

¹²⁸⁵V. étude 114 supra.

¹²⁸⁶Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », *SSL* 2008, n°1361, p.7 et spéc. p.8.

29 décembre 1972 »¹²⁸⁷. Le Professeur Philippe Langlois souligne de son côté que la loi de généralisation du 29 décembre 1972 « *n'a présenté, sur ce point, qu'un intérêt restreint, aucune entreprise n'ayant été contrainte d'adhérer à un régime obligatoire en application du seul article 921-1 du Code de la Sécurité sociale* » et que cette loi « *a surtout permis de justifier les trains d'arrêtés d'extension de 1973, qui auraient fort bien pu intervenir sans elle* »¹²⁸⁸.

Constatant l'intégration des derniers régimes professionnels dans le champ de la solidarité interprofessionnelle mise en œuvre par les régimes ARRCO et AGIRC¹²⁸⁹, la loi du 8 août 1994 a pu ainsi mettre en place « *de nouveaux instruments pour parachever l'application de la loi de généralisation* »¹²⁹⁰ en confiant désormais au seul ANI étendu et élargi¹²⁹¹, la

¹²⁸⁷Jacques BARTHELEMY, « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », *JCP E* 1998, n°41, p.1590. L'éminent spécialiste précise que le décret d'application de la loi de 1972 n'a jamais été publié pour deux raisons. La première tient au fait que des régimes de retraite complémentaire de branche existaient alors aux côtés des ANI ayant créé les régimes AGIRC et ARRCO. Nous rappelons, en effet, que l'ordonnance du 4 février 1959 autorisait l'agrément d'accord professionnels ou interprofessionnels de retraite complémentaire, contrairement à celle du 7 janvier 1959 relative à l'assurance chômage qui limitait celui-ci aux seuls ANI. De même, l'ordonnance du 4 février 1959 avait sécurisé les régimes complémentaires de retraite résultant de stipulations de conventions collectives de travail susceptibles d'extension dans le cadre des dispositions de la loi du 11 février 1950 (V. étude 122 supra). L'intégration de ces régimes de branche dans la solidarité interprofessionnelle nécessitait en préalable, malgré la loi de généralisation, un élargissement par voie conventionnelle selon la procédure d'adhésion prévue à l'article L. 132-16 du Code du travail (actuel *C. trav.*, art. L. 2261-5), ce qui fût fait dans les années 1990 (V. supra note n°821). La seconde raison est que le champ d'application de la convention AGIRC de 1947 et de l'ANI ARRCO de 1961 étant défini par le champ de compétence du CNPF, des professions demeuraient exclues de ce champ d'application qui était donc réduit par rapport à celui de la loi de 1972. Par voie de conséquence, le décret d'application de la loi n'a jamais été publié et des « *voies plus pragmatiques ont été explorées* » à savoir l'élargissement réglementaire de ces accords à d'autres professions que celles représentées au CNPF (Jacques BARTHELEMY, *op. cit.*). Plusieurs arrêtés d'élargissement de la convention de 1947 et de l'ANI de 1961 ont ainsi été pris pour « étendre » leur champ d'application à l'ensemble des professions (V. notamment l'arrêté du 26 décembre 1973 étendant le champ d'application de la convention du 14 mars 1947 à tous les employés (cadres) relevant de branches d'activité dont les travailleurs sont assujettis à titre obligatoire au régime général d'assurance vieillesse de la sécurité sociale, à l'exclusion des branches relevant à cette époque de régimes professionnels, JORF 28 déc. 1973, p.14003 et l'arrêté du 25 juin 1973 prévoyant des dispositions identiques pour l'ANI du 8 décembre 1961, JORF 27 juin 1973, p.6810).

¹²⁸⁸Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Dr. soc.* 1997, p.1023. Le terme d'extension est à entendre comme « élargissement » à l'époque de la loi de 1972 (nous rappelons).

¹²⁸⁹Nous rappelons que les derniers régimes complémentaires de retraite de branche fonctionnant par répartition ont été intégrés conventionnellement à l'AGIRC et à l'ARRCO dans les années 1990 (V. supra notes n°s821 et 1287). Ainsi, le régime des banques et celui du personnel des organismes de sécurité sociale ont été intégrés à effet du 1^{er} janvier 1994 (V. Philippe LANGLOIS, « L'intégration du régime bancaire dans les régimes complémentaires obligatoires », *Dr. soc.* 2001, p.875 ; Xavier PRETOT, « Du régime CPPOSS aux régimes AGIRC et ARRCO », *Dr. soc.* 1997, p.179). Le secteur agricole et le personnel des Caisses d'épargne ont été intégrés à la fin des années 1990 (V. [www.agirc-arrco.fr/champ d'application](http://www.agirc-arrco.fr/champ_d_application)).

¹²⁹⁰Jacques BARTHELEMY, « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », *JCP E* 1998, n°41, p.1590.

¹²⁹¹Les termes d'agrément (au sens extension) et d'extension (au sens élargissement) ont été abandonnés au profit de ceux, classiques, d'extension et d'élargissement - tels qu'usités dans le Code du travail depuis la loi du 13 novembre 1982 (V. supra note n°1283) - lors de l'entrée en vigueur de la loi n°89-474 du 10 juillet 1989 portant dispositions relatives à la sécurité sociale et à la formation continue des personnels hospitaliers (JORF, 12 juil. 1989, p.8759 ; V. Jacques BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », *Dr. soc.* 1993, p.89 ; « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298). Cette assimilation terminologique ne gomme pas, malgré tout, certaines spécificités de l'extension et de l'élargissement des ANI de retraite complémentaire sur lesquelles nous reviendrons (V. infra).

possibilité d'instituer un régime de retraite complémentaire obligatoire en application des dispositions du Code de la Sécurité Sociale¹²⁹².

Nous pouvons en conclure qu'en définissant les modalités d'application d'un principe législatif, les partenaires sociaux se « *substituent au pouvoir réglementaire* »¹²⁹³ et que, dès lors, l'ANI d'assurance chômage et de retraite complémentaire, aidé d'instruments spécifiques, « *ne pourra qu'acquérir la qualification de quasi-règlement* »¹²⁹⁴.

Ainsi, bien que le Conseil Constitutionnel ait admis depuis un certain temps que le législateur puisse renvoyer aux partenaires sociaux le soin de préciser les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte¹²⁹⁵, notamment par la voie de la négociation collective¹²⁹⁶, et place désormais « *exactement sur le même plan le recours au décret et le recours à la négociation collective* »¹²⁹⁷ pour préciser ces modalités d'application¹²⁹⁸, nous pouvons affirmer que les ANI de protection sociale complémentaire ont joué, de façon certaine, un rôle précurseur en la matière¹²⁹⁹.

¹²⁹²Nous rappelons qu'il convient désormais de distinguer strictement les régimes de retraite complémentaire fonctionnant par répartition, institués par des ANI étendus et élargis (CSS, art. L. 921-4 préc.), des garanties collectives qui font appel à des capitaux de couverture et qui peuvent être mises en place dans des champs plus restreints tels que la branche ou l'entreprise (V. supra notes n°s 705 et 773). Une convention collective ou un accord de branche - pas plus qu'un accord d'entreprise ou un référendum (V. CSS, art. L. 731-8 anc., réd. L. n°89-473 du 10 juil. 1989 préc., devenu L. 731-1 anc. lors de l'entrée en vigueur de la loi dite Evin du 31 déc. 1989 ; Jacques BARTHÉLÉMY, « Le référendum en droit social », *Dr. soc.* 1993, p.89) - ne peut instituer, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1994, un régime de retraite complémentaire mais seulement des systèmes de retraites dont les engagements sont entièrement provisionnés (garanties collectives régies par les dispositions des articles L. 911-1 et s. du CSS ; V. outre les notes précitées, supra note n°816). Nous rappelons, enfin, que l'ANI du 17 novembre 2017 a fusionné les régimes AGIRC et ARRCO, institués respectivement par la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et l'Accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961, en un régime unique à compter du 1^{er} janvier 2019 (V. supra note n°725).

¹²⁹³Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹²⁹⁴Jacques BARTHÉLÉMY et Gilbert CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2013, p.17.

¹²⁹⁵Cons. Const. 25 juil. 1989, n°89-257 DC (V. supra note n°911).

¹²⁹⁶Cons. Const. 29 avr. 2004 n°2004-494 DC, *D.* 2004, p.3029, obs. Xavier PRÉTOT et Dominique CHELLE ; *RFDA* 2005, p.409, note Laurence DARDALHON (V. également supra note n°1229).

¹²⁹⁷Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cah. Cons. Constit.* 2010, n°29, p.193 et spéc. p.201.

¹²⁹⁸V. Cons. const. 16 août 2007, n°2007-556 DC, *LPA* 2007, n°193, p.11, note Alain SAURET ; *Dr. soc.* 2007, p.1221, note Valérie BERNAUD.

¹²⁹⁹Dans un article daté de 1992, Philippe Langlois indiquait que la décision du conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 produirait assurément des effets à long terme mais que ses incidences immédiates étaient très limitées en comparaison de la substitution aux pouvoirs publics opérée par les ANI de protection sociale. L'auteur soulignait que cette décision ne faisait en réalité « *qu'enregistrer ce que la pratique des relations sociales avait inscrit dans les faits depuis fort longtemps* » au travers de ces accords (Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », *Dr. soc.* 1992, p.5).

3- Une portée par essence universelle

181. Généralité. L'ANI délégué sert donc tantôt de « *modèle à loi* », tantôt de « *décret d'application de la loi* »¹³⁰⁰. Ces fonctions postulent que son champ d'application soit identique à celui de la loi qu'il fonde ou dont il détermine les modalités d'application. En effet, la loi a une portée générale¹³⁰¹ et le fait qu'un contrat conclu entre personnes privées détermine en amont son contenu - technique ayant pu choquer les plus éminents spécialistes¹³⁰² - sous-tend que l'accord pré-législatif ait un champ d'application général, identique à celui de la loi. De même, l'ANI post-législatif, substitué au pouvoir réglementaire, doit avoir « *concrètement un champ identique à celui de la loi* »¹³⁰³ dont il est chargé de définir les modalités d'application. Philippe Langlois souligne ainsi, à propos de ce dernier, le « *particularisme du champ d'application professionnel de l'accord qui doit nécessairement être général afin de couvrir l'ensemble des professions, même celles qui ne sont pas représentées au CNPF* »¹³⁰⁴.

182. Universalité. En servant de support à une réforme législative ou en créant et en mettant en œuvre des régimes de protection sociale qui complètent ou se substituent à des régimes légaux de sécurité sociale¹³⁰⁵, l'ANI délégué se doit donc d'avoir une portée universelle lui permettant d'accompagner l'évolution du droit social dans son ensemble. En regard de ses fonctions, son domaine d'application ne peut, en effet, être restreint ni sur un plan territorial, ni sur un plan professionnel. Tous les secteurs d'activité de l'ensemble du territoire national doivent au contraire être visés par l'accord, ce qui implique que la réunion des professions qu'il organise, à des fins de bon fonctionnement de la démocratie sociale ou dans un objectif de solidarité, ait « *vocation à l'exhaustivité* »¹³⁰⁶.

¹³⁰⁰Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », *Dr. soc.* 1992, p.5.

¹³⁰¹V. DDHC, art. 6.

¹³⁰²Nous renvoyons aux condamnations sans ambages du Professeur Gérard Lyon-Caen sur la technique de l'ANI pré-législatif (V. étude 132 supra).

¹³⁰³Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹³⁰⁴Philippe LANGLOIS, *op. cit.*

¹³⁰⁵Nous rappelons que les ANI de retraite complètent le régime légal d'assurance vieillesse de la sécurité sociale, alors que l'assurance chômage a été créée conventionnellement en lieu et place d'un régime légal de sécurité sociale (V. études 114 et 115 supra) et que ces régimes conventionnels ont par la suite reçu une base légale (V. étude 179 supra).

¹³⁰⁶Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p.933.

Comme le souligne Franck Morel, la question de la capacité à établir un lien entre un accord qui couvre le champ de ses signataires et sa « *vocation universelle* » est dès lors posée¹³⁰⁷.

§ 2. Le champ d'application des accords nationaux interprofessionnels

183. Si la détermination du champ d'application territorial de l'ANI semble, de prime abord, ne pas poser de difficulté particulière (A), la question de son champ d'application professionnel et de la capacité de ce dernier à couvrir l'ensemble des branches d'activité paraît essentielle (B). Ce n'est toutefois qu'à l'aide de certaines techniques juridiques que le « *but d'universalité professionnelle* »¹³⁰⁸ recherché par ce type d'accord peut être atteint (C).

A. La détermination du champ d'application territorial

184. S'il semble évident que le champ d'application territorial d'un accord national interprofessionnel correspondra au territoire national (1), un tel truisme ne doit pas toutefois éluder la possibilité de fixer un domaine géographique plus restreint (2).

1- Un champ national

185. Territoire national. La vocation générale de la négociation nationale et interprofessionnelle postule que l'accord interprofessionnel s'applique sur l'ensemble du territoire national. Dans sa fonction pré ou post législative, l'ANI doit en effet recouvrir les mêmes contours géographiques que la loi qu'il précède ou met œuvre et viser ainsi tout le territoire de la République. Cette ampleur semble si évidente aux yeux des partenaires sociaux que de nombreux ANI ne comportent pas de clause définissant expressément leur champ d'application territorial¹³⁰⁹, contrairement aux prescriptions de l'article L. 2222-1 du Code du

¹³⁰⁷Franck MOREL, « Perspectives de développement de la négociation collective », *JCP S* 2012, 1106 (V. supra note n°328).

¹³⁰⁸Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039.

¹³⁰⁹A titre d'exemples : l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, l'ANI du 11 janvier 2013 de sécurisation de l'emploi ou encore l'ANI sur la santé au travail du 9 décembre 2020.

travail¹³¹⁰. Le champ territorial de l'accord se déduira alors, par « reflet », de la compétence géographique des confédérations nationales signataires et de l'intitulé de l'accord qui s'auto-proclame « national »¹³¹¹.

Outre son caractère obligatoire, cette précision revêt pourtant une importance certaine au moins pour deux raisons.

186. Territoires ultramarins. La première tient aux départements, régions et collectivités d'outre-mer dont il convient d'envisager la situation vis-à-vis de l'accord. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, l'article L. 2222-1 imposait aux conventions et accords dont le champ d'application est national de préciser si celui-ci comprenait les départements d'outre-mer, Saint-Barthélemy, Saint-Martin ou Saint-Pierre-et-Miquelon¹³¹². Ainsi, dans le silence de l'ANI sur son champ d'application territorial, ses stipulations n'étaient pas applicables dans ces départements et collectivités ultramarins, sauf transposition législative de celui-ci¹³¹³, sous réserve de l'adaptation normative autorisée par l'article 73 de la Constitution pour les départements et les régions d'outre-mer et du principe de

¹³¹⁰Nous rappelons les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2222-1 du Code du travail : « *Les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés " conventions " et " accords " dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel* ».

¹³¹¹Nous rappelons que la jurisprudence considère toutefois que l'intitulé d'une convention ou d'un accord est dépourvu, par lui-même, d'effet juridique (V. supra note n°609).

¹³¹²Cette obligation avait été introduite à l'ancien article L. 132-5 du Code du travail relatif au champ d'application des accords (devenu l'article L. 2222-1 lors de la recodification de 2008) par la « loi Perben » du 25 juillet 1994, dans un premier temps pour les seuls départements d'outre-mer, à savoir la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion et Mayotte depuis le 31 mars 2011 (V. L. n°94-638 du 25 juil. 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte, art. 16, JORF 27 juil. 1994, p.10824). Cette règle fût ensuite étendue successivement à trois collectivités d'outre-mer : Saint-Pierre-et-Miquelon (V. Ord. n°2005-57 du 26 janv. 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle outre-mer, JORF 28 janv. 2005) puis Saint-Barthélemy et Saint-Martin (V. Ord. n°2008-205 du 27 fév. 2008 relative au droit du travail applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, JORF 1^{er} mars 2008). Avant l'entrée en vigueur de la loi Perben, il était considéré qu'une convention nationale englobait les départements d'outre-mer. On fit cependant valoir à l'époque que ces conventions étaient peu ou pas appliquées. Le ministère du travail avait donc demandé aux partenaires sociaux de prévoir des clauses spécifiques aux DOM mais dans la majorité des cas ces recommandations n'avaient pas été suivies d'effet. En rendant cette précision explicite et obligatoire et en renversant le système juridique où le silence valait application, législateur de 1994 avait souhaité faciliter la signature de conventions ou d'accords spécifiques aux départements d'outre-mer (V. Louis SOUVET, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte, Sénat, n°556, 29 juin 1994, p.74).

¹³¹³La technique de l'élargissement géographique semblait en pareil cas disqualifiée car elle n'est expressément envisagée, sous certaines conditions, que pour les conventions et accords de branche et non pour les ANI par principe applicables sur tout le territoire national (V. C. trav., art. L. 2261-17).

spécialité législative fixé par l'article 74 de la Constitution pour les collectivités d'outre-mer¹³¹⁴. La situation de ces territoires dépendait donc d'une rédaction précise de l'accord sur son périmètre géographique pouvant inclure ou non l'outre-mer¹³¹⁵.

Guidée par une volonté législative d'égalité de traitement entre les salariés hexagonaux et ultramarins¹³¹⁶, la nouvelle rédaction de l'article L.2222-1 du Code du travail, issue de la loi du 8 août 2016, inverse désormais cette logique en prévoyant que les accords nationaux s'appliquent par principe dans les territoires précités dans un délai de six mois à compter de leur date d'entrée en vigueur, sauf stipulation contraire de l'accord¹³¹⁷. Le délai de six mois doit permettre aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs habilitées à négocier dans ces départements et collectivités de conclure des accords dans le même champ si elles le souhaitent¹³¹⁸. Cette application directe des conventions et accords nationaux clarifie à notre sens la situation des territoires ultramarins en matière de négociation collective nationale¹³¹⁹. En mettant fin au régime d'exception instauré en 1994¹³²⁰, tout en offrant la possibilité aux partenaires sociaux de ces territoires de négocier des aménagements spécifiques à l'ANI, voire de reprendre au niveau local les stipulations de celui-ci en cas de limitation expresse de son

¹³¹⁴Sur les articles 73 et 74 de la Constitution : V. notamment Jean-Yves FABERON, « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs* 2005, n°113, pp.5-19 ; Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Cah. Cons. Constit.* 2012, n°35, pp.25-35 ; Régis FRAISSE, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *Cah. Cons. Constit.* 2012, n°35, pp.37-59.

¹³¹⁵Pour un exemple d'exclusion de l'outre-mer dans une convention collective nationale de branche : Cass. soc. 16 nov. 2005, *JCP S* 2006, 1218, note Christine NEAU-LEDUC.

¹³¹⁶V. Monique ORPHÉ, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux outre-mer sur le projet de loi (n°3600) visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Ass. Nat., n°3617, 29 mars 2016, pp.8-9.

¹³¹⁷V. *C. trav.*, art. L. 2222-1, al. 3. En application de l'article 26 de la loi du 8 août 2016, cette règle a été applicable à compter du 1^{er} avril 2017 pour les conventions et accords conclus après cette date en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon et à compter du 1^{er} janvier 2018 à Mayotte. Il est prévu par ailleurs que l'application dans ces départements et collectivités d'outre-mer des conventions et accords nationaux conclus avant le 1^{er} avril 2017 soit réexaminée à l'occasion de la négociation de leurs avenants, qui peuvent décider de leur application pour tout ou partie à ces collectivités.

¹³¹⁸V. *C. trav.*, art. L. 2222-1, al. 3.

¹³¹⁹Nous précisons, toutefois, que certaines collectivités d'outre-mer ne sont pas visées par les dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 2222-1 du Code du travail, telles que la Polynésie française et la Nouvelle Calédonie dont les régimes spécifiques de spécialité législative expliquent probablement l'exclusion (Sur ces régimes : V. Régis FRAISSE, *op. cit.*, spéc. p. 42 ; Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *Cah. Cons. Constit.* 2012, n°35, pp.61-72).

¹³²⁰V. supra note n°1312. Les travaux préparatoires à la loi du 8 août 2016 ont démontré que le droit en vigueur depuis 1994 et la loi Perben visait à permettre à chacun de connaître sans ambiguïté la position des partenaires sociaux nationaux quant à l'application de leurs accords dans les outre-mer mais qu'en pratique, il n'en était pas ainsi, les partenaires sociaux s'interrogeant rarement, de fait, sur l'applicabilité aux départements d'outre-mer des conventions collectives nationales qu'ils sont en train de négocier (V. Monique ORPHÉ, rapport préc., pp.15-16).

champ géographique à la métropole¹³²¹, la loi du 8 août 2016 contribue ainsi à cerner les limites géographiques de l'interprofession. Il n'en demeure pas moins qu'un manque d'homogénéité est à regretter dans les clauses définissant le domaine territorial des ANI¹³²².

187. Expatriation. La deuxième raison conférant à la clause géographique de l'ANI une importance particulière tient à l'application de l'accord en cas d'expatriation du salarié. La question de l'application des conventions et accords collectifs aux salariés exerçant leurs activités à l'étranger n'est en effet réglée par aucune disposition législative ou réglementaire, interne ou internationale¹³²³. Le Code du travail prévoit simplement que, pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national - et elle seule - doit, en tant que de besoin, contenir des dispositions sur les garanties des salariés appelés à exercer leur activité à l'étranger¹³²⁴.

En principe, la « territorialité » des conventions collectives françaises liant l'employeur à des salariés envoyés à l'étranger s'oppose à ce qu'elles soient applicables aux intéressés¹³²⁵. Toutefois, ce principe de territorialité des conventions collectives peut être mis en échec par les prévisions conventionnelles ou contractuelles¹³²⁶.

¹³²¹L'article L. 2622-2 du Code du travail dispose : « *Lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail national s'applique en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon, des modalités d'adaptation à la situation particulière de ces collectivités peuvent être prévues par accord collectif. Cet accord est conclu dans le délai de six mois prévu au dernier alinéa de l'article L. 2222-1 ou après l'expiration de ce délai./ Lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail national exclut une application en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, des accords collectifs dont le champ d'application est limité à l'une de ces collectivités peuvent être conclus, le cas échéant en reprenant les stipulations de l'accord applicable à la métropole* ».

¹³²²Malgré l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 et du principe d'application directe des conventions et accords nationaux à l'outre-mer, l'article 26 de l'Accord cadre national interprofessionnel pour adapter à de nouveaux enjeux la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, conclu le 14 octobre 2021, prend soin de préciser : « *Les dispositions du présent accord sont applicables sur l'ensemble du territoire métropolitain et dans les départements, régions et collectivités d'outre-mer* ». Dans le même temps, d'autres ANI contemporains, tels que l'Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail ou l'Accord national interprofessionnel du 9 décembre 2020 pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail, ne précisent pas leur champ d'application territorial (ces accords sont donc applicables aux départements et collectivités d'outre-mer visés à l'article L. 2222-1 du Code du travail, non pas en raison d'une clause expresse le prévoyant mais à défaut de précision contraire de l'accord).

¹³²³V. RJS 2002, n°150, obs. sous Cass. soc., 28 nov. 2001.

¹³²⁴V. C. trav., art. L. art. L. 2261-22, 12° d).

¹³²⁵L'application des règles d'origine professionnelle répond à une condition géographique. Ainsi en est-il, en France, des conventions et accords collectifs qui, selon le Code du travail, déterminent leur champ territorial (national, régional ou local). Par ailleurs, selon le droit français, la convention collective est applicable à l'établissement qu'elle vise et non attachée au contrat individuel du travailleur. Le salarié envoyé à l'étranger ne peut donc en principe prétendre bénéficier des accords collectifs en vigueur dans son entreprise d'origine. (V. obs. sous Cass. soc. 28 nov. 2001 préc.).

¹³²⁶V. Cass. soc. 28 nov. 2001 préc.

Cette question semble revêtir une importance particulière pour les ANI de protection sociale dont le champ d'application territorial conditionnera l'affiliation au régime¹³²⁷.

2- Des champs restreints

188. Liberté des parties. Nous avons vu que l'article L. 2222-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que l'accord détermine son champ d'application territorial. La fixation de ce dernier relève ainsi de la liberté contractuelle des partenaires sociaux, à laquelle des secteurs géographiques non couverts ne pourront opposer une rupture d'égalité¹³²⁸.

Si les parties jouissent donc en la matière d'une totale liberté, celle-ci s'inscrit malgré tout dans un principe de territorialité voulant que le champ d'application soit « *national, régional ou local* »¹³²⁹. Ce champ peut dès lors couvrir l'ensemble du territoire national ou simplement une fraction de celui-ci déterminée par référence aux limites administratives des différentes collectivités territoriales (régions, départements, communes) ou « *dessinée de manière plus originale* »¹³³⁰.

189. Périmètre. Contrairement à la négociation de branche, une dichotomie n'est pas opérée par le législateur entre le champ d'application territorial de l'interprofession et celui de l'accord¹³³¹. A l'échelon interprofessionnel, l'interprofession et l'accord conclu au sein de cette dernière auront donc le même périmètre géographique.

¹³²⁷L'ANI du 17 novembre 2017 instituant le régime unifié agirc-arcco de retraite complémentaire prévoit ainsi son application de plein droit en métropole et dans les départements d'outre-mer suivants : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion (art. 8). Il s'applique également de plein droit à certaines collectivités territoriales d'outre-mer (art. 8). Les stipulations de l'accord sur son champ d'application territorial prévoient en outre le maintien du régime, sous certaines conditions, pour les salariés travaillant dans certaines collectivités d'outre-mer et hors de France (art. 10 à 15).

¹³²⁸Cass. soc., 16 nov. 2005, *JCP S* 2006, 1218, note Christine NEAU-LEDUC (V. supra notes n^{os} 370 et 1315).

¹³²⁹*C. trav.*, art. L. 2232-1 pour l'accord interprofessionnel et L. 2232-5 pour les conventions de branche et les accords professionnels. S'agissant d'un accord d'entreprise, le champ d'application territorial pourra correspondre à l'entreprise dans sa globalité ou un simple établissement de celle-ci, voire un groupe d'établissements (V. *C. trav.*, art. L. 2232-16). De même, l'accord de groupe fixera son champ d'application qui pourra englober la totalité ou seulement une partie des entreprises constitutives du groupe (V. *C. trav.*, art. L. 2232-30).

¹³³⁰Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11^e éd., Lexis Nexis, 2018, n^o2005, p.1014.

¹³³¹Nous rappelons que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, le Code du travail distingue le champ d'application territorial des conventions de branches et des accords professionnels qui peut être national, régional ou local (*C. trav.*, art. L. 2232-5) et celui des branches qui ont un champ d'application obligatoirement national (*C. trav.*, art. L. 2232-5-2). Le législateur opère ainsi une distinction entre la branche et ses conventions et accords dont certaines stipulations peuvent être définies, adaptées ou complétées au niveau local. Les organisations représentatives dans la branche sont par ailleurs habilitées à négocier dans son périmètre des accords dont le champ d'application est régional, départemental ou local et à en demander l'extension (V. étude 65 supra).

190. Intérêt. L'étude du champ d'application territorial de l'ANI présente donc, à notre sens, comme unique intérêt de déterminer s'il couvre exactement le territoire national dans son ensemble, ce qui semble être le cas à défaut de précision contraire, ou s'il exclut expressément certains territoires d'outre-mer comme l'alinéa 3 de l'article L. 2222-1 le lui autorise¹³³².

Les accords interprofessionnels conclus expressément dans un champ plus restreint tel qu'une région ou un département, voire une collectivité territoriale d'outre-mer, que nous pouvons regrouper sous le terme d'accords « infranationaux »¹³³³, ne seront pas pour autant dépourvus d'intérêt pour l'étude de l'interprofession, qui s'attache avant tout à la délimitation professionnelle de la notion¹³³⁴.

B. La détermination du champ d'application professionnel

191. Si la définition du champ d'application professionnel de l'ANI obéit aux mêmes règles que tout type d'accord (1), la vocation générale de la négociation interprofessionnelle sous-tend toutefois la vocation omni-branches de l'accord (2).

¹³³²V. étude 186 supra.

¹³³³Le terme d'accord infranational est utilisé par le ministère du travail dans ses rapports annuels sur la négociation collective qui recensent les accords interprofessionnels et leurs avenants conclus à divers échelons régionaux, départementaux ou locaux. Nous pouvons citer à titre d'exemples : l'accord interprofessionnel « relatif à la garantie de l'emploi et à la poursuite des relations de travail en cas de changement de prestataire dans le transport scolaire à Mayotte » du 4 septembre 2020 (V. Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Direction générale du travail, « *La négociation collective en 2020* », Bilan et rapports, éd. 2021, p.191) ou l'avenant du 24 juin 2019 à l'accord territorial relatif aux contreparties aux salariés des commerces du Tarn du 4 juillet 2017 (V. Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Direction générale du travail, « *La négociation collective en 2019* », Bilan et rapports, éd. 2020, p.203). Nous pouvons souligner, par ailleurs, que la loi n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (JORF 28 mai 2009) a institutionnalisé le recours à « un accord régional ou territorial interprofessionnel conclu selon les modalités prévues à l'article L. 2232-2 du code du travail » pour verser un bonus exceptionnel annuel aux salariés dans les départements et régions d'outre-mer et dans les collectivités de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy (V. art. 3). La négociation interprofessionnelle pourra donc produire au niveau infranational d'outre-mer un « accord territorial interprofessionnel [ATI] » participant à la « diversification des figures de l'acte interprofessionnel » (Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039).

¹³³⁴Les questions soulevées par le champ d'application professionnel d'un accord interprofessionnel conclu dans une collectivité territoriale d'outre-mer - qui présente des problématiques interprofessionnelles propres à ce territoire - ont ainsi contribué à l'étude de l'interprofession, nonobstant le champ territorial limité de cet accord (V. Alexis BUGADA, *op. cit.*). Nous rappelons par ailleurs qu'un des premiers arrêts fondateurs du débat sur l'interprofession visait un accord interprofessionnel conclu dans l'ancienne fédération d'Afrique Occidentale Française (V. supra note n°778).

1- La définition du champ d'application professionnel

192. Exigence. En application de l'article L. 2222-1 du Code du travail l'ANI doit, comme tout accord collectif, déterminer son champ d'application professionnel¹³³⁵. Cette exigence, rappelée pour les ANI autonomes¹³³⁶, est également applicable aux ANI délégués malgré leur vocation intrinsèque à disposer d'un domaine d'application apparenté à celui de la loi. Ni les dispositions du Code du travail relatives aux accords d'assurance chômage, ni celles du Code de la sécurité sociale relatives aux accords de retraite complémentaires n'exonèrent, en effet, les partenaires sociaux de cette obligation. De même, l'article L. 1 du Code du travail consacre la négociation préalable des réformes relevant du « *champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* », excluant que celle-ci puisse intervenir dans un cadre simplement sectoriel¹³³⁷, mais ne dispense pas pour autant les signataires de l'ANI pré-législatif de définir son champ d'application professionnel.

193. Validité. La définition du champ d'application professionnel en termes d'activités économiques, seul critère reconnu par le législateur¹³³⁸, s'impose là encore aux négociateurs d'un ANI délégué, tout comme à ceux d'un ANI autonome¹³³⁹. En l'absence de définition de ce critère¹³⁴⁰, la question s'est dès lors posée de savoir si la clause d'un accord interprofessionnel visant « *l'ensemble des activités* » d'un territoire était suffisamment précise ou si la validité de l'accord dépendait au contraire de l'énumération des branches auxquelles il est censé s'appliquer. Tranchant la question dans le champ normatif d'une collectivité territoriale d'outre-mer, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a estimé qu'une telle

¹³³⁵V. *C. trav.*, art. L. 2222-1, al .1 (supra note n°1310).

¹³³⁶V. étude 175 supra.

¹³³⁷V. étude 161 supra.

¹³³⁸Nous rappelons que l'article L. 2222-1 dispose : « *Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques* ».

¹³³⁹V. étude 175 supra.

¹³⁴⁰V. étude 60 supra.

énumération reviendrait à imposer un formalisme que la loi ne prévoit pas expressément¹³⁴¹. La loi n'exige pas que toutes les activités qu'un accord souhaite recouvrir soient énumérées mais seulement que son champ d'application professionnel soit défini en termes d'activités économiques. Dès lors, en visant « l'ensemble des activités » d'un territoire déterminé, l'accord interprofessionnel satisfait à cette exigence légale et ne peut encourir une nullité¹³⁴².

La liberté contractuelle des parties dans la définition du champ d'application de l'accord demeure la règle, quel que soit le niveau de négociation¹³⁴³. Une identification précise des

¹³⁴¹V. Cass. soc. 21 oct. 2009, *JCP S* 2010, 1039, comm. Alexis BUGADA. Dans cette affaire, la Chambre sociale a été amenée à se prononcer sur la validité d'un accord interprofessionnel, signé le 20 décembre 2005, instituant une prime à l'emploi pour les salariés de l'ensemble des activités professionnelles de Polynésie française. Au nom du principe de spécialité législative régissant cette collectivité d'outre-mer (V. Const., art. 74 ; étude 186 supra), la validité de l'accord a été examinée en regard de la loi du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail applicables en Polynésie française (V. L. n°86-845, 17 juill. 1986 relative aux principes généraux du droit du travail, à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, JORF 19 juill. 1986, p. 8931). Or, l'article 13 de cette loi dispose : « *Les conventions et accords collectifs de travail ont pour but de définir les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective, ainsi que l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales dans le cadre d'un champ d'application qui est, et territorial ou local, et professionnel ou interprofessionnel. Le champ d'application est défini en termes d'activités économiques* ». Comme le souligne le Professeur Bugada, l'article L. 2222-1 du Code du travail reprenant les mêmes termes, cette solution semble donc parfaitement transposable en droit commun.

¹³⁴²Nous soulignons qu'avant même l'introduction du critère de l'activité économique par la loi du 13 novembre 1982, le Conseil d'Etat avait adopté une approche similaire à la Cour de Cassation à propos d'une question portant non pas sur la légalité mais sur l'interprétation des clauses définissant le champ d'application professionnel d'un ANI. En effet, bien que les questions touchant à la validité et à l'interprétation des clauses d'une convention ou d'un accord collectif relèvent du juge judiciaire (V. études 85 et 86 supra), le juge administratif, usant de la théorie de l'acte clair (V. notamment Yves GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990, p. 764), avait considéré qu'il ressortait clairement des dispositions des articles 1 à 3 de la convention du 31 décembre 1958, ayant pour objet de définir son champ d'application, que les parties signataires avaient entendu créer un régime d'allocations de chômage s'appliquant à l'ensemble des branches d'activité de l'industrie et du commerce et qu'aucune de ces dispositions, ni aucune autre disposition de la convention ou des textes qui lui sont annexés, n'instituait une distinction entre les entreprises suivant qu'elles sont ou non gérées sous la forme artisanale et ne devait dès lors être interprétée comme excluant les entreprises artisanales du champ d'application du régime (CE, 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p. 544, concl. Pierre NICOLAY). Selon le Commissaire du Gouvernement, personne ne soutenant qu'une clause quelconque ait exclu les artisans du champ d'application et une clause expresse n'étant pas à l'évidence nécessaire pour les en exclure, il n'existait ainsi aucune difficulté sérieuse obligeant le Conseil d'Etat à surseoir à statuer : la convention concernait en effet « *les activités économiques sans se préoccuper de leur mode de gestion* » (concl. préc., p. 546). Suivant ces conclusions, le Conseil d'Etat - statuant sur la légalité de l'arrêté d'agrément et juge de l'exception sur l'interprétation des clauses conventionnelles - avait donc estimé que le prétexte que l'accord n'avait pas compris les activités exercées sous forme artisanale dans son champ d'application professionnel ne pouvait être retenu pour soutenir que l'agrément ne pouvait étendre les obligations de l'accord à l'artisanat.

¹³⁴³V. études 59 et 60 supra.

branches d'activités que l'ANI prétend viser n'est donc pas nécessaire¹³⁴⁴, confortant ainsi son aspiration à l'universalité professionnelle.

2- La vocation omni-branches de l'ANI

194. Champ matériel. La vocation générale de la négociation interprofessionnelle postule que l'ANI s'applique non seulement sur l'ensemble du territoire national¹³⁴⁵ mais également qu'il régit toutes les branches professionnelles. L'ANI aurait ainsi une « *vocation omni-branches* »¹³⁴⁶ qui nécessiterait que son champ d'application professionnel soit général, à l'instar de la loi qu'il précède ou met en œuvre. Pour autant, malgré la solution jurisprudentielle privilégiant la liberté contractuelle dans la définition du champ d'application de l'accord, autorisant les parties à ne pas énumérer les branches visées par celui-ci¹³⁴⁷, son application concrète reste soumise à la relativité des effets du contrat. Quelle que soit la portée que les parties aient voulu donner à leur accord, la détermination du champ matériel de ce dernier dépendra du champ réel de compétence des organisations patronales signataires. En effet, et comme nous l'avons souligné à maintes reprises, le champ d'application professionnel de toute convention ou accord collectif est délimité par celui des organisations patronales qui en sont signataires¹³⁴⁸. La définition par les parties du champ d'application professionnel en termes d'activités économiques, aussi vaste soit-elle, ne pourra donc être exhaustive et recouvrir l'ensemble des secteurs d'activité qu'autant que les organisations patronales signataires seront en capacité de le faire. Les statuts de ces dernières seront alors un indicateur important pour déterminer si telle ou telle activité est comprise dans leur champ de compétence¹³⁴⁹. Toutefois, même si ces statuts sont rédigés en des termes suffisamment généraux et ne se limitent pas à tel

¹³⁴⁴Selon le Professeur Bugada, l'effort demandé aux négociateurs d'énumérer précisément les activités serait au demeurant fastidieux et source d'oublis - et donc d'insécurité juridique - spécialement au niveau de l'interprofession. Une technique qui consisterait à renvoyer à l'ensemble des codes APE de l'INSEE (V. supra note n°367) - solution que le législateur a toutefois refusé de systématiser lors de l'adoption de la loi du 13 novembre 1982 (V. supra note n°372) - ne peut être exempte de tout risque, notamment en raison de la difficulté à établir une correspondance parfaite entre ces codes et les activités dans une branche donnée et du développement des activités nouvelles qui nécessite un effort de mise à jour récurrent de l'encodage (nous rappelons, à ce propos, que la jurisprudence ne reconnaît qu'une simple valeur indicative à la nomenclature NAF de l'INSEE lors de contentieux relatifs à l'application d'une convention collective ; V. supra note n°368).

¹³⁴⁵V. étude 185 supra.

¹³⁴⁶Alexis BUGADA, *op. cit.*

¹³⁴⁷V. étude 193 supra.

¹³⁴⁸V. notamment étude 61 supra.

¹³⁴⁹V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

ou tel secteur professionnel¹³⁵⁰, une branche d'activité ne sera incluse dans le champ professionnel de l'accord qu'autant que l'organisation patronale de cette branche sera adhérente de l'organisation patronale interprofessionnelle signataire¹³⁵¹.

La participation des chefs d'entreprises à la négociation collective reposant sur « *la figure civiliste de la représentation* »¹³⁵², ces derniers négocient et concluent en effet soit directement, au niveau de l'entreprise, soit par le biais d'organisations professionnelles auxquelles ils adhèrent et qui les représentent juridiquement lors de la négociation des accords de branche ou professionnels¹³⁵³. Au niveau interprofessionnel, les négociations sont menées par des confédérations¹³⁵⁴ qui représentent à leur tour les organisations patronales de branche adhérentes et qui ne pourront donc engager que ces dernières¹³⁵⁵. L'identification des branches adhérentes à l'organisation interprofessionnelle faîtière sera ainsi déterminante pour circonscrire le champ matériel de l'accord que cette dernière aura signé¹³⁵⁶. Modelant en pratique l'étendue d'une branche¹³⁵⁷, l'identification précise de la partie patronale permettra donc de déterminer également les branches d'activité régies par l'ANI et de tracer ainsi les contours de l'interprofession lui servant d'assise.

195. Multi ou pluri-branches. Même si les parties ont souhaité voir leur accord « *embrasser toutes les branches professionnelles* »¹³⁵⁸, son champ d'application ne pourra donc être plus vaste que le champ de compétence réel des confédérations patronales signataires. Cette relativité du domaine d'application professionnel de l'ANI rend dès lors sa distinction avec l'accord interbranches assez floue. Cette remarque, que nous avons formulée pour l'ANI autonome¹³⁵⁹, s'applique également à l'ANI délégué qui, au stade de sa conclusion, ne bénéficie pas d'un régime juridique particulier¹³⁶⁰. Regroupant plusieurs branches, l'ANI pourra en effet

¹³⁵⁰Ainsi du MEDEF dont les statuts prévoient « *une représentation de toutes les entreprises, quels que soient leur taille et leur secteur* » (art. 2 ; <https://www.medef.com>).

¹³⁵¹La chambre sociale de la Cour de Cassation a ainsi retenu que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'étant ni signataire, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire, n'entrait pas dans le champ d'application de l'accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail (Cass. Soc., 16 mars 2005, *RJS* 2005, n°547 ; *JCP E* 2005, 699, comm. Franck HÉAS ; *Dr. soc.* 2005, p.640, note Philippe LANGLOIS ; *SSL* 2005, n°1213, note Odile GOUËL ; *Lexbase La lettre juridique*, mars 2005, note Stéphanie MARTIN-CUENOT).

¹³⁵²Christophe RADE, « Droit du travail et conventions collectives », *RDC* 2004, n°4, p.1001.

¹³⁵³Sur la forme du mandat de négociation : V. *C. trav.*, art. L. 2231-2.

¹³⁵⁴V. supra note n°1223.

¹³⁵⁵V. étude 175 supra.

¹³⁵⁶Nous rappelons toutefois qu'un ANI peut exclure expressément, à leur demande, des branches professionnelles pourtant représentées par les confédérations d'employeurs signataires (V. supra note n°1224).

¹³⁵⁷V. étude 61 supra.

¹³⁵⁸Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

¹³⁵⁹V. étude 175 supra.

¹³⁶⁰Seule l'intervention d'instruments juridiques particuliers permettra à l'ANI délégué d'atteindre l'universalité professionnelle recherchée (V. infra).

être considéré comme un accord « pluri » ou « multi » branches mais plus difficilement comme un accord « omni » branches, sauf à ce que les confédérations patronales signataires regroupent dans leurs cercles d'adhérents l'ensemble des branches d'activité¹³⁶¹.

196. Distinction. Pour Jacques Barthélémy, un des critères de distinction entre l'ANI et l'accord interbranches reposerait dès lors sur la qualité des acteurs salariés de la négociation. Les confédérations syndicales de salariés seraient en effet seules compétentes pour négocier et signer un ANI alors qu'un accord interbranches serait l'apanage des fédérations syndicales dont les pouvoirs sont limités à certaines activités, les disqualifiant ainsi pour négocier un accord dont le champ est plus vaste¹³⁶². Il s'agirait donc pour l'auteur d'ajouter au champ de compétence de l'organisation patronale, insuffisant pour déterminer précisément la nature de l'accord, le champ de compétence de l'organisation salariée.

Nous ne pouvons que souscrire à cette remarque même si l'article L. 2232-2 du Code du travail relatif aux conditions de validité de l'ANI se contente d'exiger la signature - et l'absence d'opposition - d' *« une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives »* au niveau national et interprofessionnel¹³⁶³. Ce texte - pas plus que l'article L. 2122-9 du Code du travail auquel il renvoie et qui fixe les critères de la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel - n'établit ainsi aucune distinction entre les confédérations et les fédérations. Pour autant, dans la structuration des organisations syndicales, la fédération a un champ de compétence professionnel et regroupe des syndicats d'une même branche d'activité ou d'une même profession alors que la confédération a vocation à représenter

¹³⁶¹Aucune confédération patronale interprofessionnelle ne peut revendiquer une telle exhaustivité. Par ailleurs, même en additionnant l'ensemble de leurs adhérents, les confédérations patronales présentes au niveau national et interprofessionnel ne regroupent pas l'ensemble des branches d'activité.

¹³⁶²V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹³⁶³L'article L. 2232-2 al. 1 du Code du travail dispose : « *La validité d'un accord interprofessionnel est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience prévue au 3° de l'article L. 2122-9, au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants* ».

l'ensemble des salariés et des activités professionnelles et donc à agir au niveau interprofessionnel¹³⁶⁴.

La distinction pourrait également s'opérer, selon nous, en fonction de la nature des activités regroupées. Il convient en effet de rappeler que l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a « légalisé » l'accord interbranches en l'assimilant à l'accord de branche¹³⁶⁵. A défaut de précisions, nous pouvons avancer que l'accord interbranches regroupe plusieurs branches professionnelles ayant des activités économiques identiques, ou à tout le moins relativement proches, contrairement à l'ANI qui regroupe également plusieurs branches mais qui ne présentent pas entre elles une unité de nature d'activité. C'est d'ailleurs sur ce critère de l'unité de nature d'activité que le Conseil d'Etat a fondé la distinction entre le « groupement de branches » et le cadre interprofessionnel dans les années 1960¹³⁶⁶. Nous pouvons ajouter, enfin, qu'un projet de loi ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social vise à clarifier la compétence du ministre du Travail pour prendre des arrêtés de représentativité syndicale et de représentativité patronale dans des périmètres couvrant plusieurs branches professionnelles et à préciser les règles de validité d'un accord interbranches¹³⁶⁷. Le projet indique que ces arrêtés de représentativité sont pris sur la base des critères de représentativité applicables à la branche, « *au sein de périmètres constitués de plusieurs branches professionnelles ayant des activités économiques proches ou identiques* »¹³⁶⁸. S'agissant des règles de validité de l'accord interbranches, le projet renvoie expressément aux règles applicables à l'accord de branche fixées par l'article L. 2232-6 du Code du travail en précisant

¹³⁶⁴Le Code du travail distingue les syndicats dits « primaires », qui, aux termes de l'article L. 2131-2, regroupent des « *personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* » et les unions de syndicats, au sein desquelles, selon l'article L. 2133-1, « *les syndicats professionnels régulièrement constitués peuvent se concerter pour la défense de leurs intérêts matériels et moraux* ». Les unions peuvent être verticales c'est-à-dire rassembler des syndicats d'une même branche d'activité ou d'activités connexes au sein d'une fédération professionnelle ou être créées sur une base horizontale en regroupant des syndicats de branches différentes dans le cadre d'une circonscription territoriale (union locale, départementale ou régionale). Les confédérations, qui prennent également la forme juridique d'une union de syndicats, regroupent au plan national les fédérations professionnelles ainsi que les unions locales, départementales et régionales (V. Ylias FERKANE, « Syndicats professionnels : constitution et fonctionnement », *Rep. trav.*, n°347 et s.). La Cour de cassation a rappelé, à ce propos, qu'un syndicat primaire n'a pas le droit de couvrir par ses statuts un champ d'action interprofessionnel qui est réservé aux seules unions et confédérations (V. Cass. soc., 21 oct. 2020, *D.* 2020, p.2069 ; *JCP S* 2020, 3083, note Bernard GAURIAU ; *Dr. soc.* 2021, p.84, obs. Franck PETIT ; *RDT* 2021, p.63, note Barbara GOMES).

¹³⁶⁵V. étude 68 supra.

¹³⁶⁶V. études 104 et 105 supra.

¹³⁶⁷V. *Liaisons soc. quotidien*, act., n°17939, 15 nov. 2019 ; Christophe MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2021 p.346.

¹³⁶⁸Projet de loi ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social, art. 5 I- 2° et 3°, *Ass. Nat.*, n°2412, 13 nov. 2019.

que les seuils d'engagement et d'opposition sont appréciés à l'échelle de chacune des branches comprises dans le périmètre de cet accord¹³⁶⁹. La règle de validité de l'ANI repose quant à elle sur la représentativité des organisations syndicales mesurée au niveau interprofessionnel, selon l'article L. 2232-2 du Code du travail¹³⁷⁰, donc dans un ensemble constitué de branches « *de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »¹³⁷¹ qui réunit à l'évidence des activités économiques différentes.

197. Application. Au niveau de son application, l'ANI ne sera obligatoire que pour les membres adhérant aux confédérations patronales signataires¹³⁷². Dans l'hypothèse d'un contentieux sur son applicabilité, le juge sera ainsi amené à vérifier que l'activité principale exercée par l'employeur entre dans le champ d'application professionnel de l'ANI¹³⁷³ et que l'employeur appartient à une organisation signataire de celui-ci¹³⁷⁴.

L'adhésion de l'employeur à une organisation de branche elle-même adhérente d'une confédération patronale interprofessionnelle signataire conditionnera donc le domaine concret d'application de l'ANI, révélant toute la relativité de celui-ci malgré l'aspiration de l'accord à une certaine universalité professionnelle. Cette « *géométrie variable* »¹³⁷⁵ du périmètre de l'engagement patronal justifie d'ailleurs que l'ANI puisse faire l'objet d'une adhésion volontaire mais également que la puissance publique intervienne afin d'accroître sa force d'expansion.

C. Les techniques juridiques au service du rayonnement de l'ANI

198. Si la collectivité signataire de l'ANI du côté patronal - entendue au sens de l'organisation interprofessionnelle faîtière et de ses adhérents - détermine le périmètre d'application de l'accord, son rayonnement peut toutefois s'accroître par le biais de techniques que nous qualifierons de « conventionnelles » (1) ou par la voie « réglementaire » (2). L'effet

¹³⁶⁹V. projet préc., art. 5 II 1°.

¹³⁷⁰V. supra note n°1363.

¹³⁷¹C. trav., art. L. 2122-9 2°.

¹³⁷²L'article L. 2262-1 du Code du travail dispose : « *Sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* ».

¹³⁷³V. C. trav., art. L. 2261-2, al. 1.

¹³⁷⁴Nous rappelons que la jurisprudence considère que l'affiliation de l'employeur à une organisation patronale signataire (ou adhérente à celle-ci) est fondamentale pour l'application d'un accord de branche, professionnel ou interprofessionnel dès lors que ce dernier n'est pas étendu (V. supra note n°525).

¹³⁷⁵Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039.

amplifiant de ces techniques sur le champ de l'ANI permettra assurément à ce dernier de tendre vers une universalité professionnelle mais elles restent pour la plupart empreintes d'une certaine relativité conduisant à un bilan mitigé (3).

1- Les techniques « conventionnelles »

199. Le domaine d'application de l'accord peut s'agrandir en raison d'une application volontaire (a) ou d'une adhésion (b).

a) L'application volontaire

200. Lorsque l'activité de l'entreprise n'entre pas dans le champ d'application de l'ANI, l'employeur peut malgré tout décider de l'appliquer volontairement¹³⁷⁶. Cet engagement de l'employeur, qui n'est pas à proprement parler conventionnel¹³⁷⁷, mais qui relève davantage d'un usage¹³⁷⁸ ou d'un engagement unilatéral pouvant être matérialisé de différentes manières¹³⁷⁹ suppose, outre une volonté claire et non équivoque, que l'accord régit effectivement les rapports des parties¹³⁸⁰.

L'application volontaire d'un ANI dans une entreprise ne relevant pas de son champ d'application, parce qu'elle n'adhère pas à une organisation signataire ou adhérente à celle-ci, a donc pour effet d'accroître la portée du texte au-delà de sa sphère d'applicabilité immédiate¹³⁸¹ et d'agrandir ainsi son domaine d'application.

¹³⁷⁶V. Michel MORAND, « L'application d'une convention collective non obligatoire », *JCP E* 2003, 1552.

¹³⁷⁷Sauf à ce que mention en soit faite dans les contrats de travail.

¹³⁷⁸La Cour de cassation analyse l'application volontaire d'une convention collective comme un usage (V. Cass. soc., 10 mai 1994, *RJS* 1994, n°735 ; *Dr. soc.* 1994, p.718, obs. Gilles BÉLIER ; Cass. soc., 31 janv. 1996, *RJS* 1996, n°313).

¹³⁷⁹L'engagement unilatéral de l'employeur d'appliquer une convention ou un accord collectif peut être matérialisé notamment par une note de service (Cass. soc., 7 avr. 2004, *RJS* 2004, n°724 ; *Dr. soc.* 2004, p.675 obs. Christophe RADÉ), une référence dans le règlement intérieur à la convention collective applicable ou la communication de celle-ci aux salariés (Cass. Soc., 29 mai 1986, *Bull. civ.*, V, n°268).

¹³⁸⁰Cass. soc., 12 fév. 1985, *Bull. civ.*, V, n°96.

¹³⁸¹V. étude 197 supra.

b) L'adhésion

201. Accord. Une organisation syndicale de salariés ou une organisation d'employeurs, comme des employeurs pris individuellement, peuvent adhérer ultérieurement à l'ANI dont ils ne sont pas signataires¹³⁸². Le Code du travail prévoit toutefois que lorsque l'adhésion a pour effet de rendre une convention de branche, un accord professionnel ou interprofessionnel applicable dans un secteur territorial ou professionnel non compris dans son champ d'application, un accord prenant la forme d'un accord collectif entre les parties intéressées et les parties signataires est nécessaire, le champ d'application de l'accord initial en étant modifié en conséquence¹³⁸³. Il est clair que cette disposition vise l'hypothèse de l'adhésion d'une organisation patronale se situant hors du champ professionnel de l'ANI et non d'une organisation syndicale de salariés qui n'a aucune influence sur la délimitation du champ d'application de l'accord¹³⁸⁴. Par ailleurs, si l'adhésion est le fait d'un employeur pris individuellement, celle-ci nécessitera un agrément des organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise après négociation à ce sujet¹³⁸⁵, cette procédure se différenciant de l'application volontaire.

202. Elargissement conventionnel. Comme le souligne Jacques Barthélémy, l'intégration par voie d'adhésion d'un secteur territorial ou professionnel se situant hors du champ d'application de l'accord correspond dès lors à une forme d'« *élargissement conventionnel* »¹³⁸⁶ de ce dernier. Dans la pratique un premier accord sera trouvé entre les partenaires sociaux du secteur professionnel (ou de la branche) se situant hors du champ professionnel de l'ANI et désirant rejoindre ce dernier, puis un deuxième accord sera conclu avec les parties signataires de l'ANI qui aura pour conséquence de modifier son champ d'application en l'étendant à ce secteur¹³⁸⁷.

¹³⁸²V. *C. trav.*, art. L. 2261-4 et L. 2261-6.

¹³⁸³V. *C. trav.*, art. L. 2261-5.

¹³⁸⁴V. étude 61 *supra*.

¹³⁸⁵V. *C. trav.*, art. L. 2261-6.

¹³⁸⁶Jacques BARTHÉLÉMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Dr soc.* 2014, p.207 et spéc. p.210.

¹³⁸⁷Nous rappelons que cette technique fût utilisée pour intégrer les derniers régimes conventionnels de branche au sein du champ d'application professionnel des ANI de retraite complémentaire (V. *supra* note n°1287).

2- Les techniques « réglementaires »

203. L'extension (a), l'élargissement (b) et l'agrément (c) permettent au pouvoir réglementaire d'accroître le domaine d'application de l'ANI. La transposition législative - que nous rangerons par commodité au sein de ces techniques - représente la voie ultime au service du rayonnement de l'ANI (d).

a) L'extension

204. Unicité. Nous avons vu que l'ANI avait été intégré dans le champ de l'extension ministérielle, d'abord sous forme dérogatoire par la loi du 13 juillet 1971, puis dans le cadre d'un régime totalement assimilé à celui des conventions collectives de branche et accords professionnels lors de la parution de la loi du 13 novembre 1982¹³⁸⁸. En raison de cette unicité de régime, nous nous référerons utilement à nos développements sur le droit de l'extension des conventions de branche¹³⁸⁹, tout en soulignant que les textes visant indistinctement l'extension des conventions de branche, des accords professionnels et interprofessionnels pèchent parfois en cela d'un certain défaut de construction¹³⁹⁰.

205. Effet. L'extension de l'ANI aura pour effet, comme dans la branche, de rendre ses stipulations obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application territorial et professionnel¹³⁹¹. Il n'est plus besoin que l'employeur appartienne à l'organisation patronale signataire. L'accord s'appliquera ainsi au-delà des seules entreprises « syndiquées » (soit directement, soit par le biais d'une affiliation à une organisation de branche adhérente) auprès de la confédération patronale signataire. Le domaine d'application initial de

¹³⁸⁸V. études 140 à 142 supra. Nous rappelons par ailleurs que l'agrément spécifique des ANI de retraite complémentaire produisant des effets identiques à l'extension a disparu au profit de cette dernière en 1989 (V. supra note n°1291).

¹³⁸⁹V. supra.

¹³⁹⁰L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2261-19 du Code du travail dispose : « *Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus au sein de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9* ». Or, l'article L. 2232-9 vise la « *commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation [CPPNI]* » mise place par « *accord ou convention dans chaque branche* » et définit ses missions au sein de la branche exclusivement (V. notamment supra notes n°s 495 et 568). L'article L. 2232-4 du Code du travail indique certes que « *Les accords interprofessionnels instituent des commissions paritaires d'interprétation* » mais celle-ci sera chargée de régler en aval les difficultés d'application de l'ANI et non d'intervenir en amont au stade de la négociation et de la conclusion d'un accord extensible (Sur les commissions paritaires d'interprétation : V. Marc MOREAU, « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.* 1995, p.359).

¹³⁹¹V. C. trav., art. L. 2261-15, al. 1.

l'ANI rayonnera dès lors plus intensément afin de tendre à l'universalité professionnelle escomptée.

206. Conditions. Toutefois, faute de règles particulières, l'extension de l'ANI obéit, comme nous venons de le rappeler, au même régime que l'extension des conventions de branche. Ainsi, en application de l'article L. 2261-19 du Code du travail, la commission paritaire au sein de laquelle l'accord susceptible d'extension doit être négocié et conclu¹³⁹² doit être composée « *de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* »¹³⁹³. La représentativité des organisations patronales signataires appréciée dans le champ d'application de l'accord devient en effet une condition essentielle pour que l'extension soit prononcée, alors qu'elle n'est pas requise pour la validité de l'accord¹³⁹⁴. Or, on se souvient que le Conseil d'Etat statuant sur la légalité d'un arrêté d'extension d'une convention collective applicable au sein d'un groupement de branches avait considéré que l'engagement des organisations représentatives au sein de chaque branche était nécessaire pour que l'extension soit valide, déniait ainsi à l'union patronale signataire de la convention étendue le pouvoir d'engager les branches sans leur consentement¹³⁹⁵. Le Conseil d'Etat avait par la suite confirmé sa jurisprudence en refusant l'extension à trois branches d'activité, mentionnées dans le champ d'application professionnel d'une convention collective nationale, d'un accord complétant ladite convention, au motif que cet accord n'avait pas été signé par les trois organisations patronales respectivement représentatives pour l'ensemble du territoire de ces trois branches d'activité¹³⁹⁶. Amené à se prononcer sur ce point pour un accord conclu dans un cadre interprofessionnel¹³⁹⁷, le Conseil d'Etat avait certes refusé d'appliquer strictement sa jurisprudence relative au groupement de branches préférant apprécier la représentativité du CNPF - confédération patronale signataire de la convention d'assurance chômage de 1958 - de façon « *horizontale* » dans le champ d'application interprofessionnel de l'accord agréé et non de façon « *verticale* »¹³⁹⁸, c'est-à-dire branche d'activité par branche d'activité, mais il concluait par la voix de son Commissaire du

¹³⁹²V. supra note n°1390.

¹³⁹³C. trav., art. L. 2261-19, al. 2.

¹³⁹⁴V. Franck HÉAS, « Représentativité patronale et extension d'une convention collective », *SSL* 2013, n°1604.

¹³⁹⁵V. CE, 2 mars 1962, *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, *Dr. soc.* 1962, p.346 (V. étude 104 supra).

¹³⁹⁶V. CE, 15 déc. 1978, *D.* 1979, I.R., p.332, obs. Philippe LANGLOIS (V. étude 105 supra).

¹³⁹⁷Après la parution des ordonnances de 1959 autorisant l'agrément - ayant les effets d'une extension - des ANI de protection sociale, le Conseil d'Etat fût amené à se prononcer sur la légalité de ces arrêtés d'agrément (V. CE, 2 mars 1962, *Confédération nationale Artisanale*, *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX ; *Dr. soc.* 1962, p.544).

¹³⁹⁸Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE 2 mars 1962 (*Confédération nationale artisanale*), *D.* 1962, p.740 et spéc. p.742.

Gouvernement que les branches où le CNPF ne représentait rien devaient être exclues champ de l'agrément (extension) contrairement aux branches où le CNPF était présent même si il n'y était pas le seul représentatif¹³⁹⁹. Se prononçant sur le périmètre professionnel couvert par l'ANI étendu, le Conseil d'Etat jetait ainsi les bases d'une définition de l'interprofession en admettant que cette notion était satisfaite dès lors que plusieurs professions étaient réunies dans un même engagement sans couvrir pour autant l'ensemble des professions¹⁴⁰⁰.

207. Application de l'ANI étendu. Saisie de la question du champ d'application d'un ANI étendu¹⁴⁰¹, la chambre sociale de la Cour de Cassation suivra l'analyse du Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt dit « *Michelin* » du 16 mars 2005¹⁴⁰². Dans cette affaire, la Manufacture des pneumatiques Michelin avait contesté la désignation d'un représentant syndical au CHSCT de son établissement de Vannes effectuée par le syndicat CGT en application d'un accord cadre interprofessionnel sur l'amélioration des conditions de travail, signé par le CNPF (devenu depuis le MEDEF¹⁴⁰³) le 17 mars 1975 et modifié par avenants, puis étendu par arrêté ministériel du 12 janvier 1996¹⁴⁰⁴. L'employeur avait obtenu gain de cause devant la Cour d'appel qui avait annulé la désignation. Le syndicat CGT forma alors un pourvoi au motif que l'extension rendait l'ANI applicable pour tous les salariés et tous les employeurs compris, aux termes de cet accord, dans le champ d'application de celui-ci. Toujours selon le syndicat, la Cour d'appel ne pouvait statuer pour apprécier le champ d'application de l'accord et de l'avenant litigieux par un motif inopérant déduit de l'absence de représentativité du MEDEF dans le secteur d'activité de la transformation du caoutchouc, alors qu'elle constatait par ailleurs que ces accords ne comportaient aucune restriction professionnelle. Dans l'arrêt confirmatif, la Cour de Cassation estime que « *l'arrêté d'extension du ministre du travail prévu par l'article L 133-8 du Code du travail a pour effet de rendre obligatoires les dispositions d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les employeurs compris dans son champ d'application territorial et professionnel, dont les organisations patronales signataires sont représentatives au sens de l'article L 133-2 du Code du travail. Et attendu que la cour d'appel,*

¹³⁹⁹V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *Dr. soc.* 1962, p.545 et spéc. p.547.

¹⁴⁰⁰V. *infra*.

¹⁴⁰¹Nous rappelons que conformément au principe de la séparation des pouvoirs, le juge judiciaire est compétent pour tout ce qui touche à la substance de la convention ou de l'accord (validité de l'accord, champ d'application, applicabilité, etc.) alors que le juge administratif est compétent pour tout ce qui touche à l'extension proprement dite (légalité de l'arrêté, etc.) ; V. études 85 et 86 *supra*.

¹⁴⁰²Cass. Soc., 16 mars 2005, *RJS* 2005, n°547 ; *JCP E* 2005, 699, comm. Franck HÉAS ; *Dr. soc.* 2005, p.640, note Philippe LANGLOIS ; *SSL* 2005, n°1213, note Odile GOUEL ; *Lexbase La lettre juridique*, mars 2005, note Stéphanie MARTIN-CUENOT (V. *supra* note n°1351).

¹⁴⁰³Nous rappelons que le CNPF est devenu le MEDEF en 1998 (V. *supra* note n°1046).

¹⁴⁰⁴Arr. 12 janv. 1996, *JORF* 23 janv. 1996, p.1130.

qui retient que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'était ni signataire, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire de l'accord objet de l'arrêté d'extension, en a exactement déduit que la branche du caoutchouc et des polymères n'entrait pas dans le champ d'application de l'accord du 17 mars 1975 que l'arrêté d'extension ne pouvait à lui seul modifier ».

En statuant ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation - qui réaffirmera régulièrement sa position en des termes constants¹⁴⁰⁵ - semble adopter une solution « orthodoxe »¹⁴⁰⁶ en regard des textes concernant l'extension qui, rappelons-le, ne confèrent pas à l'ANI un régime juridique différent de celui applicable à l'extension des conventions et accords de branche. En effet, comme le souligne Franck Héas dans son commentaire de l'arrêt, la Cour opère une application « stricte et littérale » de ces textes en jugeant, à l'instar du Conseil d'Etat, que « la seule organisation patronale, représentative dans la branche d'activité dont relève l'employeur n'ayant pas signé le texte initial, l'extension qui a suivi n'a aucun effet en l'espèce et la désignation du représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est donc caduque »¹⁴⁰⁷.

Si le juge judiciaire n'est pas compétent pour se prononcer sur les conditions de l'extension qui relèvent de la compétence du juge administratif, il lui appartient en revanche de statuer sur les contestations relatives au champ d'application de l'accord étendu¹⁴⁰⁸. La chambre sociale en déduit qu'il appartient au juge judiciaire de vérifier à l'occasion d'un litige portant sur l'application d'un ANI étendu, dont le champ d'application professionnel n'est pas précisé, si l'employeur auquel il est demandé l'application de l'accord en raison de son extension relève d'un secteur d'activité compris dans le champ d'application de celui-ci. Le juge judiciaire va s'attacher pour cela à vérifier que l'organisation patronale représentative de la branche d'activité dont relève l'employeur adhère à la confédération interprofessionnelle signataire de l'accord, à défaut de l'avoir signé elle-même. Mais si l'unique organisation patronale représentative au sein de la branche n'a pas elle-même signé l'ANI ou n'adhère pas à une confédération patronale signataire, la branche qu'elle représente n'entre pas dans le champ d'application de l'accord et l'extension est dès lors inopérante pour les entreprises appartenant à ladite branche. Comme l'avait déjà considéré le Conseil d'Etat, l'arrêté d'extension ne peut

¹⁴⁰⁵V. notamment Cass. soc., 21 nov. 2006, *RJS* 2007, n°252; 26 janv. 2012, *RJS* 2012, n°374; 3 mars 2015, *RJS* 2015, n°355; 6 avr. 2016, *RJS* 2016, n°438; 9 juin 2021, *Bull. civ.*, V, n°6, p.449.

¹⁴⁰⁶Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 (note sous Cass. soc. 16 mars 2005 préc.).

¹⁴⁰⁷Franck HÉAS, comm. préc., *JCP E* 2005, 699.

¹⁴⁰⁸V. supra note n°1401.

en effet modifier le champ d'application de l'accord¹⁴⁰⁹. L'arrêté ministériel a simplement pour effet de rendre les stipulations de l'accord obligatoires pour les employeurs et salariés compris dans son champ d'application professionnel et territorial. L'accord extensible doit pour cela avoir été négocié et conclu au sein de la commission paritaire composé de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré et le fait que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'adhère pas au MEDEF, signataire de l'ANI, suffit à placer cette branche hors du champ d'application de l'accord, que l'arrêté d'extension ne peut à lui seul modifier. La Cour de cassation dénie donc au MEDEF, malgré sa vocation interprofessionnelle, le droit de représenter cette branche et de l'engager, dès lors que la seule organisation patronale représentative dans cette branche ne compte pas parmi ses adhérents. L'arrêt confirme en cela que les organisations patronales - et plus particulièrement le MEDEF même si ces statuts sont très généraux - ne bénéficient pas d'une présomption de représentativité les dispensant d'apporter la preuve de celle-ci dans le champ d'application de l'accord soumis à l'extension¹⁴¹⁰. Cette solution confirme également que la représentativité patronale appréciée dans chaque branche reste déterminante pour fixer les contours du champ d'application professionnel de l'ANI, comme dans un simple groupement de branches.

Malgré sa propension à augmenter la sphère d'influence de l'ANI, son extension ne suffira donc pas à le rendre applicable dans tous les secteurs d'activité...

b) L'élargissement

208. Effet. Si l'extension a pour effet de soumettre un plus grand nombre d'employeurs et de salariés à l'application de l'accord à l'intérieur de sa zone géographique et professionnelle, telle que définie par les parties, l'élargissement va permettre de dépasser le champ d'application de l'accord en rendant ses stipulations obligatoires dans des secteurs non compris au sein de celui-ci.

¹⁴⁰⁹V. supra note n°565.

¹⁴¹⁰V. CE, 30 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p.1112, concl. Pascale FOMBEUR ; *RJS* 2003, n°1197 ; *D.* 2004, p.1701, note Xavier PRÉTOT et Dominique CHELLE. Nous soulignons toutefois que cette décision a été prise avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 fixant les règles d'établissement de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel. Il conviendra de vérifier si une « présomption » de représentativité à ce niveau est fixée pour le cycle de quatre ans et la nature de celle-ci (V. infra).

209. Fonction. Nous avons vu que le droit de l'élargissement s'est greffé sur « *le tronc principal du droit de l'extension* »¹⁴¹¹ lors de la parution de l'ordonnance du 27 septembre 1967 avant d'être remanié par les lois du 13 juillet 1971 et du 13 novembre 1982, puis en dernier lieu par l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁴¹². Conçu à l'origine pour les seules conventions de branche, l'élargissement a pour fonction première de combler les vides conventionnels en forçant l'application de l'accord dans des secteurs géographiques ou professionnels « *laissés pour compte* »¹⁴¹³ par l'extension, qui n'assure le rayonnement de l'accord que dans son propre périmètre. Applicable aux ANI de droit commun depuis 1982¹⁴¹⁴, l'élargissement va permettre de « *Rendre obligatoire dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application un accord interprofessionnel étendu* »¹⁴¹⁵ et de franchir, par là même, l'obstacle né de la jurisprudence Michelin voulant que l'extension n'atteigne que les entreprises ressortant des branches dans lesquelles les organisations patronales signataires de l'ANI sont représentatives¹⁴¹⁶.

210. Conditions et finalité. Cette procédure heurte plus grandement l'autonomie des acteurs sociaux que l'extension puisqu'elle va imposer, par voie ministérielle, l'application de l'accord non seulement à des entreprises non syndiquées mais également non comprises dans le champ d'application initial déterminé par les parties¹⁴¹⁷. L'ANI va ainsi être « exporté » en dehors de son champ d'application, qui va se trouver modifié par l'effet du règlement¹⁴¹⁸. Ces

¹⁴¹¹Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2e éd., Dalloz, 1989, n°275, p.513.

¹⁴¹²V. supra note n°566.

¹⁴¹³Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p. 147 et spéc. p.150.

¹⁴¹⁴V. supra note n°1283. Nous rappelons que l'élargissement des accords de retraite complémentaire a été introduit par la loi de généralisation de 1972 (V. étude 180 supra).

¹⁴¹⁵*C. trav.*, art. L. 2261-17, 3°.

¹⁴¹⁶V. étude 207 supra.

¹⁴¹⁷Avant même la consécration de la notion d'élargissement par la loi du 13 novembre 1982 (V. supra note n°1283), la doctrine avait souligné le caractère exorbitant de cette technique par rapport à l'extension en la qualifiant d'« *extension exceptionnelle* » (Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr soc.* 1971, p.530 et spéc. p.543) ou de « *transfert de domaine d'application* » (Gérard LYON-CAEN, « Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" », *D.* 1970, Chron., p.159 et spéc. p.160).

¹⁴¹⁸Le Code du travail se contente d'indiquer que l'élargissement a pour effet de « *Rendre obligatoire dans le secteur territorial considéré une convention ou un accord de branche déjà étendu à un secteur territorial différent* » (*C. trav.*, art. L. 2261-17, 1°) ou de « *Rendre obligatoire dans le secteur professionnel considéré tout ou partie d'une convention ou d'un accord professionnel déjà étendu à un autre secteur professionnel* » (2°). S'agissant de l'accord interprofessionnel, le texte précise que les branches dans lesquelles il est rendu obligatoire ne sont pas « *comprises dans son champ d'application* » (3°). Il s'agit donc à proprement parler d'une application obligatoire de l'accord au-delà de son champ d'application. Pour autant, le Professeur Michel Despax considère que l'élargissement, qui interviendra par delà l'extension (l'accord devant être étendu pour être élargi), entraîne une véritable modification du champ d'application territorial ou professionnel de l'accord (V. Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2e éd., Dalloz, 1989, n°275, p.513).

effets « *drastiques* », aboutissant à « *généraliser le caractère obligatoire d'un texte au-delà de son champ d'application initial* »¹⁴¹⁹, nécessitent un encadrement strict de l'intervention ministérielle¹⁴²⁰. En effet, l'application de l'accord à des secteurs ou branches autres que ceux correspondant à la compétence des signataires ne se justifie que par le souci de combler des vides conventionnels. Elle ne peut dès lors se concevoir « *qu'en cas d'impossibilité de créer un tissu conventionnel par le jeu naturel de la négociation entre acteurs sociaux* »¹⁴²¹ au sein de ces secteurs. Cette situation de vide conventionnel a été, dès l'origine, érigée en véritable condition de fond de l'élargissement et expressément caractérisée par le législateur qui n'autorise cette procédure exceptionnelle qu'en cas de carence ou de blocage de la négociation collective au sein de ces branches ou secteurs¹⁴²².

L'élargissement a ainsi pour finalité d'« *inciter* » les organisations de ces secteurs à négocier, en les « *menaçant* »¹⁴²³ de leur imposer l'application d'un accord qui n'est pas le leur,

¹⁴¹⁹Jean-Claude BONICHOT, « Extension et élargissement des conventions collectives » (concl. sous CE, 30 nov. 1992), *Dr. soc.* 1993, p.355.

¹⁴²⁰Sans développer les conditions de forme, nous pouvons souligner que la Commission nationale de la négociation collective peut s'opposer à la majorité de ses membres au projet d'élargissement, alors qu'elle ne dispose pas d'un pareil droit de veto lors de l'extension (V. *C. trav.*, art. L. 2261-17, al. 1 pour l'élargissement et L. 2261-15 et L. 2261-27 pour l'avis de la Commission en matière d'extension).

¹⁴²¹Jacques BARTHÉLÉMY, « Extension et élargissement des conventions collectives » (note sous CE, 30 nov. 1992), *Dr. soc.* 1993, p.359.

¹⁴²²En application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2261-17 du Code du travail - quasiment inchangé depuis l'ordonnance du 27 septembre 1967 (V. Michel DESPAX, *D.* 1968, préc.) - l'élargissement ne peut intervenir qu'« *En cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé [...]* ». Le législateur est venu ajouter en 1982 que « *Lorsqu'une convention de branche n'a pas fait l'objet d'avenant ou annexe pendant cinq ans au moins ou, qu'à défaut de convention, des accords n'ont pu y être conclus depuis cinq ans au moins, cette situation peut être assimilée au cas d'absence ou de carence des organisations au sens de l'article L. 2261-17 et donner lieu à l'application de la procédure prévue à cet article* » (*C. trav.*, art. L. 2261-18 ; L. 133-13 anc.). V. Lydie DAUXERRE, « L'élargissement des conventions et accords collectifs de travail », *JCP S* 2015, 1447.

¹⁴²³Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.192 ; *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2e éd., Dalloz, 1989, n°123, p.214.

en raison de leur défaillance¹⁴²⁴. Ce caractère « *comminatoire* »¹⁴²⁵ de l'élargissement est logique pour les secteurs géographiques ou professionnels où aucune convention ou aucun accord de branche ou professionnel ne s'applique¹⁴²⁶. Comme nous l'avons indiqué, le comblement des vides conventionnels « *au nom de l'ordre public social* »¹⁴²⁷ - visant à conférer un statut à tous les salariés et à éviter ainsi « *des discriminations fondées sur une inégale couverture conventionnelles* »¹⁴²⁸ - justifie cela.

Au niveau interprofessionnel, en revanche, il s'agira davantage à notre sens de permettre à l'accord de tendre vers l'universalité professionnelle que l'extension ne permet pas d'atteindre.

Nous pouvons avancer à l'appui de cette hypothèse que le Code du travail n'a pas les mêmes exigences pour l'élargissement de l'ANI que pour celui des conventions de branche ou des accords professionnels. En effet, l'élargissement d'une convention de branche ou d'un accord professionnel déjà étendu dans un secteur territorial ou professionnel, respectivement à un autre secteur territorial ou à un autre secteur professionnel, suppose que ce dernier présente

¹⁴²⁴Lorsque l'incitation à négocier porte ses fruits, l'article L. 2261-30 du Code du travail indique : « *Si une convention ou un accord est ultérieurement conclu dans un secteur territorial ou professionnel ayant fait l'objet d'un arrêté d'élargissement, celui-ci devient caduc à l'égard des employeurs liés par cette convention ou cet accord. L'arrêté d'extension emporte abrogation de l'arrêté d'élargissement dans le champ d'application pour lequel l'extension est prononcée* ». Ce texte vise toutefois expressément un secteur territorial ou professionnel ayant fait l'objet d'un arrêté d'élargissement. On peut dès lors légitimement se demander s'il ne se cantonne pas aux situations visées par le 1° et le 2° de l'article L. 2261-17 (élargissement d'une convention ou d'un accord de branche ou professionnel dans un secteur territorial ou professionnel), à l'exclusion de l'élargissement de l'ANI à des branches d'activité, visé par le 3° du même article (V. supra note n°1418). En effet, la conclusion d'un accord au sein d'une branche à laquelle un ANI a été élargi emporterait en application de ce texte la caducité de l'arrêté d'élargissement. Or, l'ANI a une autre fonction que l'accord de branche. Certes le Conseil d'Etat a jugé que la condition de carence n'était pas remplie au sein de la branche, rendant ainsi l'élargissement de l'ANI impossible, lorsqu'un accord préexistait au sein de cette branche sur des points compris dans l'ANI à élargir et ce, même si les stipulations de l'accord de branche étaient moins favorables que celles de l'ANI (CE, 17 janv. 1986, n°55.693, *Syndicat national des grossistes en confiserie, biscuiterie, chocolaterie et alimentation fine*, Lebon, p.9 ; D. 1988, somm., p.78, 1^{ère} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT). Dans un arrêt du même jour, le Conseil d'Etat a précisé par ailleurs que c'est l'absence de tout accord au sein de la branche qui traduit l'impossibilité persistante de conclure une quelconque convention au sein de celle-ci (CE, 17 janv. 1986, n°55.509, *Syndicat national des importateurs de matériels de bureau et d'informatique*, Lebon, p.11 ; D. 1986, I.R., p.247 ; D. 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT). En raisonnant *a contrario*, la conclusion ultérieure d'un accord au sein de la branche, quel qu'en soit l'objet, emporterait donc la caducité de l'élargissement de l'ANI. Pour autant, la rédaction « limitée » de l'article L. 2261-30 interroge (à titre de comparaison, l'article L. 2261-17 prend soin de préciser expressément que les conditions d'analogie quant aux emplois exercés ne visent que le 1° et le 2° de ce même article ; V. infra).

¹⁴²⁵Cécile HABLLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.147.

¹⁴²⁶En raison de l'importante couverture conventionnelle de branche, la procédure d'élargissement est de moins en moins utilisée à ce niveau, même si le législateur l'a consacrée comme un des outils du chantier de restructuration des branches (V. C. trav., art. L. 2261-32, II.).

¹⁴²⁷Jacques BARTHÉLÉMY, « Extension et élargissement des conventions collectives » (note sous CE, 30 nov. 1992), *Dr. soc.* 1993, p.359.

¹⁴²⁸Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.192.

des conditions analogues à celles du secteur d'origine quant aux emplois exercés¹⁴²⁹. Cette « *recherche d'adéquation* »¹⁴³⁰ peut aisément se comprendre puisqu'il va s'agir de « transplanter » le dispositif conventionnel d'un secteur à un autre secteur pour lequel il n'avait pas initialement été conclu. Cette opération étant susceptible de présenter des « *inconvenients évidents* »¹⁴³¹ si les dispositions ne sont pas adaptées au secteur destinataire, l'exigence d'une analogie entre les deux secteurs permettra de réduire ce risque. Or, cette exigence n'est pas requise pour l'élargissement d'un accord interprofessionnel¹⁴³² qui va dès lors permettre d'atteindre des branches qui peuvent être « *disparates* »¹⁴³³. De même, en visant la possibilité d'élargir l'accord interprofessionnel dans « *une ou plusieurs branches* »¹⁴³⁴, le législateur autorise l'exportation de l'ANI dans une « *pluralité de branches* »¹⁴³⁵ situées en dehors de son champ d'application, la question pendante étant de savoir si l'élargissement peut potentiellement les atteindre toutes...

Cette dernière question, qui a provoqué des disputes doctrinales à propos de la définition de l'interprofession¹⁴³⁶, ne peut quoiqu'il en soit faire oublier que la validité de l'arrêté d'élargissement d'un ANI reste soumise, comme pour l'élargissement sectoriel d'une convention de branche ou d'un accord professionnel, au constat d'une carence de la négociation collective dans les branches concernées. Cette condition de fond reste en effet un préalable à l'élargissement de tout accord et elle devra être vérifiée pour chacune des branches d'activité à

¹⁴²⁹V. *C.trav.*, art. L. 2261-17, al. 5. Nous précisons que l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 a uniformisé ces conditions d'analogie. En effet, lorsqu'un élargissement était naguère envisagé dans un secteur territorial, celui-ci devait présenter des « *conditions économiques analogues* » à celles du secteur d'origine, alors que l'élargissement à un secteur professionnel différent réclamait des « *conditions analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue, quant aux emplois exercés* » (*C. trav.*, art. L. 2261-17, 1° et 2°, anc.). Désormais, les conditions d'analogie porteront sur les emplois exercés qu'il s'agisse d'un élargissement territorial ou professionnel (V. Lydie DAUXERRE, « Sécurisation des dispositifs d'extension et d'élargissement des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2017, 1307).

¹⁴³⁰Lydie DAUXERRE, *op. cit.*

¹⁴³¹Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2e éd., Dalloz, 1989, n°277, p.516.

¹⁴³²L'alinéa 5 de l'article L. 2261-17 dispose : « *Dans les cas prévus aux 1° et 2°, le secteur professionnel ou territorial faisant l'objet de l'arrêté d'élargissement doit présenter des conditions analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue, quant aux emplois exercés* ». Le 3° du même article portant sur l'élargissement d'un accord interprofessionnel n'est pas visé.

¹⁴³³Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640. Nous rappelons qu'au niveau de l'extension, le Code du travail n'opère en revanche aucune distinction entre le régime l'accord de branche et de l'accord interprofessionnel mais que le Conseil d'Etat a mis très tôt en avant le critère de l'unité de nature d'activité pour distinguer le cadre interprofessionnel du simple groupement de branches, confirmant que le cadre interprofessionnel regroupait des branches disparates ne présentant pas d'unité de nature d'activité entre elles (V. étude 105 supra).

¹⁴³⁴*C.trav.*, art. L. 2261-17, 3°.

¹⁴³⁵Philippe LANGLOIS, *op. cit.*

¹⁴³⁶V. *infra*.

laquelle l'élargissement de l'ANI est envisagé¹⁴³⁷. C'est d'ailleurs pour cette raison de fond que l'ANI du 20 octobre 1986 sur l'emploi et son avenant du 12 avril 1988¹⁴³⁸ ne pouvaient être élargis aux professions libérales, qui non seulement disposent d'organisations professionnelles en capacité de négocier mais peuvent également justifier d'une activité contractuelle soutenue au sein de leurs branches¹⁴³⁹.

Ainsi, et bien que le ministre ne soit pas tenu d'énumérer les branches d'activité visées par l'arrêté d'élargissement dès lors que la condition d'absence ou de carence des organisations d'employeurs ou de salariés se trouve remplie pour chacune d'entre elles¹⁴⁴⁰, cette condition de

¹⁴³⁷CE, 17 janv.1986, n°55.509, *Syndicat national des importateurs de matériels de bureau et d'informatique*, Lebon, p.11 ; D. 1986, I.R., p.247 ; D. 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT.

¹⁴³⁸V. supra note n°965.

¹⁴³⁹L'accord du 20 octobre 1986 avait été signé du côté patronal par le CNPF auquel s'étaient jointes la CGPME et l'UPA lors de la signature de l'avenant du 12 avril 1988. Compte tenu de l'objet général de l'accord, visant à réformer le droit du licenciement économique (V. étude 134 supra), le ministre avait pris des arrêtés d'élargissement de l'accord et de l'avenant afin de les rendre obligatoires dans toutes les professions, à l'exclusion du secteur agricole. Or, les professions libérales, représentées au niveau national par l'UNAPL non signataire de ces textes et donc exclues du champ d'application, se voyaient imposer par le biais de l'élargissement un dispositif qu'elles jugeaient inadapté à leur situation. L'UNAPL attaqua donc la légalité des arrêtés d'élargissement en avançant deux moyens. Le premier moyen portait sur une irrégularité de forme à savoir que les procédures d'extension et d'élargissement de l'accord du 20 octobre 1986 avaient été menées concomitamment. Or, l'élargissement ne peut porter que sur un accord étendu. En effet, il s'agit là encore d'un « garde fou » dans cette procédure d'exception car en élargissant le dispositif résultant de l'arrêté d'extension et non directement le texte contractuel lui-même, le ministre aura pu expurger en préalable les clauses illicites ou qui apparaîtraient contraires à la situation de la branche lors de son double contrôle de légalité et d'opportunité opéré préalablement à l'extension (V. C. trav., art. L. 2261-25 et nos développements supra sur l'extension des conventions de branche). Les obligations imposées aux employeurs non syndiqués compris dans le champ d'application de l'accord lors de l'extension et celles imposées aux entreprises des secteurs non compris dans le champ d'application visés par l'arrêté d'élargissement devant être les mêmes, il y aurait en effet un risque si l'élargissement portait sur le texte contractuel lui-même et non sur le texte étendu. Dans le cas d'espèce, un avis préalable avait été publié au journal officiel le 7 décembre 1986 indiquant que le ministre envisageait à la fois d'étendre et d'élargir les dispositions de l'ANI du 20 octobre 1986, ce qui fût fait le 31 décembre 1986 par deux arrêtés pris le même jour. Le second moyen portant sur le fond soulevait que la condition de carence exigée par les textes n'était pas remplie car l'existence de l'UNAPL d'une part et la signature d'accords à son niveau ainsi que dans ses branches adhérentes, d'autre part, même si ces accords portaient sur des sujets autres que les questions abordées par l'ANI du 20 octobre 1986, attestaient d'une vie contractuelle certaine au sein du secteur des professions libérales que l'élargissement ne pouvait dès lors atteindre. Suscitant les regrets de la doctrine, le Conseil d'Etat se contenta, dans sa décision du 30 novembre 1992, d'annuler l'arrêté d'élargissement du 31 décembre 1986 sur le motif de forme en considérant que si l'arrêté d'élargissement était bien assorti des restrictions mentionnées dans l'arrêté d'extension du même jour, qui comportait plusieurs réserves d'application pour des raisons de légalité, le texte de l'accord qui avait fait l'objet de l'avis préalable à l'élargissement en date du 7 décembre 1986 n'était pas celui sur lequel avait porté l'arrêté d'élargissement du 31 décembre 1986 (puisque ce texte n'avait pas encore, à cette date, fait l'objet des réserves émises lors du contrôle de légalité préalable à l'extension)...En statuant ainsi le Conseil d'Etat confirme la dissociation des deux procédures et suggère qu'il n'y a pas lieu d'attacher une portée réelle à la différence de rédaction opérée par l'article L 2261-17 du Code du travail entre les dispositions sur l'élargissement des conventions de branche et accords professionnels qui doit porter sur un accord « *déjà étendu* » et celles relatives à l'élargissement des accords interprofessionnels qui porte seulement sur un accord « *étendu* ». Il est permis d'avancer par ailleurs que bien qu'il n'ait pas eu besoin de statuer sur le fond, le Conseil d'Etat aurait très certainement suivi sur ce point les conclusions de son Commissaire du Gouvernement, ainsi que l'avis de la doctrine la plus autorisée, en constatant que la condition de carence n'était pas remplie dans les branches des professions libérales auxquelles une atonie conventionnelle ne pouvait être reprochée (V. CE, 30 nov. 1992, *Dr. soc* 1993, p.355, concl. Jean-Claude BONICHOT préc. ; *Dr. soc.* 1993, p.359, note Jacques BARTHÉLEMY préc. ; *adde* Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.192).

¹⁴⁴⁰CE, 17 janv.1986, n°55.509, préc.

fond laisse à penser que la vitalité conventionnelle constatée dans de nombreuses branches se situant en dehors du champ d'application d'un ANI empêchera ce dernier, même élargi, d'atteindre l'universalité professionnelle escomptée...

c) L'agrément

211. Distinction. Le terme d'agrément a été utilisé à plusieurs reprises par le législateur dans le droit de la négociation collective, et l'est encore, mais il recouvre des « *réalités juridiques distinctes* »¹⁴⁴¹. Dans une première acception, l'agrément conditionne la force obligatoire de la convention et vient donc « *frapper le contrat au coeur en conditionnant l'application d'une norme librement négociée à une "validation" purement administrative* »¹⁴⁴². On songe immédiatement au régime en vigueur sous l'empire de la loi du 23 décembre 1946 dans lequel seul l'agrément ministériel pouvait donner une valeur juridique aux conventions collectives signées par les organisations syndicales les plus représentatives¹⁴⁴³. On peut également songer à l'agrément ministériel des conventions et accords collectifs conclus dans certaines branches ou secteurs particuliers tels que le secteur social et médico-social à but non

¹⁴⁴¹Jacques BARTHÉLÉMY, « L'agrément des accords collectifs », *Dr soc.* 1987, p.623.

¹⁴⁴²Pierre-Yves VERKINDT, « L'agrément des accords collectifs dans le secteur social et médico-social », *RDSS* 2014, p.20.

¹⁴⁴³V. supra note n°110.

lucratif ou les organismes de sécurité sociale qui, sans conditionner la validité juridique de l'acte conventionnel, constituera une condition suspensive d'applicabilité de ce dernier¹⁴⁴⁴.

Dans une deuxième acception, l'agrément permet aux stipulations de l'accord de produire des effets vis-à-vis de la puissance publique elle-même. L'agrément n'affecte pas dans ce cas les rapports entre les parties mais confère au dispositif conventionnel un caractère « exonératoire » à l'égard d'obligations légales ou le rend « opposable » à l'autorité administrative ayant agréé. On songe alors à l'agrément des accords relatifs à l'obligation

¹⁴⁴⁴En application de l'article L 314-6 du Code de l'action sociale et des familles, les accords collectifs applicables aux salariés des établissements et services sociaux et médico-sociaux à but non lucratif dont les dépenses de fonctionnement sont supportées, en tout ou partie, directement ou indirectement, soit par des personnes morales de droit public, soit par des organismes de sécurité sociale, « *ne prennent effet qu'après agrément donné par le ministre compétent* », après avis d'une commission ad'hoc. Par exception, cet agrément ministériel n'est pas nécessaire pour les conventions d'entreprise ou d'établissement applicables exclusivement au personnel des établissements ayant conclu un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens avec leurs autorités de tarification (V. notamment Jean SAVATIER, « La portée de l'exigence d'un agrément administratif des conventions collectives applicables aux établissements médico-sociaux », *Dr. soc.* 1994, p.394 ; Sylvie HENNION-MOREAU, « De l'absence d'agrément des conventions collectives dans le secteur sanitaire et social », *RDSS* 1995, p.343 ; Pierre GAUDIER, « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », *RDSS* 2012, p.911 ; Pierre-Yves VERKINDT, « L'agrément des accords collectifs dans le secteur social et médico-social », *RDSS* 2014, p.20). En ce qui concerne les organismes de sécurité sociale - à l'exclusion des caisses centrales nationales relevant du droit public - l'article L. 123-1 du Code de la sécurité sociale pour le personnel d'exécution et d'encadrement, l'article L. 123-2 pour les agents de direction et le directeur comptable et financier de ces organismes, ainsi que l'article L. 123-2-1 du même code pour les praticiens conseils exerçant dans le service du contrôle médical du régime général, disposent que les conditions de travail de ces salariés sont fixées par des conventions collectives « *qui ne deviennent applicables qu'après avoir reçu l'agrément de l'autorité compétente de l'Etat* » (V. Xavier PRÉTOT, « L'abrogation de l'agrément des conventions collectives applicables au personnel des organismes de Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1992, p.729). La nécessité de contrôler en amont les dépenses de fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux, ainsi que le pouvoir de tutelle de la puissance publique sur les organismes de sécurité sociale, ayant un caractère de droit privé mais étant chargés de l'exécution de missions de service public (V. étude 113 supra), justifient cette procédure particulière. On ne peut s'empêcher de souligner malgré tout que, tout en relevant du droit commun de la négociation collective, ces secteurs seront soumis à l'intervention de la puissance publique, tiers au contrat, pour que les accords qu'ils concluent puissent produire effet dans les relations de travail entre employeurs et salariés... (Sur l'incidence du défaut d'agrément : V. notamment Michel MORAND, « Le défaut d'agrément des accords dans le secteur sanitaire et social », *SSL* 2005, n°1233, p.7).

d'emploi des travailleurs handicapés¹⁴⁴⁵ ou à l'épargne salariale¹⁴⁴⁶ mais également au mécanisme d'opposabilité financière des accords agréés, en vigueur dans le secteur social et médico-social¹⁴⁴⁷.

Dans une troisième acception, l'agrément permet de rendre obligatoires les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et salariés compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord. Ces effets, strictement identiques à ceux de l'extension, étaient attachés, comme nous l'avons à maintes reprises rappelé, à la procédure d'agrément des ANI d'assurance chômage et de retraite complémentaire issue des ordonnances du 7 janvier et du 4 février 1959¹⁴⁴⁸. Afin d'éviter un risque de controverse déjà soulevé à l'époque¹⁴⁴⁹, le législateur supprimera trente ans plus tard l'agrément des accords de retraite complémentaire et lui substituera la technique classique de l'extension¹⁴⁵⁰. S'agissant des accords d'assurance chômage, le Code du travail continue toutefois d'utiliser la procédure d'agrément tout en confirmant que celle-ci produit les effets de l'extension¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁵En application de l'article L. 5212-8 du Code du travail, l'employeur peut « *s'acquitter de son obligation d'emploi en faisant application d'un accord de branche, de groupe ou d'entreprise agréé prévoyant la mise en œuvre d'un programme pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés pour une durée maximale de trois ans, renouvelable une fois* ». Une instruction ministérielle du 7 janvier 2021 précise que « *L'accord de groupe ou d'entreprise sur l'emploi des travailleurs en situation de handicap est un accord collectif de droit commun qui, pour produire ses effets eu égard à l'obligation d'emploi prévue par la loi, doit être agréé par l'autorité administrative compétente* » (Instruction n°DGEFP/METH/2021/11 du 7 janvier 2021 pour accompagner les entreprises et les groupes dans l'élaboration d'un accord en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés en application de l'article L. 5212-8 du code du travail, ainsi que pour agréer, suivre et évaluer cet accord notamment en vue de son renouvellement, p.6).

¹⁴⁴⁶L'article 118 de la loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, dite loi « Asap » (V. supra notes n°s 824 et 1137), a créé un agrément administratif des accords de branche d'épargne salariale qui permet de sécuriser les exonérations fiscales et sociales attachées aux avantages versés aux salariés des entreprises qui adhèrent à ces accords pour l'intéressement, la participation et les dispositifs d'épargne d'entreprise ou interentreprises. L'article L. 3345-4 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi Asap dispose : « *Un accord de branche d'intéressement, de participation ou instaurant un plan d'épargne salariale fait l'objet d'une procédure d'agrément conduite par l'autorité administrative compétente à compter de son dépôt dans un délai et des conditions déterminés par décret. [...] Dès lors que l'accord de branche a été agréé, aucune contestation ultérieure de la conformité des termes de l'accord de branche aux dispositions légales en vigueur au moment de sa conclusion ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations fiscales et sociales attachées aux avantages accordés aux salariés des entreprises qui adhèrent à l'accord de branche par accord d'entreprise ou, le cas échéant, pour les entreprises de moins de cinquante salariés et dans les conditions de l'article L. 2232-10-1, par document unilatéral de l'employeur* ».

¹⁴⁴⁷Au-delà de ces effets dans les relations de travail, l'agrément prévu par l'article L. 314-6 du CASF (V. supra note n°1444) rend également opposables aux autorités compétentes en matière de tarification les dépenses de personnel résultant des conventions et accords collectifs, qui devront - dès lors que l'accord est agréé par arrêté ministériel - être intégrées au budget de fonctionnement de ces établissements et services.

¹⁴⁴⁸V. notamment étude 123 supra.

¹⁴⁴⁹V. Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p.42.

¹⁴⁵⁰V. supra note n°1291.

¹⁴⁵¹L'actuel article L. 5422-21 du Code du travail relatif à l'agrément des accords relatifs à l'assurance chômage dispose à son alinéa premier : « *L'agrément rend obligatoires les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et salariés compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord* ».

212. Spécificité. Après avoir instauré un régime unique d'agrément pour les ANI de protection sociale complémentaire¹⁴⁵², le législateur semble donc opérer désormais une distinction entre l'ANI de retraite complémentaire qui relève du régime de l'extension, comme tout autre accord¹⁴⁵³, et l'ANI d'assurance chômage qui continue de relever de l'agrément¹⁴⁵⁴. Nous pourrions tenter d'expliquer cette situation par le fait que le régime conventionnel d'assurance chômage institué par l'ANI se substitue à un régime légal, ce qui autorise l'Etat à intervenir directement par voie réglementaire en l'absence d'accord ou d'agrément de ce dernier¹⁴⁵⁵, alors qu'une telle possibilité n'existe pas pour les accords de retraite complémentaire qui ne font que « prolonger » ou « compléter » le régime légal d'assurance vieillesse et se satisferaient donc des techniques classiques du droit conventionnel mieux à même de respecter l'autonomie des partenaires sociaux¹⁴⁵⁶. Pour autant, malgré cette différence terminologique, l'extension de l'ANI de retraite complémentaire et l'agrément de l'ANI d'assurance chômage produisent les mêmes effets à savoir de rendre « simplement » l'accord applicable aux entreprises non syndiquées comprises dans son champ d'application territorial et professionnel. Certes, l'élargissement permettra aux accords de retraite complémentaire

¹⁴⁵²Nous rappelons que l'ordonnance du 7 janvier 1959 et celle du 4 février 1959 ont été prises de façon concomitante pour sécuriser les régimes issus des ANI de protection sociale complémentaire à une époque où l'extension n'était permise que pour les conventions collectives de branche et où il fallait donc « inventer » une procédure spéciale permettant de dépasser les dispositions limitatives de la loi du 11 février 1950 (V. étude 122 supra).

¹⁴⁵³En application de l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale, les dispositions du livre II de la deuxième partie du code du travail sont applicables aux accords de retraite et de prévoyance. Toutefois, par dérogation à l'article L. 2261-15 du Code du travail, leur extension est décidée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, après avis de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle mentionnée à l'article L. 2271-1 du Code du travail. Contrairement à l'extension « classique », la compétence ne relève donc pas du ministre du travail mais de celui chargé de la sécurité sociale (qui partageait auparavant cette compétence avec le ministre chargé du budget jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Asap du 7 décembre 2020). Par ailleurs, l'avis préalable à l'extension et à l'élargissement des accords de retraite complémentaire était autrefois donné par la Commission des accords de retraite et de prévoyance (COMAREP) mais la loi Asap a supprimé cette dernière et intégré ses attributions au sein de la CNNCEFP, également compétente pour l'extension et l'élargissement de tout accord collectif (V. supra note n°824). Nous précisons toutefois, sur ce dernier point, que la CNNCEFP est présidée par le ministre chargé de la sécurité sociale et non celui chargé du travail lorsqu'elle est consultée sur l'extension et l'élargissement des accords instaurant des garanties complémentaires à la sécurité sociale (V. *C. trav.*, art. R. 2272-1 III.).

¹⁴⁵⁴Nous rappelons que l'agrément des ANI d'assurance chômage est désormais délivré par le Premier ministre (V. supra note n°1272) et que l'avis préalable est également donné par la CNNCEFP depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 septembre 2018 (V. supra note n°824).

¹⁴⁵⁵V. supra note n°1274.

¹⁴⁵⁶V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298 ; Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Dr. soc.* 1997, p.1023 ; « La négociation collective au-delà du travail », *Dr. soc.* 2009, p.1037.

d'être applicables au-delà de leur champ d'application initial¹⁴⁵⁷ mais le Code du travail exclut expressément les accords d'assurance chômage des dispositions relatives à l'élargissement¹⁴⁵⁸.

En réalité, dans un cas comme dans l'autre, l'accord de chômage agréé et l'accord de retraite complémentaire étendu et élargi atteignent l'universalité professionnelle exigée par leur caractère post-législatif, ainsi que par la technique de répartition sur laquelle repose les régimes qu'ils mettent en œuvre, par l'effet de la loi qui donne une « *vocation particulière* »¹⁴⁵⁹ à ces instruments.

Nous avons vu, en effet, que la définition des règles de l'assurance chômage est désormais partagée entre la loi qui définit un certain nombre de principes, dont celui de l'obligation d'assurance pour tout employeur, et des règles conventionnelles qui en déterminent l'application¹⁴⁶⁰. L'ANI d'assurance chômage définit ainsi les mesures d'application du principe légal d'assurance chômage qui s'impose à tout employeur, y compris à ceux se situant en dehors du champ d'application initial de l'accord¹⁴⁶¹. Dès lors, comme le souligne un auteur, l'accord d'assurance chômage n'a « *en quelque sorte plus de champ originel* » et l'agrément a simplement pour effet de rendre « *obligatoire l'accord dans le cadre du champ d'application*

¹⁴⁵⁷L'article L. 911-4 du Code de la sécurité sociale dispose : « *Des arrêtés du ministre chargé de la sécurité sociale peuvent élargir, le cas échéant, sur demande de l'une des organisations représentatives intéressées, après avis de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle mentionnée à l'article L. 2271-1 du code du travail, tout ou partie des dispositions d'accords étendus conformément à ce même article à des employeurs, à des salariés et anciens salariés et à leurs ayants droit non compris dans le champ d'application de ces accords* ». Nous précisons que cet article comporte, à notre sens, une maladresse de rédaction depuis sa modification par la loi Asap du 7 décembre 2020 qui a transféré la compétence de l'ancienne COMAREP à la CNNCEFP (V. supra note n°1453). En effet, dans sa rédaction précédente l'article indiquait : « *Des arrêtés du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget peuvent élargir, sur demande ou après avis motivé de la commission mentionnée à l'article L. 911-3, tout ou partie des dispositions d'accords étendus conformément à ce même article à des employeurs, à des salariés et anciens salariés et à leurs ayants droit non compris dans le champ d'application de ces accords* ». Or, l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale pose avant tout le principe de l'extension des accords de retraite et de prévoyance. Le renvoi à l'avis de la commission ne fait que préciser qu'il s'agissait auparavant d'une commission spécialisée, à savoir la COMAREP, et qu'il s'agit désormais de la CNNCEFP dont l'ensemble des missions est régi par l'article L. 2271-1 du Code du travail. Il convient donc de conserver, selon nous, l'expression « *étendus conformément à ce même article* » dans son sens premier, à savoir « *étendus conformément* [à l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale et non à l'article L. 2271-1 du Code du travail qui ne traite pas de l'extension mais des missions de la CNNCEFP] ».

¹⁴⁵⁸L'article L. 2261-31, alinéa 1^{er}, du Code du travail exclut expressément les accords de chômage du champ de l'extension (ce qui est normal puisque l'agrément remplace celle-ci) mais également du champ de l'élargissement.

¹⁴⁵⁹Jacques BARTHÉLÉMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298.

¹⁴⁶⁰V. études 179 et 180 supra.

¹⁴⁶¹Nous rappelons les dispositions de l'article L. 5422-13 du Code du travail : « *Sauf dans les cas prévus à l'article L. 5424-1, dans lesquels l'employeur assure lui-même la charge et la gestion de l'allocation d'assurance, tout employeur assure contre le risque de privation d'emploi tout salarié, y compris les travailleurs salariés détachés à l'étranger ainsi que les travailleurs salariés français expatriés. / L'adhésion au régime d'assurance ne peut être refusée* ».

du régime d'assurance chômage qui est désormais légal »¹⁴⁶². Au-delà des effets similaires à l'extension - donc limités - que l'article L. 5422-21 du Code du travail réserve à l'agrément des accords de chômage¹⁴⁶³, ce dernier constituerait donc « *une condition d'application de l'accord* »¹⁴⁶⁴. Une analyse des dispositions de l'article L. 5422-20 du Code du travail milite d'ailleurs en ce sens puisque ce texte dispose que les mesures d'application des dispositions légales relatives à l'assurance chômage font l'objet d'un accord agréé et qu'« *en l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat* »¹⁴⁶⁵. Cette mesure supplétive souligne le caractère de « quasi-règlement » de l'ANI agréé en le plaçant au même niveau qu'un décret pour fixer les modalités d'application des règles légales de l'assurance chômage¹⁴⁶⁶. Mais elle confirme également que l'absence d'agrément rend l'accord « *inopérant* »¹⁴⁶⁷. L'agrément exerce donc non seulement des effets dans le champ d'application initial de l'accord en rendant ce dernier applicable à tous les employeurs et salariés compris au sein de celui-ci, tel une extension¹⁴⁶⁸, mais il conditionne par ailleurs l'applicabilité de l'accord. Une fois rendu applicable par l'effet de l'agrément, l'ANI peut alors remplir sa fonction réglementaire consistant à fixer les modalités d'application du dispositif légal d'assurance chômage qui s'applique à tous les employeurs et salariés français¹⁴⁶⁹. Il est dès lors permis de soutenir que l'agrément confère à l'accord une portée générale - semblable à la loi qu'il est chargé de mettre en œuvre - en le rendant applicable à

¹⁴⁶²Jean-Paul DOMERGUE, « Le droit du chômage ou du non-emploi », *Dr. soc.* 1997, p.463. Nous rappelons qu'à la suite de la dénonciation de la convention du 31 décembre 1958 - qui était visée tant par l'ordonnance du 13 juillet 1967 que par la loi du 16 janvier 1979 qui avaient généralisé l'obligation d'assurance - les ordonnances du 16 février et 21 mars 1984 ont maintenu la possibilité de renvoyer la détermination de la réglementation du régime d'assurance chômage à un ANI soumis à l'agrément (V. études 179 et 180 supra). Simplement le régime d'assurance chômage étant devenu légal, puisqu'il vise tous les employeurs du secteur privé en application des dispositions du Code du travail, son champ n'est plus désormais fixé par l'accord. L'ANI d'assurance chômage une fois agréé a donc pour fonction de fixer les mesures d'application de ce régime légal (V. études préc.).

¹⁴⁶³V. supra note n°1451.

¹⁴⁶⁴Jean-Paul DOMERGUE, *op. cit.*

¹⁴⁶⁵V. supra note n°1274.

¹⁴⁶⁶V. étude 180 supra. Nous rappelons que la notion de « quasi-règlement » utilisée pour désigner les accords de protection sociale complémentaire qui fixent les modalités d'application d'un principe législatif est à attribuer à Jacques Barthélémy (V. notamment Jacques BARTHÉLEMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298 ; « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513 ; « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 ; « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », *Dr. soc.* 2009, p.907 ; Jacques BARTHÉLEMY et Gilbert CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2013, p.17).

¹⁴⁶⁷Jean-Paul DOMERGUE, *op. cit.*

¹⁴⁶⁸*C. trav.*, art. L. 5422-21, préc.

¹⁴⁶⁹*C. trav.*, art. L. 5422-13 (V. supra note n°1461). Nous rappelons que les salariés du secteur public relèvent de régimes particuliers (V. *C. trav.*, art. L. 5424-1 et s.).

tous les employeurs et salariés visés par le régime légal d'assurance chômage¹⁴⁷⁰. C'est donc par un subtil enchevêtrement de dispositions légales que l'agrément permet à l'ANI d'assurance chômage d'acquérir une portée universelle...

Nous pouvons toutefois regretter, en la matière, le manque de précision de l'opération de recodification de 2008 qui n'a pas repris en totalité les dispositions de l'ancien article L. 351-8 du Code du travail. En effet, cet article indiquait que « *L'agrément de cet accord a pour effet de le rendre obligatoire pour tous les employeurs mentionnés à l'article L. 351-4 ainsi que pour leurs salariés* », l'ancien article L. 351-4 du Code du travail posant le principe de l'obligation d'assurance de tout salarié pour tous les employeurs, aujourd'hui repris à l'article L. 5422-13 précité¹⁴⁷¹. Or, le législateur n'a vraisemblablement pas jugé utile de reprendre cette précision dans le nouvel article L. 5422-20 du Code du travail qui est venu remplacer l'ancien article L. 351-8. Pour un auteur avisé, il ne s'agit « *sans aucun doute, que d'une coquille* » mais qui serait « *susceptible d'altérer la nature particulière de cette procédure d'agrément* »¹⁴⁷². L'ancien article L. 352-2 du Code du travail conférait en effet à l'agrément les effets d'une simple extension comme le fait actuellement l'article L. 5422-21 et la précision supplémentaire qu'apportait l'article L. 351-8 était utile pour caractériser de façon expresse l'effet amplifiant de l'agrément consistant à rendre l'ANI obligatoire dans le champ légal de l'assurance chômage. Certains auteurs y voyaient même l'existence de deux types d'agrément des accords de chômage¹⁴⁷³. L'absence de cette précision dans la nouvelle rédaction du Code du travail peut certes interroger mais les effets de l'agrément ne peuvent être circonscrits, comme nous l'avons démontré, au périmètre initial de l'ANI et leur examen réduit à la seule lecture de l'article L. 5422-21. Par le truchement des diverses dispositions légales, l'agrément permettra au contraire à l'ANI de revêtir ses habits de quasi-règlement et d'atteindre *in fine* l'universalité

¹⁴⁷⁰Comme le souligne Xavier Prétot, puisque le champ d'application du régime d'assurance chômage est fixé par la loi, l'agrément ne fait que rappeler celui-ci. L'effet de l'agrément n'est donc pas tant d'étendre la convention que de lui conférer une force exécutoire dans ce champ d'application légal (V. Xavier PRÉTOT, « L'agrément des conventions et accords dans le droit du travail et de la protection sociale », *Sur l'entreprise et le droit social, Etudes offertes à Jacques Barthélémy*, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.65 et spéc. p.67 ; « De la convention du 1^{er} janvier 2001 et de son agrément par la puissance publique - Quelques réflexions », *Dr. soc.* 2001, p.364).

¹⁴⁷¹V. supra note n°1461.

¹⁴⁷²Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », *SSL* 2008, n°1361, p.7 et spéc. p.8.

¹⁴⁷³Jacques Barthélémy écrivait sous l'empire du Code du travail antérieur à la recodification de 2008 : « *C'est, du reste, pourquoi il convient de distinguer, dans les accords concernant le chômage, l'agrément qui a pour effet de rendre applicable l'accord dans toutes les entreprises soumises à l'obligation légale d'assurance de ses salariés contre le chômage (L. 351-8) qui confère à l'accord la qualification de quasi règlement et l'agrément prévu par l'article L. 352-2 qui gagnerait à être appelé extension et qui ne vise qu'à étendre aux non syndiqués, dans le même champ professionnel, tout accord concernant le chômage en général* » (Jacques BARTHÉLÉMY, « Extension et élargissement des conventions collectives », note sous CE, 30 nov. 1992, *Dr. soc.* 1993, p.359).

professionnelle escomptée, même s'il faut pour cela ne plus concentrer notre analyse sur le champ de l'accord lui-même mais sur celui de l'obligation légale d'assurance chômage...

Il en est de même de l'élargissement des ANI de retraite complémentaire qui va représenter en la matière une véritable « *condition suspensive d'applicabilité de ces accords* »¹⁴⁷⁴ pouvant l'assimiler à un agrément. En effet, nous avons vu que l'article L. 921-1 du Code de la sécurité sociale, découlant de la loi du 29 décembre 1972, pose le principe d'adhésion obligatoire à un régime de retraite complémentaire pour tous les salariés du secteur privé et que l'article L. 921-4 du même Code dispose que les régimes de retraite complémentaire sont désormais exclusivement institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis¹⁴⁷⁵. Le schéma est donc identique à l'assurance chômage dont le caractère obligatoire pour tous les employeurs et salariés est fixé par l'article L. 5422-13 du Code du travail et ses modalités d'application renvoyées à l'accord agréé par l'article L. 5422-20 du même Code, comme nous venons de le rappeler¹⁴⁷⁶. A l'instar du régime d'assurance chômage, qui nécessite un accord agréé pour s'appliquer et régir l'ensemble des employeurs du secteur privé, le régime de retraite complémentaire - auquel tous les salariés du secteur privé doivent être affiliés - ne pourra donc naître que d'un ANI étendu et élargi. L'ANI sera ainsi « *inefficace* »¹⁴⁷⁷ tant qu'il ne sera pas étendu et élargi puisqu'il ne pourra pas instituer le régime pour lequel il a été conclu. L'élargissement devient dès lors une condition suspensive d'applicabilité de l'accord, « *y compris pour les employeurs syndiqués* »¹⁴⁷⁸. Comme le souligne Jacques Barthélémy¹⁴⁷⁹, cette originalité autoriserait d'ailleurs la pratique du ministre chargé de la sécurité sociale de prendre un seul arrêté pour l'extension et l'élargissement de

¹⁴⁷⁴Jacques BARTHÉLEMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298.

¹⁴⁷⁵V. étude 180 supra.

¹⁴⁷⁶Comme nous l'avons précédemment indiqué, le pouvoir de substitution de la puissance publique par voie réglementaire en l'absence d'accord d'assurance chômage ou d'agrément de celui-ci n'est toutefois pas prévu dans le domaine de la retraite complémentaire, ce qui constitue une différence importante liée très certainement au fait que l'assurance chômage se substitue à un régime légal alors que l'ANI de retraite complémentaire ne fait que compléter l'assurance vieillesse du régime général. Malgré tout, compte tenu notamment de l'obligation générale d'adhésion à un régime de retraite complémentaire qui transforme ce dernier en un « deuxième étage » obligatoire par rapport au régime de base, on ne peut qu'être frappé par la précarité sur laquelle repose un tel régime qui relève d'une source exclusivement conventionnelle (V. en ce sens : Philippe LANGLOIS, « La négociation collective au-delà du travail », *Dr. soc.* 2009, p.1037).

¹⁴⁷⁷Jacques BARTHÉLEMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513

¹⁴⁷⁸Jacques BARTHÉLEMY, « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », *JCP E* 1998, n°41, p.1590. L'auteur établit un parallèle avec les accords de branche dérogatoires en matière de durée du travail qui ne sont applicables, y compris pour les employeurs syndiqués, que s'ils sont étendus (V. sur ce point : Michel MORAND, « L'évolution du droit de l'extension des conventions et accords collectifs », *SSL* 2017, n°1771, p.6 ; supra note n°547).

¹⁴⁷⁹V. Jacques BARTHÉLEMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298 ; « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p.513.

l'ANI de retraite complémentaire, contrairement aux ANI portant sur d'autres sujets où les procédures semblent devoir être dissociées¹⁴⁸⁰. En effet, si l'élargissement d'un ANI portant sur les domaines classiques de la négociation collective nécessite qu'il soit d'abord étendu aux employeurs non syndiqués des branches en constituant le champ avant de pouvoir être exporté vers d'autres branches non comprises dans ce champ, une telle exigence ne semble pas nécessaire pour l'ANI de retraite complémentaire puisque ce dernier ne pourra de toute façon commencer à prendre effet qu'une fois l'accord étendu mais également élargi. C'est donc bien au final l'élargissement qui constitue la condition d'application de l'accord. Un ANI de retraite complémentaire non étendu ou seulement étendu ne produira quoiqu'il en soit aucun effet, y compris auprès des entreprises syndiquées, s'il n'est pas également élargi. Philippe Laigre s'étonne d'ailleurs, à ce propos, de « *la persistance d'une double procédure d'extension et d'élargissement alors que la loi de généralisation de la retraite complémentaire du 29 décembre 1972 rend impossible l'extension sans élargissement de ces accords* »¹⁴⁸¹. La fonction classique de l'extension consistant à amplifier les effets de l'accord dans son périmètre initial et celle de l'élargissement consistant à exporter cet accord au-delà de son champ d'application ne sont donc que secondaires pour l'ANI de retraite complémentaire, et ce bien que l'article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale se réfère aux articles L.911-3 et 4 du même Code qui visent respectivement l'extension et l'élargissement des accords de retraite et de prévoyance en

¹⁴⁸⁰Nous rappelons que le Conseil d'Etat a considéré, dans une décision du 30 novembre 1992, que les procédures d'extension et d'élargissement d'un ANI devaient être dissociées dans le temps comme pour un accord de branche. La différence de rédaction opérée par l'article L 2261-17 du Code du travail entre les dispositions sur l'élargissement des conventions de branche et accords professionnels qui doit porter sur un accord « *déjà étendu* » et celles relatives à l'élargissement des accords interprofessionnels qui porte seulement sur un accord « *étendu* » n'a donc pas une portée réelle (V. supra note n°1439).

¹⁴⁸¹Philippe LAIGRE, « La révision des accords collectifs de retraite (Annotations, en marge CE, 26 juil. 1996) », *Dr. soc.* 1996, p.1077.

général¹⁴⁸². La fonction de l'arrêté ministériel qui prononce concomitamment l'extension et l'élargissement est donc de donner « *vie* »¹⁴⁸³ à l'accord de retraite complémentaire et non plus d'exercer uniquement des effets sur le champ d'application. Il vaudrait mieux dès lors, selon

¹⁴⁸²V. supra notes n^{os} 1453 et 1457. Nous rappelons que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale dispose : « *Les dispositions du livre II de la deuxième partie du code du travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1 du présent code* ». Or, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale vise les conventions et accords collectifs instituant « *les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale* ». La filiation au livre II de la deuxième partie du Code du travail régissant le droit commun de la négociation collective ne vaut donc, à la lecture du texte, que pour les accords de retraite et de prévoyance instituant des « *garanties collectives* », c'est-à-dire reposant sur un provisionnement des engagements (V. supra notes n^{os} 705 et 773). Ainsi, les dispositions régissant l'extension et l'élargissement de ces accords, prévues aux articles L. 911-3 et 4 du CSS, sont celles du Code du travail auxquelles l'article L. 911-3 renvoie expressément, sous réserve de la compétence du ministre chargé de la sécurité sociale (Pour garantir ce type d'aménagement, l'article L. 2221-3 du Code du travail dispose de son côté : « *Les dispositions concernant la détermination des garanties collectives dont bénéficient les salariés en complément de celles résultant de l'organisation de la sécurité sociale sont fixées par le titre Ier du livre IX du code de la sécurité sociale* »). Pour autant, l'article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale relatif à l'ANI instituant un régime de retraite complémentaire fonctionnant par répartition - donc sans provisionnement des engagements - renvoie également aux dispositions régissant l'extension et l'élargissement des accords de retraite et de prévoyance en général, c'est-à-dire aux articles L. 911-3 et 4 du même Code qui renvoient eux-mêmes aux dispositions du Code du travail (L'article L. 921-4 indique en effet : « *Les régimes de retraite complémentaire des salariés relevant du présent chapitre sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis conformément aux dispositions du titre Ier du présent livre* »). L'extension et l'élargissement de l'ANI de retraite complémentaire ne bénéficient donc pas, de prime abord, d'un régime particulier (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « *Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale* », *Dr. soc.* 2010, p.182). On pourrait se demander, notamment, si la condition de carence de la négociation collective dans les branches visées par l'arrêté d'élargissement de l'ANI, exigée par l'article L. 2261-17 du Code du travail, doit être satisfaite ? Cette question semble d'autant plus prégnante que l'article L. 911-4 du Code de la sécurité sociale régissant l'élargissement ne reprend pas expressément cette exigence et que le renvoi aux dispositions de droit commun du Code du travail est opéré par l'article L. 911-3 relatif à l'extension (qui fait de surcroît référence, comme nous l'avons souligné, à l'article L. 911-1 visant les accords instituant des garanties collectives et non les ANI de retraite complémentaire instituant des régimes fonctionnant par répartition). Quoiqu'il en soit cette question ne semble désormais présenter, à notre sens, que peu d'intérêts pratiques pour les raisons suivantes : premièrement, les derniers régimes de retraite complémentaire de branche ont été intégrés, comme nous l'avons vu, à l'AGIRC/ARRCO dans les années 1990 (cette intégration ayant d'ailleurs été réalisée par le biais d'un élargissement conventionnel, c'est à dire une procédure d'adhésion, et non d'un élargissement réglementaire justement car la carence ne pouvait être constatée dans ces branches ; V. Jacques BARTHÉLÉMY, « *La restructuration des régimes complémentaires de retraite* », *JCP E* 1998, n^o41, p.1590) ; deuxièmement, seul un ANI peut désormais, depuis la loi 8 août 1994, instaurer un régime de retraite complémentaire fonctionnant par répartition et la branche n'a plus donc de compétence légale pour conclure un accord instaurant un tel régime.

¹⁴⁸³Jacques BARTHÉLÉMY, « *La nature juridique des accords de retraite complémentaire* », *Dr. soc.* 2003, p.513.

Jacques Barthélemy, ne prévoir expressément qu'un seul arrêté et le « *qualifier d'agrément* » comme c'est le cas pour les accords d'assurance chômage¹⁴⁸⁴.

En tenant compte du principe d'affiliation obligatoire à un régime de retraite complémentaire fixé par le Code de la sécurité sociale pour tous les salariés soumis à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale ou des assurances sociales agricoles, que seul l'ANI étendu et élargi peut mettre en œuvre selon ce même Code, nous pouvons donc considérer que l'extension et l'élargissement prononcés concomitamment permettent à l'ANI de retraite complémentaire non seulement d'être applicable mais également d'atteindre l'universalité professionnelle escomptée, comme le permet l'agrément des accords d'assurance chômage.

d) La transposition

213. Exhaustivité. La transposition légale de l'ANI est l'outil ultime au service de son rayonnement. Les techniques conventionnelles (a fortiori) mais également les techniques purement règlementaires laissent en effet planer un doute sur leur capacité à atteindre l'universalité professionnelle escomptée, notamment en raison du souci de ne pas altérer la nature contractuelle de l'accord. Il en est ainsi de l'extension qui ne permettra pas d'atteindre les branches au sein desquelles les organisations représentatives d'employeurs ne sont pas

¹⁴⁸⁴Jacques BARTHÉLÉMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », *Dr. soc.* 1997, p.298 ; *adde* Philippe LAIGRE, « La révision des accords collectifs de retraite (Annotations, en marge CE, 26 juil. 1996) », *Dr. soc.* 1996, p.1077 ; Jacques BARTHÉLÉMY, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », *Dr. soc.* 2010, p.182 ; *contra* Xavier PRÉTOT, « Du régime CPPOSS aux régimes AGIRC et ARRCO », *Dr. soc.* 1997, p.179. Nous rappelons que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1989 (V. supra note n°1291), l'agrément visait les accords de retraite complémentaire en application de l'ordonnance du 4 février 1959 mais uniquement avec les effets d'une extension. L'ancien article L. 133-17 du Code du travail excluait ainsi du champ de l'extension de droit commun non seulement les accords d'assurance chômage, comme le fait l'actuel article L. 2261-31 du Code du travail (V. supra note n°1458), mais également les accords relatifs aux régimes complémentaires de retraite puisque ces deniers étaient soumis aux dispositions spécifiques de l'ordonnance de 1959. L'article L. 133-17 excluait également l'accord de retraite complémentaire de l'élargissement de droit commun car cette technique avait été prévue par les dispositions spécifiques de la loi de généralisation du 29 décembre 1972 (V. étude 180 supra). Les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 et celles de la loi du 29 décembre 1972 avaient été codifiées dans le Code de la sécurité sociale lors de la refonte de ce code en 1985 (V. Décr. n°85-1353 du 17 déc. 1985 relatif au Code de la sécurité sociale, JORF 21 déc. 1985, p.14961). Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1989, le Code de la sécurité sociale fût réformé pour remplacer ces procédures spécifiques par l'extension et l'élargissement en renvoyant aux dispositions du Code du travail (V. CSS, art. L.731-9 et L. 731-10 anc., réd. L. n°89-473 du 10 juil. 1989 ; devenus L. 731-2 et L. 731-3 sous l'empire de la loi Evin du 31 décembre 1989 puis L. 911-3 et L. 911-4 lors de la parution de la loi du 8 août 1994). La loi du 8 août 1994 entérina ce changement en supprimant le troisième alinéa de l'ancien article L. 133-17 du Code du travail qui excluait les accords de retraite complémentaire du champ de l'extension et de l'élargissement de droit commun (V. L. 8 août 1994 préc., art. 14, IX, JORF 10 août 1994, p.11667). Nous pouvons toutefois affirmer que lorsque Jacques Barthélemy propose un « retour » à l'agrément pour les ANI de retraite complémentaire, il ne vise pas l'agrément au sens de l'extension qui ne permet pas d'atteindre l'effet escompté mais bien un agrément qui a pour effet de rendre l'accord applicable en tant que mesure d'application du principe légal d'adhésion obligatoire, comme le fait l'agrément des accords d'assurance chômage.

adhérentes à la confédération patronale signataire. Mais c'est également pour cette raison qu'une procédure d'exception telle que l'élargissement, qui consiste à imposer l'ANI à des branches se situant hors du champ de celui-ci, nécessite, comme l'avons vu, que l'objectif ne puisse être atteint par la voie naturelle de la négociation et qu'une carence soit constatée au sein de celles-ci¹⁴⁸⁵, excluant *a contrario* les branches pouvant justifier d'une activité conventionnelle. Certes, les ANI de protection sociale complémentaire acquerront un champ identique à la loi qu'ils sont chargés de mettre en œuvre une fois qu'ils auront été agréés ou étendus et élargis mais dans ce dernier cas les techniques règlementaires ne produiront plus uniquement des effets sur le champ initial de l'accord et tendront davantage à lui conférer une force exécutoire dans le champ légal des régimes.

Or, de pareilles exigences ne se rencontrent pas lorsque le législateur reprend à son compte l'ANI au sein d'une loi par le biais d'une transposition. Tous les employeurs non syndiqués se situant dans le champ initial de l'accord mais également ceux relevant des branches se situant hors de ce champ (même si ces dernières présentent un certain dynamisme sur un plan conventionnel) se verront imposer ses dispositions. Le domaine d'application de l'accord - intrinsèquement limité même avec l'aide des différents instruments amplifiant son champ - ne sera plus ainsi un obstacle puisque les stipulations contractuelles se transformeront en dispositions légales et auront dès lors une portée générale. Pour reprendre l'expression du Professeur Jean-Emmanuel Ray, la loi devient alors un « *super-arrêt d'extension/élargissement* »¹⁴⁸⁶ de l'ANI.

214. *Contra legem.* Au-delà de ces effets sur le champ d'application, la transposition législative permettra aux ANI « *souvent en l'état illégaux* »¹⁴⁸⁷ d'être applicables. En effet, nous avons vu que depuis l'émergence du concept de « loi négociée », la négociation nationale interprofessionnelle a servi de laboratoire d'innovation sociale permettant tantôt d'instaurer de nouvelles avancées sociales, tantôt de réformer le droit existant. Or, ces innovations conventionnelles n'auraient pu, la plupart du temps, être en l'état applicables car elles contrevenaient aux dispositions légales¹⁴⁸⁸. Les outils classiques d'expansion du champ conventionnel par voie règlementaire risquaient en cela d'être disqualifiés pour un motif tiré de

¹⁴⁸⁵Notamment lorsque l'on sait que le ministre peut engager la procédure de sa propre initiative, comme l'article L. 2261-17 du Code du travail le lui permet.

¹⁴⁸⁶Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois- À propos du rapport Chertier », *Dr. soc.* 2006, p.981.

¹⁴⁸⁷Jean-Emmanuel RAY, « À propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. soc.* 1999, p.459.

¹⁴⁸⁸Ainsi, par exemple, de l'ANI du 24 mars 1990 sur le travail précaire ou en encore de l'ANI du 31 octobre 1995 prévoyant la négociation d'accords d'entreprise avec des salariés mandatés ou des représentants élus (V. supra).

l'illégalité des clauses de l'accord¹⁴⁸⁹. L' « *extension* » par voie légale¹⁴⁹⁰ de l'ANI, qui avait pu choquer les parlementaires lors du vote de la loi de mensualisation¹⁴⁹¹, permettra là encore de passer outre¹⁴⁹² et de garantir à ses dispositions une force exécutoire dans un champ d'application universel.

215. Transposition imparfaite. La transposition permet donc de « légaliser » les stipulations de l'ANI et de garantir ainsi leur applicabilité même lorsqu'elles ont été conclues en marge de la loi. Elle assure également une application de l'accord à toutes les branches d'activité. Pour autant, cet objectif ne pourra être totalement atteint que si le texte fait l'objet d'une reprise pleine et entière par le Parlement. En effet, le législateur restant constitutionnellement compétent pourra, comme nous l'avons précédemment souligné, amender le texte, voire ne reprendre que certaines parties de celui-ci. Dans ce dernier cas, la transposition ne sera alors que partielle et l'application de l'accord demeurera à géométrie variable. L'accord continuera en effet d'exister en tant que tel et pourra même être révisé¹⁴⁹³. Ses stipulations resteront ainsi applicables en tant qu'engagements contractuels dans les entreprises appartenant aux branches comprises dans son champ d'application initial et une extension sera possible sous réserve d'une conformité aux dispositions légales¹⁴⁹⁴. En revanche, seules les dispositions reprises dans la loi seront applicables à l'ensemble des secteurs

¹⁴⁸⁹Nous pouvons citer, à titre d'exemple, le refus d'agrément de la convention d'assurance chômage du 29 juin 2000 dont les stipulations prévoyaient la participation du régime d'assurance chômage au financement d'aides au retour à l'emploi et remettaient ainsi en question le partage légal des compétences entre les ASSEDIC et l'ANPE en vigueur à l'époque. Seule l'intervention de la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 permettra de valider les modifications souhaitées par les partenaires sociaux (V. supra note n°1052).

¹⁴⁹⁰Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.188.

¹⁴⁹¹Nous rappelons que le rapport parlementaire préalable au vote de la loi du 19 janvier 1978 utilisait déjà cette formule pour qualifier la transposition - qui s'était traduite au cas d'espèce par une annexion pure et simple de l'ANI du 10 décembre 1977 au projet de loi - en émettant des réserves sur la technique consistant à « *procéder à l'extension d'un accord par la loi* » (V. supra note n°925). Nous rappelons également que l'élargissement de l'ANI a été introduit par la loi du 13 novembre 1982 et que cette technique ne visait à l'époque du vote de la loi de mensualisation que les conventions de branche mais qu'il s'agissait bien dans les faits « d'une extension et d'un élargissement par voie légale » puisque les branches situées hors du champ de l'ANI se trouvaient soumises à ses dispositions du fait de leur annexion à la loi (V. étude 133 supra).

¹⁴⁹²Ce qui explique que de nombreux ANI lient expressément leur validité à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à leur application (V. notamment l'ANI du 11 janvier 2008 de modernisation du marché du travail ; supra note n°1257).

¹⁴⁹³V. supra note n°1257.

¹⁴⁹⁴A titre d'exemple, l'ANI du 11 janvier 2008 et ses avenants ont été étendus même si l'accord a fait l'objet d'une transposition dans la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (JORF 26 juin 2008). L'hypothèse de l'élargissement d'un ANI qui ferait par ailleurs l'objet d'une transposition partielle semble techniquement possible mais questionne en revanche en termes d'opportunité. En effet, l'élargissement ayant pour but d'atteindre des branches non comprises dans le champ d'application de l'accord, cet objectif semble redondant avec celui d'une transposition.

professionnels au risque d'engendrer parfois certains conflits de normes¹⁴⁹⁵. Il est donc permis de conclure que seule une opération fidèle de « *transcription plutôt que de transposition* »¹⁴⁹⁶ sera à même de garantir à l'ANI un rayonnement au-delà de sa sphère d'influence naturelle...

3- En guise de bilan : l'imperfection des techniques juridiques d'expansion du champ de l'accord

216. Relativité. Nous avons démontré que les techniques juridiques au service du rayonnement de l'ANI permettent d'accroître son domaine d'application en forçant son périmètre professionnel. Pour autant ces différents « *vecteurs de dilatation* »¹⁴⁹⁷ du champ de l'accord ne peuvent totalement corriger les effets attachés à sa nature contractuelle. Si les techniques conventionnelles d'augmentation du champ nécessitent une manifestation expresse de la volonté des parties et renvoient donc inévitablement à la liberté contractuelle, la protection de cette dernière appelle un encadrement strict des techniques réglementaires qui ne pourront intervenir que sous certaines conditions de forme et de fond et dont les effets seront empreints à leur tour d'une certaine relativité. Malgré un poids réglementaire évident, accentué par un champ voisin de la loi, l'ANI ne pourra réellement régir l'ensemble des secteurs professionnels que si le législateur le lui permet au travers d'une transposition parfaite de ses dispositions ou lorsque ce dernier le chargera de définir les mesures d'application d'un régime obligatoire de protection sociale complémentaire. L'ANI reste donc fondamentalement un contrat empreint de relativité et la généralité que ses concepteurs souhaitaient donner à son champ d'application se heurte aux règles régissant la détermination de celui-ci.

¹⁴⁹⁵A titre d'exemple, l'ANI du 11 janvier 2008 a institué la rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail et a fixé le cadre général dans lequel il peut y être recouru. Le contenu de l'accord a été largement repris par la loi du 25 juin 2008 (V. supra note n°1494) sauf ses dispositions prévoyant le versement d'une indemnité spécifique de rupture conventionnelle correspondant aux indemnités conventionnelles de licenciement lorsque celles-ci sont plus favorables que les indemnités légales de licenciement (V. notamment Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. soc.* 2009, p.528). Un avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 est venu préciser par la suite les dispositions de l'accord sur ce point pour les branches adhérant aux confédérations signataires (l'avenant ayant lui-même été étendu) mais n'a pas fait l'objet d'une transposition. Les salariés des entreprises relevant de branches exclues du champ d'application de l'ANI et de ses avenants se voient donc appliquer un plancher indemnitaire correspondant aux indemnités légales de licenciement en cas de rupture conventionnelle contrairement à leurs homologues relevant du champ de l'accord. Cette situation inégalitaire a généré plusieurs contentieux dans les secteurs « hors champ » (V. infra).

¹⁴⁹⁶Jean-Emmanuel RAY, « Un accord en devenir », *Dr. soc.* 2008, p.272.

¹⁴⁹⁷Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

217. Collectivité. La collectivité professionnelle identifiée au travers du champ d'application de l'ANI, que l'on nomme « interprofession », ne semble donc pas réunir l'ensemble des professions même lorsque ce champ se « dilate » sous l'effet de l'intervention de la puissance publique. Ce n'est qu'à l'occasion d'une transposition, voire lorsque l'ANI devient une « convention collective de sécurité sociale », que cette réunion semble possible mais le débat se déplace alors dans une autre ordre de réglementation que la seule sphère conventionnelle¹⁴⁹⁸.

L'enjeu conventionnel d'une définition de l'interprofession nous semble dès lors posé...

Section 2. L'enjeu institutionnel d'une définition de l'interprofession

218. La définition de l'interprofession paraît également utile pour appréhender le périmètre d'intervention de très nombreuses instances décisionnaires ou consultatives qui oeuvrent, notamment, dans les domaines de l'emploi, de la formation professionnelle ou de la protection sociale. Incarnant un paritarisme de gestion, ces instances sont présentes au niveau national et interprofessionnel et découlent du paritarisme de négociation (§ 1) ou d'une délégation pure et simple de la puissance publique (§ 2).

§ 1. Du paritarisme de négociation au paritarisme de gestion

219. La notion de paritarisme nécessite d'être précisée (A) avant d'examiner sa traduction concrète au sein d'instances issues de la négociation nationale et interprofessionnelle (B).

¹⁴⁹⁸La transposition ne règle pas tous les problèmes car si elle permet d'atteindre l'ensemble des branches, nous avons vu qu'elle peut parfois n'être que partielle et générer une application différenciée de certaines règles entre les branches se situant dans le champ ou hors champ de l'ANI. Par ailleurs, la transposition légale de règles conventionnelles pose inévitablement la question du champ de la représentativité des organisations à qui l'on va reconnaître un rôle de pré-législateur au détriment d'autres organisations (V. infra). S'agissant des ANI de protection sociale complémentaire, nous rappelons que la réunion de l'ensemble des professions est avant tout la résultante d'une obligation légale et générale d'affiliation de tous les employeurs et salariés à ces régimes, auxquels l'ANI sert de mesure d'application.

A. La définition du paritarisme

220. La notion de paritarisme relève d'une définition composite (1) dont il convient de retenir l'exacte traduction sur un plan juridique (2).

1- Une définition composite

221. Emergence. La notion de paritarisme semble relativement récente puisqu'elle aurait été employée pour la première fois par André Bergeron, Secrétaire général de CGT-FO, en 1961 à propos de l'assurance chômage récemment créée par les partenaires sociaux¹⁴⁹⁹. Le mot était alors « *lancé* » mais, comme souvent, il n'était pas « *défini* »¹⁵⁰⁰.

222. Fondements. Selon certains auteurs, le paritarisme aurait pour objectif de confier une partie de l'action publique aux partenaires sociaux, conçus comme les corps intermédiaires les plus adéquats pour gérer certains enjeux d'intérêt général¹⁵⁰¹. Le paritarisme repose donc sur une idée de la place des organisations syndicales et patronales dans l'action publique et renvoie en cela aux notions de démocratie sociale et de partenariat social¹⁵⁰².

223. Acceptions. Selon l'Institut Montaigne, le paritarisme désignerait les « *situations et les événements de la vie sociale au cours desquels interviennent ensemble les partenaires sociaux, représentants des employeurs d'une part et représentants des salariés de l'autre* »¹⁵⁰³. Cette définition très large démontre que le terme est susceptible de recouvrir des modalités très diverses d'intervention des partenaires sociaux. Il peut ainsi caractériser leur intervention dans

¹⁴⁹⁹V. compte rendu d'audition de Bernard Vivier, directeur de l'Institut supérieur du travail, du 3 décembre 2015 par la mission d'information parlementaire sur le paritarisme. Il a été répondu, lors de cette audition, que « *dans le sens que nous lui attribuons, le mot n'apparaît pas avant 1961. Avant cela, le Grand dictionnaire universel du XIXe siècle de Pierre Larousse le définit comme un "système qui consiste à traiter tous les cultes sur un pied d'égalité". [...] C'est le 19 avril 1961 qu'André Bergeron, qui venait de créer l'Unédic, écrit dans le journal de la CGT-FO que l'assurance chômage est "un succès qu'il faut porter au compte du paritarisme"* » (V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016, p.21, adde Laurent DUCLOS, *Paritarisme(s) et institution(s). La représentation du rapport Capital-Travail dans la gestion de services établis dans l'intérêt général : les cas de l'électricité et des allocations familiales*, thèse, Institut d'Études Politiques de Paris, 2006, p.74). Laurent Duclos souligne dans sa thèse que si le mot « paritarisme » est employé à cette date, la technique paritaire est quant à elle beaucoup plus ancienne et que l'on peut faire remonter son introduction dans le droit positif au décret du 27 mai 1848 portant sur l'organisation des Conseils de prud'hommes (V. thèse préc., p.19).

¹⁵⁰⁰Bernard VIVIER, *op. cit.*

¹⁵⁰¹V. Laurent DUCLOS, thèse préc., p.72 et s.

¹⁵⁰²V. études 126 et 127 supra.

¹⁵⁰³INSTITUT MONTAIGNE, « Dernière chance pour le paritarisme de gestion », Rapport, mars 2017, p.7.

« la production des règles, leur application ou la création et la gestion des organismes chargés de les mettre en œuvre »¹⁵⁰⁴.

André Tarby distingue pour sa part quatre formes de paritarisme observables à notre époque : un paritarisme de négociation, un paritarisme de conciliation, un paritarisme de représentation et un paritarisme de gestion. Le premier se manifesterait « *dans la globalité du processus de codécision : commissions de négociation, commissions d'interprétation, commission nationale de la négociation collective* », ces instances « *interdépendantes* » ayant pour point commun « *d'intervenir à des moments différents par la problématique des accords à négocier, à interpréter ou à amplifier* ». Le second vise la solution des litiges dépendant « *d'une fonction juridictionnelle extra-prud'homale* » et se rattache « *à une double série d'organes paritaires : les uns étant d'origine conventionnelle, les autres d'origine statutaire, réglementaire ou légale* ». Le troisième désigne les commissions administratives et les comités techniques paritaires traitant des questions de personnel, de discipline et d'organisation du travail dans la fonction publique. Enfin, le paritarisme de gestion aurait trouvé son « *incarnation dans le secteur privé* », au sein d'organismes d'origine conventionnelle ou législative tels que les organismes de gestion des régimes conventionnels de retraite complémentaire et d'indemnisation du chômage mis en place en 1947 et 1958¹⁵⁰⁵.

2- Une traduction juridique

224. Définition conventionnelle. Une mission d'information parlementaire soulignait que le paritarisme est « *une construction juridique relativement récente et largement empirique* » qui « *semble résister à toute tentative de conceptualisation* »¹⁵⁰⁶.

En l'absence de définition légale, les partenaires sociaux ont cependant livré leur propre conception du paritarisme dans l'ANI du 17 février 2012¹⁵⁰⁷, qui précise dans son préambule : « *La notion de paritarisme peut recouvrir plusieurs acceptions : la négociation collective, dont l'objet est de fixer entre partenaires sociaux (représentants des salariés et des employeurs) les normes applicables aux salariés et aux entreprises, liées à l'existence d'un contrat de travail ;*

¹⁵⁰⁴Frédéric GUIOMARD, « Le rôle des partenaires sociaux en question », *RDT* 2018, p.589.

¹⁵⁰⁵André TARBY, « Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1995, p.914.

¹⁵⁰⁶V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016, p.21.

¹⁵⁰⁷V. *Liaisons soc.*, act., n°16045, 21 fév. 2012.

*la gestion paritaire des normes issues de la négociation collective ; l'interprétation de ces normes »*¹⁵⁰⁸.

Selon cette définition émanant des partenaires sociaux eux-mêmes, il y aurait ainsi un « *paritarisme de décision* » qui correspond à la production de normes dans le cadre la négociation collective et un « *paritarisme de gestion* » qui « *intervient une fois la norme fixée* »¹⁵⁰⁹. Comme le souligne un auteur, cette appréhension de la notion invitant à « *différencier un paritarisme "de gestion" d'un paritarisme "de négociation"* » est en effet la distinction « *la plus communément admise aujourd'hui* »¹⁵¹⁰.

Le paritarisme serait donc un « *procédé juridique reposant sur le droit privé, et plus précisément le droit des conventions* »¹⁵¹¹ par lequel les partenaires sociaux négocieraient les normes et gèreraient les institutions paritaires chargées de les mettre en œuvre, ces institutions étant elles-mêmes issues de la négociation.

225. Critères. Il est permis d'extraire de cette définition les principes régissant le paritarisme tels que l'origine contractuelle du système, issu de la négociation collective. Les partenaires sociaux doivent, en effet, être à l'initiative du service ou de l'organisme concerné dont ils ont prévu, par accord, la création et les principaux aspects de fonctionnement.

La doctrine souligne d'autres critères tels que la provenance des ressources affectées aux institutions, qui doivent être tirées de cotisations assises sur le travail supportées par les salariés et les employeurs plutôt que de prélèvements obligatoires ; la liberté d'usage de ces ressources et de gestion des activités ; l'intervention des services et des organismes paritaires en direction des seuls cotisants ou des personnes directement représentées par les partenaires sociaux¹⁵¹².

Une stricte égalité de la représentation salariale et patronale au sein des institutions paritaires découlant de l'accord collectif permettrait, enfin, de caractériser le paritarisme¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁸ Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 relatif à la modernisation et au fonctionnement du paritarisme, Préambule.

¹⁵⁰⁹ Jean François PILLIARD, ancien vice-président et président du pôle social du MEDEF, audition du mercredi 11 janvier 2017 par la mission d'information sénatoriale sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire (http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20170109/mi_democratie.html).

¹⁵¹⁰ Julien DAMON, « Le paritarisme : quelles partitions ? », *RDSS* 2017, p.525.

¹⁵¹¹ Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport préc., p.23.

¹⁵¹² V. Julien DAMON, *op. cit.*

¹⁵¹³ V. supra note n°687. Pour Laurent Duclos, le principe paritaire caractérisant le paritarisme (dont l'étymologie renvoie au latin « pars » qui signifie « en nombre égal ») ne renvoie pas seulement à l'idée d'un équilibre arithmétique entre les représentations salariales et patronales au sein d'une instance donnée. Il renvoie également à la qualité de ces représentations et au fait que l'Etat ne doit pas figurer au nombre des parties représentées (V. Laurent Duclos, thèse préc., p.76). Le paritarisme *stricto censu* se caractériserait ainsi par une autonomie de gestion vis-à-vis de l'Etat (V. infra).

B. L'incarnation du paritarisme : les instances issues de la négociation nationale interprofessionnelle

226. Les instances issues de la négociation nationale interprofessionnelle incarnent un paritarisme pur (1) dont nous livrerons une étude synthétique (2).

1- Un paritarisme pur

227. Origine. Nous avons vu que le paritarisme s'était développé, sous l'impulsion du patronat, dans le domaine de la protection sociale complémentaire en réaction aux régimes légaux de sécurité sociale et à leur mode de gestion originel¹⁵¹⁴. Comme le souligne André Tarby, le paritarisme de gestion a dès lors trouvé son « incarnation »¹⁵¹⁵ au sein des organismes issus des ANI de retraite complémentaire et d'assurance chômage, à savoir l'AGIRC et l'ARRCO d'un côté et l'UNEDIC de l'autre¹⁵¹⁶.

228. Autonomie. Plusieurs auteurs ont souligné que « *Dès l'origine, l'assurance chômage est, avec la retraite complémentaire, un domaine où le paritarisme peut-être qualifié de "pur" »*¹⁵¹⁷. Ce paritarisme « pur » ou « *stricto sensu* » est en effet fondé sur la négociation collective interprofessionnelle et les institutions qui en découlent « *mettent en œuvre des décisions prises collectivement par le patronat et les organisations syndicales* »¹⁵¹⁸. L'Etat n'est là qu'en tant qu'acteur « *subsidaire* »¹⁵¹⁹ et les partenaires sociaux disposent d'une capacité de gestion autonome au sein de ces organismes. Le Professeur Robert Lafore indique à leur propos : « *un paritarisme "pur" peut être identifié : il repose sur la négociation entre partenaires sociaux, et se fonde en conséquence sur la convention collective nationale interprofessionnelle ; logiquement, employeurs et salariés se partagent la gestion et leurs pouvoirs y sont très étendus, notamment en matière de fixation des contributions financières qui alimentent les organismes et sur les prestations que ces derniers versent ; le contrôle de*

¹⁵¹⁴V. étude 113 supra.

¹⁵¹⁵André TARBY, « Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1995, p.914.

¹⁵¹⁶Nous rappelons que les régimes de protection sociale mis en place au niveau des branches sous l'empire de la loi de 1936 faisaient appel à des techniques de capitalisation dans le cadre de contrats-groupe souscrits auprès d'un organisme d'Etat ou agréé par ce dernier (mutuelle, compagnie d'assurance, caisse patronale) plutôt qu'à une gestion paritaire confiée à une institution issue de la convention collective elle-même (V. supra note n°692).

¹⁵¹⁷Lucy APROBERTS et al., « Formes et dynamiques de la régulation paritaire », *Revue de l'IRE* 1997, n°24, p.19 et spéc. p.33.

¹⁵¹⁸*Idem*, p.29.

¹⁵¹⁹*Ibid.*

*l'État n'est pas absent, mais dans l'épure théorique, il s'exerce en amont, via le mécanisme de l'agrément de la convention collective constitutive qui est requis pour lui faire produire tous ses effets de droit ; les organismes de retraite complémentaire ainsi que le régime d'assurance chômage entrent indubitablement dans cette première catégorie »*¹⁵²⁰.

Seule l'autonomie des partenaires sociaux, caractérisée par la conclusion de l'ANI et l'absence de l'Etat dans la gouvernance et la gestion financière des institutions, permettrait donc de révéler le véritable paritarisme.

2- Une approche synthétique des instances paritaires issues de la négociation nationale interprofessionnelle

229. Galaxie paritaire. Si le paritarisme s'est d'abord incarné au sein des institutions de protection sociale complémentaire, le développement de la politique contractuelle à compter des années 1960-1970 a engendré une « *prolifération institutionnelle* »¹⁵²¹. Ce développement exponentiel a pu conduire certains auteurs à qualifier ce système de relations spécifiques entre les interlocuteurs sociaux de « *galaxie paritaire* »¹⁵²².

Si l'on raisonne toutefois de « *manière conventionnelle* »¹⁵²³, en nous focalisant sur les seuls mécanismes issus de la négociation interprofessionnelle dans lesquels les partenaires sociaux ont à la fois le pouvoir de décision et la responsabilité de gestion, une approche beaucoup plus réduite peut alors être livrée, et ce bien que toute forme d'interventionnisme ne puisse être totalement exclue.

230. Protection sociale. Dans le domaine de la protection sociale complémentaire, l'universalisation des régimes et la tendance à une fiscalisation de leurs ressources entraînent en effet une intervention de plus en plus marquée de l'Etat dans leur fonctionnement¹⁵²⁴. L'assurance chômage, bien que d'essence conventionnelle et gérée par les partenaires sociaux, aurait ainsi, selon certains auteurs, progressivement glissé « *d'une structure paritaire vers une*

¹⁵²⁰Robert LAFORE, « À propos de la convention du 1er janvier 2001 : où en est le paritarisme », *Dr. soc.* 2001, p.347.

¹⁵²¹André TARBY, *op. cit.*

¹⁵²²Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Continuités et mutations de la régulation paritaire en France - Éléments pour une analyse des stratégies patronales », *REMEST* 2014, vol. 9, n° 1, p.96.

¹⁵²³Julien DAMON, « Le paritarisme : quelles partitions ? », *RDSS* 2017, p.525.

¹⁵²⁴V. étude 116 supra.

structure tripartite »¹⁵²⁵. Le renforcement des prérogatives du Gouvernement dans la gestion financière du régime, opéré par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, illustre très certainement cette évolution¹⁵²⁶. Pour la mission d'information parlementaire, seul le régime interprofessionnel de retraite complémentaire constituerait donc réellement aujourd'hui un modèle de paritarisme pur dans ce contexte d'étatisation croissante de la protection sociale¹⁵²⁷.

Si une liaison peut effectivement être opérée entre l'universalisation et la fiscalisation de la protection sociale et le recul du paritarisme¹⁵²⁸, nous continuerons malgré tout de considérer que l'assurance chômage, comme les retraites complémentaires, constitue encore à ce jour une illustration de celui-ci puisque la gestion du régime reste confiée à l'UNEDIC, structure d'origine conventionnelle réunissant à part égale des représentants des organisations syndicales de salariés et des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel¹⁵²⁹.

¹⁵²⁵Lucy APROBERTS et al., « Formes et dynamiques de la régulation paritaire », *Revue de l'IRES* 1997, n°24, p.19 et spéc. p.33.

¹⁵²⁶La loi du 5 septembre 2018 a renforcé les prérogatives gouvernementales dans le suivi financier du régime d'assurance chômage en imposant une trajectoire financière aux partenaires sociaux (V. supra note n°755). En application de l'article L. 5422-20-1 du Code du travail, la négociation de l'ANI d'assurance chômage est en effet désormais précédée de la transmission par le Premier ministre d'un « *document de cadrage* » qui précise « *les objectifs de la négociation en ce qui concerne la trajectoire financière, le délai dans lequel cette négociation doit aboutir et, le cas échéant, les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage* ». Comme le souligne le Professeur Frédéric Guiomard, ces nouvelles dispositions montrent « *la volonté que le pouvoir exécutif ait une meilleure maîtrise sur les choix opérés par les partenaires sociaux, dans une forme de délégation contrôlée de l'exercice du pouvoir normateur* » (Frédéric GUIOMARD, « Le rôle des partenaires sociaux en question - Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT* 2018, p.589). Pour l'auteur, cette reprise en main par le pouvoir exécutif se justifierait en partie par le caractère désormais plus « universel » de l'assurance chômage ouverte, dans certains cas, aux travailleurs indépendants et par les nouvelles modalités de financement utilisant une fraction la CSG, c'est-à-dire l'impôt, en lieu et place des contributions salariales assises sur les salaires, privant ainsi les partenaires sociaux de la maîtrise complète de l'équilibre financier (V. supra note n°751). Cette main mise des pouvoirs publics se traduit également dans la procédure d'agrément de l'ANI qui est désormais subordonné, outre au classique contrôle de légalité du texte conventionnel, à une compatibilité de dernier avec la trajectoire financière et, le cas échéant, avec les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage définis dans le document de cadrage (V. *C. trav.*, art. L. 5422-22). Enfin, le Premier ministre peut abroger l'agrément lorsqu'un écart significatif est constaté entre la trajectoire financière du régime d'assurance chômage et celle fixée préalablement par les pouvoirs publics (V. supra note n°1274).

¹⁵²⁷V. supra note n°713.

¹⁵²⁸V. Ylias FERKANE, « Le paritarisme à l'épreuve de l'universalisation de la protection sociale », *RFAS* 2018, n°4, pp.103-118.

¹⁵²⁹Nous rappelons que l'UNEDIC et les ASSEDIC avait été créées sous forme paritaire par la convention du 31 décembre 1958 (V. étude 115 supra). A la suite de la dénonciation de cette dernière, ces institutions avaient été maintenues par la convention d'assurance chômage du 24 février 1984 (V. JORF 4 avr. 1984, p.3196). Si les ASSEDIC ont fusionné avec l'ANPE en 2008 pour donner naissance à Pôle emploi (V. supra note n°750), l'UNEDIC a subsisté sous sa forme originelle et continue de gérer, sous la responsabilité des partenaires sociaux, le régime d'assurance chômage (V. statuts de l'UNEDIC du 31 janv. 2017, <https://www.unedic.org>). On peut toutefois effectivement s'interroger sur des évolutions sous-jacentes qui consisteraient à prendre en compte la représentation spécifique de catégories socio-professionnelles tels que les travailleurs indépendants relevant désormais du champ de l'assurance chômage (V. Ylias FERKANE, *op. cit.*, p.110, *adde* Jean-Pierre CHAUCHARD « Représentation collective et protection sociale », *RDSS* 2004, p.161).

231. Droit du travail. Si une étude exhaustive des institutions qualifiées de « paritaires » dans la sphère du droit du travail semble difficile à livrer¹⁵³⁰, nous devons, là encore, nous concentrer sur une notion de paritarisme étroitement entendue. Nous soulignerons dès lors que de tels systèmes ont été créés dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle par les grands accords nationaux interprofessionnels des années 1970. L'ANI sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969, modifié à plusieurs reprises, a ainsi institutionnalisé les commissions paritaires de l'emploi qui sont établies au niveau national dans chaque branche et qui comportent des relais régionaux interprofessionnels. Elles sont investies aujourd'hui d'une mission d'information, d'étude et de propositions dans le double domaine de l'emploi et de la formation¹⁵³¹. L'ANI du 9 juillet 1970 relayé par la loi du 16 juillet 1971¹⁵³² est à quant à lui à l'origine de la gestion mutualisée des fonds de la formation professionnelle qui s'incarnera au travers de très nombreuses institutions paritaires de branche et interprofessionnelles¹⁵³³, que le législateur rationalisera lors de l'adoption de la loi quinquennale du 20 décembre 1993 avant de réformer le système par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel¹⁵³⁴.

¹⁵³⁰V. infra.

¹⁵³¹V. André TARBY, « Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1995, p.914.

¹⁵³²V. supra note n°880.

¹⁵³³V. sur l'évolution du paritarisme dans le domaine de la formation professionnelle : Jean-Marie LUTTRINGER, « Réflexions sur les spécificités du "paritarisme de gestion" dans le domaine de la formation professionnelle », *Dr. soc.* 2008, p.1207 ; « Actualité du droit de la formation : le paritarisme de gestion de la formation professionnelle, enjeu politique », *Dr. soc.* 2016, p.1024.

¹⁵³⁴V. supra note n°1193. La loi quinquennale avait restructuré le paysage des organismes paritaires de gestion de la formation professionnelle en créant les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) soumis à un seuil minimal de collecte de fonds, incitant les partenaires sociaux à instaurer un organisme par branche tout en maintenant l'AGEFOS-PME au niveau interprofessionnel (V. Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle : la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) », *Dr. soc.* 1995, p.278). La loi du 5 septembre 2018 a poursuivi cette démarche de rationalisation en créant les opérateurs de compétences (OPCO), dont le nombre est encore plus resserré, mais qui ont été dans le même temps déchargés de leur rôle de collecteur des fonds de la formation professionnelle au profit des URSSAF (ces derniers devant reverser à France compétences en charge de répartir les fonds) et qui se sont transformés en prestataires de services d'ingénierie en formation. Plusieurs auteurs ont pu voir dans cette dernière réforme une perte d'influence des partenaires sociaux et un déclin du paritarisme de gestion (V. notamment Philippe DEBRUYNE, « Le paritarisme dans la formation professionnelle : déclin annoncé ou phoenix renaissant des flammes ? », *Dr. soc.* 2018, p.972 ; Jean-Pierre WILLEMS, « Les opérateurs de compétences : que reste-t-il de l'assurance formation ? », *Dr. soc.* 2018, p.1011 ; Frédéric GUIOMARD, « Le rôle des partenaires sociaux en question - Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT* 2018, p.589). Nous soulignons toutefois que le financement de la formation professionnelle repose depuis l'origine sur une participation des employeurs qui a, par défaut, un caractère fiscal car les partenaires sociaux ne sont pas arrivés à se mettre d'accord en 1970 sur une cotisation partagée entre employeurs et salariés comparable à l'assurance chômage et aux retraites complémentaires, obligeant le législateur à intervenir sur ce point dans la loi du 16 juillet 1971 (V. Jean-Pierre WILLEMS, « La mutualisation dans les FAF et OPCA », *Dr. soc.* 2008, p.1203 ; Jean-Marie LUTTRINGER, « Actualité du droit de la formation : le paritarisme de gestion de la formation professionnelle, enjeu politique », *Dr. soc.* 2016, p.1024).

§ 2. Le paritarisme octroyé par la puissance publique

232. L'enjeu d'une définition de l'interprofession peut également dépasser le seul cadre conventionnel et s'illustrer au travers du paritarisme de « participation » (A) par lequel les partenaires sociaux sont associés à l'action publique sur délégation de l'Etat ou au côté de celui-ci, voire parfois au côté d'autres acteurs (B).

A. Un paritarisme de « participation »

233. Opposition. Le paritarisme « pur » trouverait donc sa source dans la négociation collective entre interlocuteurs sociaux, et se déploierait essentiellement par l'intermédiaire d'accords conclus au niveau national interprofessionnel. Le Professeur Robert Lafore lui oppose dès lors l'existence d'un paritarisme « *de participation* », paritarisme en réalité octroyé par la puissance publique et qui consiste « *à introduire, dans des institutions qui fonctionnent à l'initiative de l'État, des représentants des employeurs et des salariés à qui l'on confie des compétences gestionnaires plus ou moins étendues, mais toujours placées sous tutelle publique* »¹⁵³⁵.

234. Distinction. Le paritarisme de gestion, actant la place du « *syndicalisme gestionnaire* »¹⁵³⁶, intégrerait donc en réalité deux formes de paritarisme : un issu des accords c'est-à-dire du paritarisme de négociation, correspondant à l'approche la plus stricte de la notion, et un paritarisme issu d'une délégation de l'Etat¹⁵³⁷. Dans cette seconde forme, l'origine

¹⁵³⁵Robert LAFORE, « À propos de la convention du 1er janvier 2001 : où en est le paritarisme », *Dr. soc.* 2001, p.347.

¹⁵³⁶Jean-Pierre CHAUCHARD « Représentation collective et protection sociale », *RDSS* 2004, p.161.

¹⁵³⁷Cette approche est clairement reprise par le préambule de l'ANI du 17 février 2012 relatif à la modernisation et au fonctionnement du paritarisme : « *Le champ du paritarisme de gestion peut intégrer deux formes de paritarisme (issu des accords, issu d'une délégation de l'Etat) et trois modes d'intervention des partenaires sociaux : gestion par les partenaires sociaux seuls, gestion tripartite avec l'Etat, gestion partagée avec d'autres acteurs* ».

des institutions sera légale ou réglementaire, contrairement aux premières qui seront nées de l'accord¹⁵³⁸.

B. Des modes d'intervention divers

235. Combinaisons. Les rédacteurs de l'ANI du 17 février 2012 ont mis en évidence différentes combinaisons des formes de paritarisme et des modes d'intervention des partenaires sociaux¹⁵³⁹ : un premier cas où il s'agit de mettre en œuvre « *des règles fixées par les seuls partenaires sociaux* » et qui correspond au « *paritarisme de gestion au sens le plus strict, qui vise des organismes créés et gérés uniquement par les partenaires sociaux* » ; un deuxième cas « *où les règles sont fixées par l'Etat mais où la gestion est largement déléguée aux partenaires sociaux* » et, enfin, un troisième cas « *qui correspond aux nombreux organismes dits paritaires, mais où la gestion est en réalité partagée avec l'Etat, dont la présence peut être plus ou moins importante, voire avec d'autres acteurs* »¹⁵⁴⁰.

Si les partenaires sociaux se réfèrent naturellement à l'assurance chômage, aux retraites complémentaires et à la formation professionnelle pour illustrer le premier cas, ils donnent l'exemple de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) - devenue URSSAF Caisse nationale - pour illustrer le second et celui de Pôle emploi pour le troisième¹⁵⁴¹.

Le Professeur Lafore estime de son côté que le paritarisme de participation « *se retrouve très exactement dans les organismes de Sécurité sociale où les partenaires sociaux siègent seuls dans les conseils à l'exclusion de l'État* » mais que l'on peut « *identifier une autre sous-*

¹⁵³⁸La distinction peut être parfois malaisée. A titre d'exemple, l'ANI du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle avait prévu de nouvelles instances de gouvernance de la formation professionnelle dans ses articles 42 et 43 : le comité paritaire national pour la formation professionnelle et l'emploi (CPNFPE) et le comité paritaire régional pour la formation professionnelle et l'emploi (CPRFPE). Ces instances ont finalement été créées par la loi du 5 mars 2014 qui a institué dans son volet formation le comité paritaire interprofessionnel national pour l'emploi et la formation ou COPANEF (V. *C. trav.*, art. L. 6123-5, réd. L. 5 mars 2014) et le comité paritaire interprofessionnel régional pour l'emploi et la formation ou COPAREF (V. *C. trav.*, art. L. 6123-6, réd. L. 5 mars 2014). Ces instances ont disparu lors de l'adoption de la loi du 5 septembre 2018 qui a créé France compétences qui n'est plus une instance paritaire mais une institution nationale publique dont le conseil d'administration est composé de représentants de l'Etat, de représentants des régions, des partenaires sociaux et de personnalités qualifiées désignées par le ministre chargé de la formation professionnelle (V. actuels *C. trav.*, art. L. 6123-5 et s.).

¹⁵³⁹V. supra note n°1537.

¹⁵⁴⁰Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 relatif à la modernisation et au fonctionnement du paritarisme, Préambule.

¹⁵⁴¹*Ibidem*.

catégorie, avec l'ANPE et l'AFPA, structures dont les conseils sont tripartites, l'État y siégeant à côté des partenaires sociaux »¹⁵⁴².

236. Multipartisme. Le paritarisme de participation peut donc conserver une apparence paritaire au sein d'organismes d'origine légale dans lesquelles les partenaires sociaux se verront déléguer la gestion ou bien glisser vers le « tripartisme » lorsque l'État sera présent au côté de ces derniers et s'immiscera davantage dans le pilotage des institutions¹⁵⁴³. La doctrine souligne également l'emploi du vocable « quadripartisme » quand d'autres opérateurs, tels que les collectivités territoriales, seront également présents « à la table des responsabilités et de la gouvernance »¹⁵⁴⁴.

237. Exemples. Il est très difficile de se livrer à une présentation exhaustive des institutions relevant du paritarisme de participation, au sein desquelles les partenaires sociaux disposent de prérogatives plus ou moins élargies. Nous pouvons citer, dans la sphère du droit du travail, l'emblématique Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle dont le champ de compétence a été accru par les lois du 5 septembre 2018 et du 7 décembre 2020¹⁵⁴⁵ ou bien encore les institutions compétentes en matière de santé de sécurité au travail telles que le Conseil d'orientation des conditions de travail (COCT)¹⁵⁴⁶ ou l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT)¹⁵⁴⁷. Il existe de nombreuses institutions « paritaires » intervenant dans le champ de l'emploi, de la

¹⁵⁴²Robert LAFORE, « À propos de la convention du 1er janvier 2001 : où en est le paritarisme », *Dr. soc.* 2001, p.347. Nous rappelons que l'ANPE a fusionné avec les ASSEDIC au sein de Pôle emploi en 2008.

¹⁵⁴³Le Professeur Julien DAMON indique à propos du vocable « tripartisme » : « *Fonctionnellement et juridiquement même, il désigne des modalités de fonctionnement dans des instances internationales comme l'Organisation Internationale du Travail, dont l'action se fonde sur la coopération de trois parties : les gouvernements, les organisations d'employeurs, les organisations de travailleurs. Surtout, l'expression « tripartisme » rend compte, en France, de la présente croissante, souhaitée ou redoutée, de l'État. On parle de « tripartisme » à partir du moment où l'État est davantage présent, par exemple dans les caisses de sécurité sociale ou bien encore dans les commissions mixtes paritaires (CMP)* » (Julien DAMON, « Le paritarisme : quelles partitions ? », *RDSS* 2017, p.525). S'agissant de la gestion de la sécurité sociale, il convient effectivement de préciser que le retour au paritarisme au sens d'une égalité de représentation de la partie salariale et patronale dans les conseils d'administration des caisses depuis le Plan Juppé (V. supra note n°687) ne doit pas conduire à une assimilation avec le strict modèle paritaire. En effet, premièrement d'autres mandataires sont présents dans les conseils (personnes qualifiées désignées par l'État, mutualistes, associations familiales...), deuxièmement la tutelle des pouvoirs publics qui s'est accentuée au grès des différentes réformes (notamment sur le plan financier) conduit à constater que la gouvernance de la sécurité sociale est en réalité marquée par un « tripartisme » que l'on a pu qualifier d'« asymétrique », qui serait apparu dès les premières difficultés de gestion et qui acterait la prédominance de plus en plus marquée de l'État (Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016, p.73). Sur une approche critique du paritarisme dans la sécurité sociale face aux évolutions des modes de financement : V. Gérard ADAM, « Quelques évidences sur le paritarisme », *Dr. soc.* 1995, p.744.

¹⁵⁴⁴Julien DAMON, « Le paritarisme : quelles partitions ? », *RDSS* 2017, p.525.

¹⁵⁴⁵V. supra notes n°s 574 et 824.

¹⁵⁴⁶V. *C. trav.*, art. L. 4641-1 et s.

¹⁵⁴⁷V. *C. trav.*, art. L. 4642-1 et s.

protection sociale ou dans d'autres domaines tels que le logement des salariés. Nous n'en livrerons pas une présentation détaillée mais nous serons amenés à revenir sur ce point dans la suite de notre étude¹⁵⁴⁸.

238. Bilan. La représentation de la collectivité professionnelle s'exprime donc dans le champ d'application de l'accord qui en révèle les contours mais également au sein des institutions que celui-ci met en place ou que la loi crée à des fins d'association des partenaires sociaux à des missions d'intérêt général. L'enjeu institutionnel d'une définition de l'interprofession est dès lors posé.

Conclusion du chapitre I

239. En dressant une analyse typologique des différents accords nationaux interprofessionnels, nous avons démontré que ce type d'accord pouvait revêtir un caractère autonome mais qu'il pouvait également intervenir en amont et en aval du processus législatif, l'assimilant tour à tour à une pré-législation ou à un décret d'application de la loi. Ce rôle conforte l'idée que la négociation nationale et interprofessionnelle a une vocation générale et que le domaine d'application de l'ANI qui en découle doit couvrir l'ensemble des secteurs d'activité, au besoin à l'aide de techniques juridiques spécifiques lui permettant de transcender la relativité de ses effets. Cette vocation constitue ainsi un enjeu d'une définition de l'interprofession qui matérialisera le domaine d'application réel de l'ANI.

Il en est de même en dehors de la sphère purement conventionnelle où les fonctions attribuées au paritarisme de négociation ou de participation rendent nécessaire une définition de l'interprofession.

¹⁵⁴⁸Les partenaires sociaux ont dressé une liste d'institutions relevant du paritarisme pur ou du paritarisme de participation figurant en annexe à l'ANI du 17 février 2012 (V. Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 relatif à la modernisation et au fonctionnement du paritarisme, Annexe). De même le rapport de la mission parlementaire de 2016 en donne de très nombreux exemples (V. Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport préc.). Nous reviendrons sur ce point en examinant les prérogatives attachées à la représentativité des organisations présentes au niveau national et interprofessionnel (V. infra).

CHAPITRE II : LA RECHERCHE D'UNE DÉFINITION DE L'INTERPROFESSION

240. Intérêt. La vocation universelle de la négociation interprofessionnelle et la place reconnue au paritarisme rendent nécessaire une définition de l'interprofession.

Si des controverses doctrinales ont pu naître à propos de la nécessité de définir la branche professionnelle en raison du principe même de liberté contractuelle guidant notre droit de la négociation collective¹⁵⁴⁹, nous venons de démontrer que l'objet des ANI et les fonctions que remplissent les différentes institutions nationales et interprofessionnelles militent au contraire pour une clarification de cette notion. Le caractère réglementaire prééminent de l'ANI qui, malgré son corps de contrat, sera tour à tour éclaircur ou auxiliaire de la loi et le champ d'intervention des institutions appellent en effet à s'interroger sur les éléments communément admis pour définir l'interprofession (**Section 1**). Nous constaterons toutefois que, malgré leur pertinence, ces éléments ne suffisent pas à caractériser pleinement la notion (**Section 2**).

Section 1. Les éléments d'une définition

241. Silence législatif. A l'instar de la branche, la loi ne définit pas l'interprofession. Il convient dès lors de se tourner vers les apports de la jurisprudence et de la doctrine qui caractérisent l'interprofession par la réunion de plusieurs professions (§ 1) mais livrent des positions discutables sur son unicité (§ 2).

§ 1. Une pluralité de professions

242. L'interprofession réunit plusieurs branches ou professions (A) qui ne présentent pas des caractéristiques communes (B).

¹⁵⁴⁹V. études 70 et 71 supra. Nous rappelons que l'absence d'une définition légale de la branche est majoritairement cautionnée par la doctrine qui y voit le fruit d'un construit social reposant sur l'autonomie des partenaires sociaux mais que cette liberté est dans le même temps un facteur de désordre, qui a poussé le législateur à engager le chantier de restructuration des branches. Donc, même si le législateur ne définit pas précisément la notion, celle-ci fait l'objet d'un encadrement de plus en plus précis.

A. La réunion de plusieurs branches

243. Sémantique. Nous avons démontré que la branche pouvait être appréhendée au travers de notions voisines telles que la profession, le secteur ou la filière mais qu'à défaut d'un ordonnancement précis, le sens de ces notions évoluait en fonction des pratiques sociales¹⁵⁵⁰. Il en est de même de l'interprofession pour laquelle une simple approche terminologique est insuffisante même si l'on peut déduire du préfixe « inter » qu'elle regroupe plusieurs professions, branches ou secteurs¹⁵⁵¹.

244. Juridicité. Jacques Barthélémy rappelle que la convention collective est une « *institution identitaire* » qui contribue, en raison de son caractère normatif, à conférer à la collectivité professionnelle « *une réelle consistance juridique* »¹⁵⁵². Tout comme la branche s'incarne au travers de la convention collective¹⁵⁵³, l'interprofession s'incarne donc avant tout au travers de l'accord interprofessionnel qui permet à la notion d'atteindre un seuil de « *juridicité* »¹⁵⁵⁴. Les questions soulevées par le champ professionnel de l'accord ont ainsi permis de tracer les frontières entre la profession et l'interprofession (1) et d'envisager l'étendue de cette dernière (2).

1- La distinction entre la profession et l'interprofession

245. Nous avons vu que la controverse née à propos d'une possible extension des accords interprofessionnels, avant que la loi du 13 juillet 1971 n'autorise celle-ci, est à l'origine du débat sur la notion d'interprofession¹⁵⁵⁵. Forgeant la notion de branche au travers des contentieux relatifs à la légalité des arrêtés d'extension, le Conseil d'Etat avait en effet contribué à tracer les limites entre la profession et l'interprofession et à donner par là-même une certaine consistance au concept. En annulant l'arrêté d'extension d'une convention collective concernant tous les employeurs et travailleurs européens des entreprises industrielles

¹⁵⁵⁰V. étude 76 supra.

¹⁵⁵¹V. étude 175 supra.

¹⁵⁵²Jacques BARTHELEMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Dr soc.* 2014, p.207 et spéc. p.208 et 209.

¹⁵⁵³Même si une approche institutionnelle relativement récente conduit à envisager la branche au-delà de sa seule dimension conventionnelle (V. notamment étude 78 supra).

¹⁵⁵⁴La juridicité est un mot formé par les sociologues du droit dans les années 1950, qui caractérise ce qui relève du Droit par opposition aux mœurs, à la morale et aux convenances (V. Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018, p.588).

¹⁵⁵⁵V. étude 120 supra.

et de transport de l'ancienne Afrique Occidentale Française au motif qu'une pareille convention débordait le cadre de l'extension admis par la loi du 11 février 1950, le juge administratif reconnaissait implicitement l'existence d'une collectivité ayant des intérêts communs suscitant une négociation et se situant au-delà de la branche¹⁵⁵⁶. Mais c'est surtout lors de l'annulation retentissante de l'arrêté d'extension de l'avenant à la convention AGIRC concernant les VRP que la notion s'affirmera pleinement. Dans son arrêt *Groupement National des Ingénieurs* du 2 janvier 1959¹⁵⁵⁷, le Conseil d'Etat avait en effet considéré que dès l'instant où les VRP constituaient une catégorie professionnelle commune à l'ensemble des branches d'activités industrielles et commerciales, l'avenant instituant leur régime particulier de retraite complémentaire n'avait pas pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée et qu'il avait donc été conclu dans un cadre ne répondant pas aux exigences de la loi de 1950¹⁵⁵⁸. Sans qualifier expressément la notion, le juge administratif admettait ainsi que l'interprofession regroupe nécessairement plusieurs branches d'activité, ce qui conduira le législateur à créer en urgence, par les ordonnances du 7 janvier et du 4 février 1959, la procédure spécifique d'agrément des ANI de protection sociale complémentaire et à octroyer par là-même une première assise légale à la négociation nationale interprofessionnelle¹⁵⁵⁹.

L'interprofession se distingue donc de la profession ou de la branche par « *la coexistence de plusieurs branches* »¹⁵⁶⁰.

2- L'étendue de l'interprofession

246. Si l'interprofession se caractérise par la réunion de plusieurs branches, la question pendante est de savoir si elle doit les réunir toutes ou au contraire si elle présente le particularisme de pouvoir être plus ou moins étendue professionnellement.

Nous avons vu que la Chambre sociale de la Cour de Cassation, statuant sur la validité d'un accord interprofessionnel conclu en outre-mer, a admis que ce dernier satisfaisait à l'obligation de définir son champ d'application professionnel en termes d'activités

¹⁵⁵⁶V. CE, 19 déc. 1952, *Dr. soc.* 1953, p.542 (supra note n°778).

¹⁵⁵⁷V. supra note n°782.

¹⁵⁵⁸V. étude 118 supra.

¹⁵⁵⁹Nous rappelons que les lois de 1936 et de 1950 laissaient le soin aux parties de définir le champ d'application professionnel des conventions collectives et reconnaissaient implicitement en cela l'existence du niveau interprofessionnel mais que l'extension était refusée à ce type d'accord (V. étude 118 supra).

¹⁵⁶⁰Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. p.568.

économiques dès l'instant où il visait l' « ensemble des activités » du territoire, sans qu'il soit besoin de procéder à une énumération exhaustive des branches concernées¹⁵⁶¹. Cette appréciation du juge judiciaire s'explique assurément par la volonté de préserver la liberté contractuelle des parties dans la définition du champ d'application de l'accord et de ne pas ajouter des contraintes supplémentaires que la loi ne prévoit pas expressément¹⁵⁶². Elle rejoint au demeurant la position du juge administratif qui avait considéré qu'il ressortait clairement des dispositions de la convention de 1958 relatives à son champ d'application que les parties avaient entendu créer un régime s'appliquant à l'ensemble des branches d'activité de l'industrie et du commerce sans avoir à se préoccuper du mode de gestion des différentes activités économiques qui aurait pu justifier l'exclusion de certaines d'entre elles¹⁵⁶³. Rien n'empêche donc a priori que l'ANI confère à l'interprofession une vocation à réunir l'ensemble des branches d'activité et à considérer que celle-ci couvre « *toute l'activité économique* »¹⁵⁶⁴.

Pour autant, comme nous l'avons maintes fois souligné, le champ d'application réel de l'accord sera déterminé par l'identification de la partie patronale signataire qui ne pourra engager que ses adhérents. L'interprofession ne pourra donc être plus vaste que le champ de compétence réel des confédérations patronales signataires qui, même dotées de statuts ambitieux, ne pourront engager que leurs branches adhérentes¹⁵⁶⁵. Nous pouvons dès lors considérer que l'interprofession, matérialisée par la collectivité d'application de l'ANI, se réduit à une « *simple agrégat de branches* »¹⁵⁶⁶, à savoir celles qui l'ont dessinée en adhérant à la confédération patronale signataire.

L'extension de l'ANI ne changera rien sur ce point puisqu'elle ne permettra d'atteindre que les branches dont l'organisation patronale représentative est adhérente de la confédération patronale signataire, conformément à la position prise par le juge judiciaire dans l'affaire Michelin¹⁵⁶⁷. L'interprofession ne se distingue pas à ce stade du simple « groupement de branches » pour lequel le juge administratif exige un engagement des organisations représentatives dans chaque branche¹⁵⁶⁸. En effet, bien que le Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolay ait suggéré au Conseil d'Etat de ne pas transposer au cadre interprofessionnel

¹⁵⁶¹V. Cass. soc. 21 oct. 2009, *JCP S* 2010, 1039, comm. Alexis BUGADA (supra note n°1341).

¹⁵⁶²Nous rappelons que le critère de l'activité économique a été ajouté en 1982 pour guider les parties et prévenir les chevauchements de champs d'application mais qu'il n'est pas pour autant défini par la loi (V. étude 61 supra).

¹⁵⁶³CE, 2 mars 1962, *Confédération nationale artisanale*, *Dr. soc.* 1962, p.545, concl. Pierre NICOLAY (supra note n°1342).

¹⁵⁶⁴Pierre NICOLAY, concl. préc.

¹⁵⁶⁵V. étude 194 supra.

¹⁵⁶⁶Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. p.567.

¹⁵⁶⁷V. étude 207 supra.

¹⁵⁶⁸V. CE, 2 mars 1962, *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, *Dr. soc.* 1962, p.346 (V. étude 104 supra).

les critères retenus pour l'appréciation de la légalité d'un arrêté d'extension d'une convention collective visant un groupement de branches et d'apprécier globalement la représentativité du CNPF dans le champ interprofessionnel de la convention d'assurance chômage du 31 décembre 1958, et non branche d'activité par branche d'activité, il n'en concluait pas moins que les branches dans lesquelles le CNPF ne représente rien devaient être exclues du champ de l'agrément (extension) de l'ANI¹⁵⁶⁹. Même si l'accord est conclu par des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel comme l'exige l'extension, cette dernière ne concernera donc pas toutes les branches. Le pouvoir d'engagement de la confédération patronale signataire reste ainsi déterminant pour délimiter l'interprofession, y compris lorsque celle-ci est saisie au travers du champ d'application d'un ANI étendu.

L'élargissement, qui permet à l'ANI étendu d'atteindre des branches non comprises dans son champ d'application et par là-même de franchir l'obstacle constitué par la non-adhésion du syndicat patronal représentatif de la branche à la confédération signataire, aurait précisément pour fonction de permettre à l'interprofession de recouvrir l'ensemble des branches d'activité¹⁵⁷⁰. Pour autant, les conditions entourant cette procédure d'exception, exigeant notamment une carence de la négociation collective dans les branches concernées¹⁵⁷¹, ne permettront pas, là encore, de considérer que l'interprofession regroupe toutes les branches d'activité.

Comme le soulignait Pierre Nicolay en son temps, il est dès lors « *suffisamment satisfait à la notion d'interprofessions si plusieurs professions se trouvent réunies dans un même engagement* », sans que celle-ci ait besoin de regrouper « *toute l'activité du pays* »¹⁵⁷².

B. La réunion de branches disparates

247. Caractériser l'interprofession par la réunion de plusieurs branches crée une confusion avec l'interbranche (1). Il convient dès lors de s'interroger sur les spécificités permettant de caractériser ces deux niveaux de négociation afin de distinguer les deux notions (2).

¹⁵⁶⁹V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *Dr. soc.* 1962, p.545 et spéc. p.547 (V. étude 206 supra).

¹⁵⁷⁰V. Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

¹⁵⁷¹V. étude 210 supra.

¹⁵⁷²Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 préc.

1- Un risque de confusion entre l'interprofession et l'interbranche

248. Avant son extension, l'ANI est un simple accord intersectoriel s'appliquant à un nombre de branches variable, dépendant du champ de compétence des organisations patronales signataires. La distinction entre l'interprofession et l'interbranche est alors des plus ténue¹⁵⁷³. Jacques Barthélémy suggère dès lors de s'intéresser à la qualité des acteurs salariés de la négociation pour établir la séparation entre l'accord interprofessionnel et l'accord interbranches et donc entre l'interprofession et l'interbranche¹⁵⁷⁴. Si l'on peut effectivement sérier le champ d'intervention des fédérations syndicales de salariés qui se limite à la branche et le champ d'intervention des confédérations qui sont habilitées à agir au niveau national et interprofessionnel¹⁵⁷⁵, cet argument semble toutefois trouver des contre-exemples dans la pratique¹⁵⁷⁶. Les règles de validité des accords interprofessionnels et des accords de branche, auxquels la loi assimile les accords interbranches¹⁵⁷⁷, qui imposent une majorité relative d'engagement des organisations syndicales de salariés mesurée respectivement selon leur audience électorale au niveau national et interprofessionnel pour l'ANI et selon leur audience électorale au niveau de chaque branche pour l'accord interbranches¹⁵⁷⁸, confortent certes l'idée d'une possibilité de distinction basée sur l'identification de la partie salariale signataire. Toutefois, c'est la partie patronale seule qui détermine le champ d'application de tout accord et la signature d'une confédération d'employeurs, qui n'est assortie d'aucune condition de représentativité, ne permet pas d'identifier clairement la frontière entre l'interprofession et l'interbranche. En effet, l'union patronale engagera par sa signature ses branches adhérentes, et uniquement celles-ci, qu'elle signe un ANI ou un simple accord interbranches.

L'extension va certes permettre d'exiger une représentativité de la partie patronale dans le champ de l'accord et donc de distinguer clairement l'extension d'un ANI pour laquelle les organisations patronales devront être reconnues représentatives au niveau national et

¹⁵⁷³Nous rappelons que l'approche terminologique n'est pas d'un grand secours à défaut d'un ordonnancement précis des notions de branche et de profession dans le Code du travail.

¹⁵⁷⁴V. Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566.

¹⁵⁷⁵V. étude 196 supra.

¹⁵⁷⁶Ainsi dans le secteur de l'Economie Sociale et Solidaire où des accords « multi-professionnels » réunissant plusieurs branches sont signés par les confédérations salariales alors que ces accords ne peuvent a priori revendiquer la qualité d'ANI (V. infra).

¹⁵⁷⁷V. étude 68 supra.

¹⁵⁷⁸V. C. trav. art. L. 2232-2 (ANI) et L. 2232-6 (conventions de branche et accords professionnels). Nous rappelons qu'un projet de loi ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social renvoie expressément à l'article L. 2232-6 pour apprécier la validité de l'accord interbranches, tout en précisant que les seuils d'engagement et d'opposition sont appréciés à l'échelle de chacune des branches comprises dans le périmètre de cet accord (V. étude 196 supra).

interprofessionnel, de l'extension d'un simple accord interbranches qui réunira des fédérations patronales représentatives dans chacune des branches. Pour autant, l'absence de règles particulières pour l'extension d'un ANI explique qu'une branche où la confédération patronale signataire n'est pas représentative soit exclue du champ de l'extension, comme elle l'est lors d'une extension prononcée dans un simple groupement de branches¹⁵⁷⁹.

Même étendu, l'ANI se distingue donc avec difficulté d'un simple accord interbranches et ne permet pas de différencier avec certitude l'interprofession de l'interbranche.

2- L'absence de déterminants économiques et sociaux communs

249. L'extension de l'ANI ne sera donc pas de prime abord en capacité d'opérer clairement la distinction entre l'interprofession et l'interbranche dès l'instant où l'engagement de chaque branche est exigé, réduisant par là-même ces deux notions à de simples regroupements de branches.

Pour autant, la nature des activités regroupées peut permettre d'établir une distinction entre les deux notions.

L'interbranche regroupe en effet des branches qui présentent des caractéristiques communes en termes d'activité économique et d'emploi. Ces caractéristiques communes doivent être suffisantes pour susciter des négociations à ce niveau¹⁵⁸⁰. C'est d'ailleurs en raison de l'unité de nature d'activité des branches regroupées que le Conseil d'Etat avait jugé qu'un groupement de branches était compatible avec les dispositions de la loi du 11 février 1950 qui restreignait le champ professionnel de l'extension à la branche d'activité. En exigeant du groupement de branches ce minimum d'homogénéité, le juge administratif justifiait ainsi la soumission à une règle conventionnelle unique régissant les rapports de travail au sein de la profession. A défaut de cette unité de nature d'activité, le Conseil d'Etat aurait considéré que la convention avait été conclue dans un cadre interprofessionnel, incompatible à cette époque avec le droit de l'extension¹⁵⁸¹. Plus récemment, le projet de loi sur la représentativité et les

¹⁵⁷⁹V. étude 246 supra.

¹⁵⁸⁰Des questions telles que l'employabilité ou la mobilité professionnelle peuvent, par exemple, susciter des négociations entre plusieurs branches mais un minimum d'homogénéité des activités et des emplois au sein de ces branches sera nécessaire pour élaborer des règles conventionnelles communes traitant de ces questions. Le cadre de l'interbranche, qui garantit ce minimum d'homogénéité en termes d'activités économiques et d'emplois, semble adapté à ces questions.

¹⁵⁸¹V. études 104 et 105 supra.

règles de validité des accords interbranches précise également que les branches comprises dans ce périmètre doivent avoir des activités économiques proches ou identiques¹⁵⁸².

L'interprofession se matérialiserait à l'inverse par « *des activités économiques et des natures d'emplois n'ayant rien commun en commun entre elles* »¹⁵⁸³. La réunion des branches n'est pas en effet guidée ici par la régulation de rapports de travail entre employeurs et salariés, qui réclame un minimum d'homogénéité des activités et des emplois regroupés, mais par des considérations générales et transversales au monde du travail¹⁵⁸⁴.

Cette absence de déterminant commun au niveau économique et social peut, à notre sens, se déduire de deux dispositifs spécifiques aux accords interprofessionnels.

Le premier vise l'élargissement de l'ANI que l'article L. 2261-17 du Code du travail autorise en direction de branches ne présentant pas de caractéristiques communes, contrairement à l'élargissement des accords de branche et professionnels qui réclame des conditions d'analogie quant aux emplois exercés entre les secteurs territoriaux ou professionnels¹⁵⁸⁵. L'interprofession se caractériserait dès lors par une « *pluralité de branches qui peuvent être disparates* »¹⁵⁸⁶.

Le deuxième concerne les règles de validité même de l'ANI qui réclament, comme nous l'avons précédemment souligné, l'engagement d'organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, c'est-à-dire dans un ensemble constitué de branches « *de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »¹⁵⁸⁷ réunissant des activités économiques différentes, qui permettent de le distinguer d'un simple accord interbranches¹⁵⁸⁸. Bien que ce soit la partie patronale qui détermine le champ d'application professionnel de l'accord, cette exigence de représentativité de la partie salariale dans des branches regroupant des activités économiques différentes accrédite l'idée que l'interprofession regroupe des branches ne présentant pas des caractéristiques communes. Cette thèse sera au demeurant confortée lors de l'extension de l'ANI qui réclamera la même exigence de représentativité dans des branches relevant de ces quatre secteurs hétérogènes pour la partie patronale¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸²V. étude 196 supra.

¹⁵⁸³Lamy négo. coll., n°230.

¹⁵⁸⁴V. étude 167 supra.

¹⁵⁸⁵V. étude 210 supra.

¹⁵⁸⁶Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 et spéc. p.641.

¹⁵⁸⁷*C. trav.*, art. L. 2122-9 2°.

¹⁵⁸⁸V. étude 196 supra.

¹⁵⁸⁹V. infra.

§ 2. Le débat sur l'unicité de l'interprofession

250. Si l'interprofession se caractérise par la réunion de plusieurs branches ne présentant pas des caractéristiques économiques et sociales communes, une question subséquente vise l'unicité de la notion : existe-t-il une ou plusieurs interprofessions ? Un courant doctrinal soutenant la thèse de la pluri-interprofession (A) s'oppose ainsi à la conception unitaire de la notion (B).

A. La conception pluraliste de la notion : la pluri-interprofession

251. Cette approche est essentiellement défendue par Jacques Barthélémy et s'appuie sur la relativité des effets du contrat (1), ainsi que sur une interprétation des dispositions régissant l'élargissement des accords interprofessionnel (2).

1- La relativité des effets du contrat induisant la multiplicité

252. L'interprofession classique. Jacques Barthélémy affirme qu'en l'absence de définition légale, l'interprofession ne peut se concevoir que comme une notion « *fonctionnelle* » et non comme une notion « *universelle* »¹⁵⁹⁰. Son contenu et sa portée varieraient ainsi « *en fonction de la finalité que l'on poursuit en l'invoquant* »¹⁵⁹¹. Rapportée au droit de la négociation collective, la notion conditionnerait le champ d'application d'un ANI dont les aspects contractuels restent prééminents malgré l'importance du poids réglementaire de ce type d'accord. Et c'est précisément en raison des effets relatifs du contrat que l'unicité de l'interprofession devrait être relativisée¹⁵⁹². En effet, puisque le champ de compétence de la confédération patronale signataire délimite le domaine d'application professionnel de l'accord, y compris lorsque celui-ci est étendu, rien n'empêche de considérer que plusieurs interprofessions co-existent. Il y aurait dès lors « *une interprofession classique* »¹⁵⁹³ composée des secteurs de l'industrie, du commerce et des services et d'autres interprofessions constituées

¹⁵⁹⁰Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. p.567.

¹⁵⁹¹Jacques BARTHELEMY in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁵⁹²V. Jacques BARTHELEMY, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁵⁹³Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039.

d'ensemble professionnels se situant au-delà de la branche mais dont les spécificités ne pourraient être représentées par les confédérations patronales traditionnelles telles que le MEDEF ou la CPME.

253. Les autres interprofessions. Il en serait ainsi des professions libérales et de l'agriculture qui rassemblent une grande variété de professions ayant des intérêts propres (tenant au mode d'exercice libéral pour les premières et à l'activité elle-même pour les secondes), qui justifient au demeurant qu'elles bénéficient d'une représentation spécifique dans de nombreuses instances nationales¹⁵⁹⁴.

On pourrait également se poser la question de l'existence d'une interprofession de l'économie sociale et solidaire réunissant des activités économiques très différentes (commerce, services ...) mais qui reposent sur un principe unique de non lucrativité des structures, susceptible de présenter des conflits d'intérêt avec des entreprises du secteur marchand intervenant dans ces mêmes activités. La question subsidiaire serait alors de savoir si le statut juridique de la personne morale, constituée sous forme associative ou plus généralement sous toute forme à but non lucratif, est en lui-même déterminant de la nature d'activité en tant qu'exercice professionnel¹⁵⁹⁵.

S'agissant de l'artisanat - à propos duquel il convient toutefois de rappeler que le Conseil d'Etat avait estimé que le mode de gestion spécifique de ses entreprises n'excluait pas leur rattachement au champ interprofessionnel de la convention d'assurance chômage du 31 décembre 1958 signée par le CNPF¹⁵⁹⁶ - l'auteur soutient que sa spécificité serait consacrée par la notion de métier qui induit des intérêts particuliers représentés par l'UPA, même si un bon nombre d'activités se retrouvent à la fois dans l'artisanat et dans l'industrie¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴V. infra.

¹⁵⁹⁵Nous rappelons que pour considérer que le Crédit agricole constituait une branche autonome, les juges du fond avaient admis que l'exigence posée par l'article L. 2222-1 du Code du travail d'une définition du champ d'application professionnel de l'accord en termes d'activités économiques n'excluait pas que l'on puisse se référer à d'autres critères tels que le statut juridique particulier des structures composant la branche. Il est vrai toutefois que ce critère complémentaire est expressément prévu par l'alinéa 2 de l'article L. 2222-1 pour les professions agricoles et que la Cour de Cassation n'a pas eu à se prononcer sur ce point (V. étude 60 supra). La forme juridique des structures cimente toutefois de nombreuses branches relevant de l'économie sociale et solidaire (V. étude précitée) les distinguant d'activités similaires exercées sous forme lucrative (ainsi dans le secteur sanitaire et social où une branche réunissant les structures à but non lucratif se distingue de la branche réunissant les mêmes activités mais exercées sous forme lucrative ; V. supra note n°389). L'existence d'une interprofession autonome de l'économie sociale et solidaire a fait l'objet de nombreux débats sur lesquels nous reviendrons ci-après.

¹⁵⁹⁶V. supra notes n°s 1342 et 1563.

¹⁵⁹⁷V. Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566. Cette spécificité est à souligner même si l'UPA - devenue depuis l'U2P (V. infra) - bénéficie désormais d'une reconnaissance générale de sa représentativité au niveau national et interprofessionnel à l'instar du MEDEF et de la CPME.

2- L'élargissement corroborant la multiplicité

254. Selon Jacques Barthélémy, la thèse d'une pluralité d'interprofessions serait par ailleurs alimentée par le Code du travail lui-même en raison de l'existence d'une procédure d'élargissement des accords interprofessionnels¹⁵⁹⁸. En effet, si un accord conclu à ce niveau avait vocation à s'appliquer à toutes les branches, seule l'extension suffirait en le rendant opposable aux employeurs non syndiqués. La technique d'élargissement ne serait alors « *d'aucune utilité* »¹⁵⁹⁹ puisque son objet est précisément d'exporter l'accord dans des branches se situant hors du champ professionnel de celui-ci. Le simple fait que le Code du travail prévoit l'élargissement des accords interprofessionnels confirmerait ainsi qu'ils ne couvrent pas toutes les professions mais attesterait également « *la reconnaissance légale de la multi-interprofessionnalité* »¹⁶⁰⁰. En disposant que l'élargissement de l'accord interprofessionnel a pour objet de le rendre obligatoire « *dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application* », l'article L. 2261-17, 3° du Code du travail sous-entendrait qu'il ne peut les atteindre toutes¹⁶⁰¹. L'élargissement préserverait ainsi le caractère contractuel de l'ANI qui risquerait d'être bafoué si par le biais d'un acte administratif on lui conférait le même champ d'application que la loi¹⁶⁰². La construction d'un dispositif législatif spécifique pour les ANI de retraite complémentaire, justifiée par la mise en œuvre d'un régime de protection sociale reposant sur une solidarité généralisée au plan national et fonctionnant selon la technique de la répartition, conforterait au demeurant cette analyse. En effet, dans ce cas précis, le « *couple "extension-élargissement"* »¹⁶⁰³ s'apparente à un agrément¹⁶⁰⁴ et a pour objet d'« *aligner le champ d'application des accords collectifs sur celui du dispositif légal dont ils ont pour objet de décliner les modalités d'application* »¹⁶⁰⁵. En conférant à l'accord un champ identique à celui de la loi, ce dispositif spécifique organisé par le Code de la Sécurité Sociale

¹⁵⁹⁸V. Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 ; « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁵⁹⁹Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. p.568.

¹⁶⁰⁰Jacques BARTHELEMY, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁶⁰¹Cécile Hablot juge cette interprétation littérale de l'article L. 2261-17 « *fallacieuse* » : « plusieurs » ne signifiant pas manifestement pas « quelques » ou « certaines », rien n'empêcherait de considérer que l'élargissement puisse atteindre toutes les branches (Cécile HABLLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.83, note n°256). Nous pouvons rétorquer, à ce stade du raisonnement, que si « plusieurs » ne signifie pas « quelques » ou « certaines », il ne signifie pas pour autant « toutes »...

¹⁶⁰²V. Jacques BARTHELEMY, *op. cit.*

¹⁶⁰³Jacques BARTHELEMY, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », *Dr. soc.* 2010, p.182.

¹⁶⁰⁴V. étude 212 supra.

¹⁶⁰⁵Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », *SSL* 2008, n°1361, p.7 et spéc. p.8. V. études 180 et 212 supra.

disqualifierait ainsi la procédure d'élargissement prévue par l'article L. 2261-17 du Code du travail, qui ne permettrait pas d'atteindre cet objectif et de viser l'ensemble des activités du secteur privé puisqu'elle n'autoriserait l'exportation de l'accord qu'à une ou plusieurs branches et, en tout état de cause, pas à celles au sein desquelles une situation de carence de la négociation collective ne pourrait être rapportée¹⁶⁰⁶.

B. La conception unitaire de la notion : la mono-interprofession

255. Dans cette conception, l'interprofession est unique et transcende l'ensemble des branches d'activité¹⁶⁰⁷. Cette thèse a été essentiellement défendue en doctrine par les Professeurs Philippe Langlois et Christophe Radé mais avec une approche différente quant à l'autonomie de la notion par rapport à la question de la détermination du champ d'application de l'accord interprofessionnel. Pour le premier, la thèse de la mono-interprofession peut se concevoir dans le cadre posé par la jurisprudence sur la détermination du champ d'application de l'ANI (1), pour le second une véritable interprofession unique et universelle nécessite de dépasser ce cadre (2).

1- La thèse de la mono-interprofession liée à la détermination du champ d'application de l'ANI

256. Notion fonctionnelle. A l'instar de Jacques Barthélémy, Philippe Langlois semble accréditer l'idée que la notion d'interprofession est fonctionnelle. Elle pourrait ainsi être

¹⁶⁰⁶V. Jacques BARTHELEMY, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », *Dr. soc.* 2010, p.182. Nous rappelons toutefois que l'extension et l'élargissement des accords de retraite complémentaire, visés par le Code de la Sécurité Sociale, ne semblent pas, de prime abord, relever d'un régime spécifique par rapport au régime de droit commun du Code du travail (V. supra note n°1482). Jacques Barthélémy le reconnaît d'ailleurs lui-même dans cette étude « prospective » puisqu'il propose de faire évoluer le dispositif vers « *un régime spécial* » en ne prévoyant qu'un seul arrêté d'extension-élargissement (officialisant ainsi la pratique du ministre de la Sécurité sociale compétent pour ces procédures) et en instaurant une procédure tacite dans un délai de quatre mois suivant la date de dépôt de l'accord. Malgré tout, comme nous l'avons précédemment souligné, la spécificité vient du fait que la loi confère au couple extension-élargissement - et plus particulièrement à l'élargissement - une vocation particulière dans le cas précis des accords de retraite complémentaire, comme elle le fait pour l'agrément des accords d'assurance chômage, puisqu'elle érige ces instruments en véritable condition suspensive d'applicabilité de l'accord et permet à ce dernier d'acquérir le même champ que le régime légal de protection sociale qu'il est chargé de mettre en œuvre (V. étude 212 supra).

¹⁶⁰⁷L'universalité de l'interprofession, c'est-à-dire sa capacité à atteindre toutes les branches, conditionne logiquement l'unicité de la notion. La thèse pluraliste s'appuie en effet sur l'idée que puisque l'interprofession n'est pas universelle, rien n'empêche de considérer que d'autres interprofessions existent. Dans l'approche unitaire, l'universalité de l'interprofession postule nécessairement son unicité.

mobilisée dans le droit de la négociation collective mais également dans le droit de la formation professionnelle et revêtir une nature différente selon les textes concernés. Dans le domaine de la formation professionnelle, le Professeur Langlois cite l'ancien article R. 6332-4 du Code du travail qui visait l'agrément des organismes collecteurs paritaires (OPCA) et dont l'alinéa 2 disposait qu'un accord « *détermine le champ d'intervention géographique et professionnel ou interprofessionnel de l'organisme collecteur* ». Pour l'auteur, « *ce champ interprofessionnel pourrait ne pas être celui des accords interprofessionnels du Livre II ou du chapitre préliminaire du Code du travail, si de bons arguments pouvaient justifier une pluralité des champs interprofessionnels pour le financement de la formation professionnelle* »¹⁶⁰⁸...

Nous soulignons que cet article a été abrogé suite à la parution de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel - qui a supprimé les OPCA et créé les OPCO¹⁶⁰⁹ - mais que les actuels articles R. 6332-3 et R. 6332-8 du Code du travail disposent respectivement, en des termes quasiment identiques, que « *L'accord mentionné au premier alinéa du III de l'article L. 6332-1-1 détermine le champ d'intervention professionnel ou interprofessionnel de l'opérateur de compétences, ainsi que, le cas échéant, la présence et la capacité d'intervention de ce dernier dans les territoires d'outre-mer* » et que « *L'accord de constitution d'un opérateur de compétences mentionné au premier alinéa du III de l'article L. 6332-1-1 détermine son champ d'intervention professionnel ou interprofessionnel, ainsi que les conditions de sa gestion* ». Le Code du travail souligne donc, à deux reprises, que l'accord constitutif d'un OPCO doit déterminer le champ d'intervention de ce dernier et que ce champ d'intervention peut être professionnel ou interprofessionnel. La loi ne règle pas directement la question de savoir s'il ne peut exister qu'un OPCO interprofessionnel ou s'il peut y en avoir plusieurs mais en indiquant que l'accord constitutif d'un OPCO interprofessionnel doit déterminer son champ d'intervention, les dispositions précitées autoriseraient à envisager la coexistence de plusieurs OPCO interprofessionnels¹⁶¹⁰.

L'accord constitutif de l'OPCO est certes un accord spécifique que certains auteurs ne considèrent pas comme un accord collectif puisque son objet est de créer une association et non d'organiser les relations entre employeurs et salariés¹⁶¹¹. L'article L. 6332-1-1 du Code du travail précise à son propos que l'agrément de l'OPCO est « *subordonné à l'existence d'un*

¹⁶⁰⁸Philippe LANGLOIS in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6.

¹⁶⁰⁹V. supra notes n°s 1193 et 1534.

¹⁶¹⁰V. Jean-Marie LUTTRINGER, « La troisième naissance d'avatars dénommés OPCO », *Chronique* 145, 2019, p.5, <http://www.jml-conseil.fr>.

¹⁶¹¹V. Jean-Marie LUTTRINGER, *op. cit.*, p.2.

accord conclu à cette fin entre les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives d'une ou plusieurs branches qui composent le champ d'application de l'accord » et que « *S'agissant d'un opérateur de compétences interprofessionnel, cet accord est valide et peut être agréé même s'il n'est signé, en ce qui concerne la représentation des employeurs, que par une organisation professionnelle* ». Les branches ainsi représentées composent donc le champ d'application de l'accord constitutif, ce qui atteste d'une « *hégémonie de la logique de branche* »¹⁶¹², mais le texte ajoute que si l'OPCO est interprofessionnel, l'engagement d'une seule organisation patronale suffit pour que l'accord soit valide et agréé.

On peut dès lors s'interroger sur la portée de cette dernière précision. Si elle donne assurément une base légale à l'OPCO interprofessionnel, peut-on pour autant en déduire que chaque organisation interprofessionnelle d'employeurs peut conclure seule un accord constitutif, corroborant ainsi la possibilité de voir plusieurs OPCO interprofessionnels co-exister, ou s'agit-il d'une précision destinée à écarter un éventuel droit d'opposition d'une organisation patronale représentative à ce niveau mais non signataire qui empêcherait l'agrément, comme cela existe désormais pour l'extension¹⁶¹³ ? Il est à souligner au demeurant que le texte prend soin d'indiquer que l'accord revêtu d'une seule signature patronale est « *valide et peut être agréé* », ce qui accentue les interrogations sur la spécificité de ces accords constitutifs et sur l'objet d'une telle précision puisque la règle générale applicable dans le droit commun de la négociation collective veut qu'une convention ou qu'un accord collectif puisse être valablement signé par une ou plusieurs organisations d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement, conformément aux dispositions de l'article L. 2231-1 du Code du travail¹⁶¹⁴.

En suivant la logique du Professeur Langlois et en l'agréant de ces réflexions menées dans le nouveau cadre légal issu de la loi du 5 septembre 2018, ces dispositions spécifiques autoriseraient ainsi à envisager l'existence d'une pluralité de champs interprofessionnels propres aux accords constitutifs d'OPCO et donc au droit de la formation

¹⁶¹²Jean-Marie LUTTRINGER, *op. cit.*, p.4. L'article L. 6332-1-1 du Code du travail précise qu'une branche professionnelle ne peut adhérer qu'à un seul opérateur de compétences dans le champ d'application d'une convention collective au sens de l'article L. 2222-1.

¹⁶¹³V. C. trav., art. L. 2261-19, al.3 ; supra note n°569.

¹⁶¹⁴Nous rappelons que l'exigence d'une signature par l'ensemble des organisations représentatives dans le champ de l'accord n'existe qu'au stade de l'extension en application de l'article L. 2261-19 du Code du travail mais que le ministre peut toutefois étendre un texte qui n'a pas été signé par la totalité de celles-ci lorsque les garanties exigées par l'article L. 2261-27 du Code du travail concernant l'avis préalable de la Commission nationale de la négociation collective sont réunies.

professionnelle et à différencier cette interprofession plurielle de l'interprofession unique qui, selon l'auteur, prévaudrait dans le droit de la négociation collective.

257. L'élargissement corroborant l'unicité. Dans le domaine de la négociation collective, Philippe Langlois réfute en effet l'approche de Jacques Barthélémy et soutient que même si les textes régissant les conventions et accords collectifs sont « *muets sur la nature de l'interprofession, ils n'en envisagent pour autant qu'une seule au plan national* »¹⁶¹⁵.

Pour l'auteur, le régime unique d'extension applicable aux accords de branche et aux accords interprofessionnels ne permet pas effectivement de conclure à l'universalité et donc à l'unicité de l'interprofession. La représentativité de l'organisation patronale signataire de l'ANI étant exigée dans chaque branche, conformément aux conditions classiques de l'extension voulant que l'accord soit conclu par les organisations représentatives dans le champ d'application considéré, l'effet de cette dernière sera limité comme nous l'avons à plusieurs reprises souligné. En application de ces principes, la solution dégagée par la jurisprudence Michelin à propos du champ d'application d'un ANI étendu est identique à celle adoptée par le Conseil d'Etat à propos de la légalité d'un arrêté d'extension visant un groupement de branches¹⁶¹⁶. La limite professionnelle de l'extension d'un ANI reste ainsi subordonnée à la représentativité de l'organisation patronale interprofessionnelle signataire dans chaque branche par le biais de l'adhésion des organisations patronales représentatives au sein des branches, comme dans un simple groupement de branches au sein duquel l'engagement des organisations patronales représentatives de chaque branche détermine le périmètre de l'extension. De ce fait, si l'organisation patronale représentative de la branche n'est pas adhérente du MEDEF signataire de l'accord, cette branche n'entre pas dans le champ d'application de l'ANI et l'extension ne peut rien y changer puisqu'elle n'a d'effet qu'au sein du champ d'application de l'accord, qu'elle ne peut à elle seule modifier.

Nous soulignons que le Conseil d'Etat avait été amené à préciser que si les dispositions du Code du travail relatives à l'extension, y compris celles autorisant le ministre à étendre un texte qui n'a pas été signé par la totalité des organisations les plus représentatives intéressées¹⁶¹⁷, n'autorisent pas à « *étendre le champ professionnel ou territorial d'une convention* » ; une « *telle extension* » peut être éventuellement décidée en application des

¹⁶¹⁵Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁶¹⁶V. Philippe LANGLOIS, obs. sous CE, 15 déc. 1978, *D.* 1979, I.R., p.332 ; « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 (note sous Cass. soc., 16 mars 2005). V. études 206 et 207 supra.

¹⁶¹⁷Actuel *C. trav.*, art. L. 2261-27 1° (V. supra note n°1614).

dispositions relatives à l'élargissement¹⁶¹⁸. Pour le Professeur Langlois, c'est précisément là que se trouve l'objet de l'élargissement qui permet de franchir l'obstacle lié à la jurisprudence Michelin « *en imposant l'application de ces accords à des branches dont les organisations professionnelles n'appartiennent pas aux organisations signataires* »¹⁶¹⁹. En raison du caractère limité de l'extension, seul l'élargissement de l'ANI serait ainsi « *révéléateur* » de la fonction de l'interprofession en droit de la négociation collective avec comme question de savoir s'il « *a ou non vocation à embrasser l'ensemble des branches d'activité* »¹⁶²⁰. L'élargissement de l'ANI occupe donc une place centrale dans le débat sur les limites de l'interprofession pour Philippe Langlois, comme pour Jacques Barthélémy. Pour autant, les positions des deux auteurs divergent radicalement.

Si les dispositions du Code du travail relatives à l'élargissement des accords interprofessionnels servent à justifier la multiplicité de l'interprofession chez Jacques Barthélémy¹⁶²¹, l'interprétation qu'en donne le Conseil d'Etat justifierait l'inverse pour Philippe Langlois. Le juge administratif aurait en effet consacré la vocation de l'élargissement de l'ANI à embrasser l'ensemble des branches professionnelles, et par là-même l'universalité et donc l'unicité de l'interprofession, dans deux décisions significatives du 17 janvier 1986¹⁶²². Dans sa première décision, le Conseil d'Etat considère qu'il ne résulte pas des dispositions de l'article L. 133-12 du Code du travail (actuel L. 2261-17) que le ministre qui procède à l'élargissement d'un ANI soit tenu d'énumérer les branches dans lesquelles s'applique l'accord élargi dès lors que la condition d'absence ou de carence des organisations d'employeurs ou de salariés se trouve remplie pour chacune d'entre elles¹⁶²³. Cette dispense d'énumération montrerait bien, selon Philippe Langlois, que l'élargissement, « *qui compense le défaut de représentativité du MEDEF dans certaines branches professionnelles, a vocation à atteindre l'ensemble des branches* »¹⁶²⁴. Dans la seconde décision, le Conseil d'Etat, après avoir confirmé la dispense d'énumération, précise en outre « *qu'aucune disposition législative ne fait obstacle à la mise en oeuvre de la procédure d'élargissement prévue à l'article L. 133-12 du code du travail aux branches d'activité qui ont été expressément exclues du champ d'application d'un accord interprofessionnel étendu* ». Le domaine de l'élargissement échappe ainsi à la volonté

¹⁶¹⁸CE, 3 juin 1983, D. 1984, I.R., p.367, 1^{ère} espèce, obs. Philippe LANGLOIS.

¹⁶¹⁹Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

¹⁶²⁰Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.

¹⁶²¹V. étude 254 supra.

¹⁶²²n°55.509 (*Lebon*, p.11) ; D. 1986, I.R., p.247 ; D. 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT et n°55.715 (inédit).

¹⁶²³V. étude 210 supra.

¹⁶²⁴Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. pp.5-6.

des parties pour dépendre exclusivement du ministre. Non seulement ce dernier ne sera pas tenu d'énumérer les branches visées mais le champ de l'élargissement ne pourra, en outre, être limité par la volonté des parties. Philippe Langlois se demande même si le ministre qui décide de procéder à l'élargissement d'un ANI et qui constate une carence généralisée dans les branches d'activité qui n'ont pas été atteintes par l'arrêté d'extension, ne doit pas élargir l'accord à l'ensemble des branches pour lesquelles la carence est constatée¹⁶²⁵.

Ces précisions apportées par la Haute juridiction permettraient ainsi de soutenir que la vocation de l'ANI à régir l'ensemble des branches d'activité devient effective lors de l'élargissement, dès lors que ce dernier peut potentiellement atteindre toutes les branches dans lesquelles une situation de carence de la négociation collective est constatée¹⁶²⁶... Pour l'auteur, cette vocation s'accroîtrait lors de l'élargissement des accords interprofessionnels instituant des régimes de retraite complémentaire obligatoires, ces régimes devant, aux termes de l'article L.921-1 du Code de la sécurité sociale, mettre en place « *une solidarité interprofessionnelle et générale* ». Or, il s'agirait « *du même élargissement que celui du droit du travail, le particularisme de la procédure étant sans intérêt par rapport à la fonction de l'élargissement* »¹⁶²⁷. La généralité de l'accord interprofessionnel, acquise au stade de l'élargissement, postulerait ainsi « *l'unicité de l'interprofession* »¹⁶²⁸.

258. Interprofession réduite. Pour Philippe Langlois, la vocation générale que l'élargissement donne à l'accord interprofessionnel devrait conduire à ne réserver la participation à la négociation et à la conclusion de ces accords qu'aux organisations patronales qui ont vocation à régir l'ensemble des branches d'activité et, pour l'auteur, seul le MEDEF répondrait à cette exigence¹⁶²⁹. Le fait que l'UPA et la CPME puissent également intervenir

¹⁶²⁵V. Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

¹⁶²⁶Nous rappelons que Jacques Barthélémy soutient exactement l'inverse : l'existence même d'une procédure d'élargissement dans le Code du travail démontre que l'ANI n'a pas vocation à régir l'ensemble des branches d'activité et la rédaction de l'article L. 2261-17 3° de ce même code (L. 133-12 3° anc.) confirmerait cela. En autorisant l'élargissement de l'accord interprofessionnel dans « *une ou plusieurs* » branches d'activité, le texte sous-entendrait en effet qu'il ne peut les viser toutes (V. étude 254 supra).

¹⁶²⁷Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6. Nous rappelons, là encore, l'opinion divergente de Jacques Barthélémy qui considère que le dispositif spécifique mis en place par le Code de la sécurité sociale disqualifie la procédure d'élargissement du Code du travail (V. étude 254 supra). Nous rappelons également que ces deux auteurs se sont opposés plus globalement dans le débat doctrinal inauguré par Paul Durand concernant l'application des règles du droit du travail aux conventions collectives de sécurité sociale (Jacques Barthélémy rejoignant la position de Jean Jacques Dupeyroux sur l'inadaptation des règles des conventions et accords collectifs régissant les rapports de travail aux spécificités des régimes conventionnels de protection sociale complémentaire ; Philippe Langlois soutenant au contraire que le droit applicable aux accords collectifs régissant la protection sociale complémentaire est celui classique des conventions et accords collectifs régissant les conditions de travail et les garanties sociales du Code du travail ; V. étude 117 supra, spéc. notes n°s 762 et 770).

¹⁶²⁸*Ibidem*.

¹⁶²⁹V. Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640.

dans la négociation nationale interprofessionnelle et soient représentatives à ce niveau, alors qu'elles ne représentent que certaines catégories d'entreprises en fonction de leur taille, ne serait toutefois pas un problème pour l'unicité de l'interprofession dès l'instant où elles sont présentes dans l'ensemble des branches. Il suffirait alors d'admettre que l'interprofession peut être « *réduite à l'artisanat ou aux petites et moyennes entreprises, dès lors qu'elle est générale quant aux branches d'activité* »¹⁶³⁰. Ceci exclurait, contrairement à ce que soutient Jacques Barthélémy, l'existence d'une « *interprofession pour les professions libérales ou l'agriculture qui, par définition, n'ont pas une vocation générale* »¹⁶³¹.

2- La thèse de la mono-interprofession autonome

259. Institutionnalisation. Pour Christophe Radé, l'adoption de dispositions communes aux conventions de branche et aux accords interprofessionnels dans le Code du travail justifiait, dans le passé, une « *conception protéiforme et aléatoire de l'interprofession* »¹⁶³². Or, la loi du 4 mai 2004, dans son volet relatif au dialogue social et, plus encore, la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, auraient « *changé la donne en institutionnalisant le niveau national et interprofessionnel comme un niveau à part entière de négociation, soumis à des règles qui lui sont propres* »¹⁶³³. En visant, au singulier, « *la* » négociation nationale et interprofessionnelle, ainsi que « *le* » niveau national et interprofessionnel, l'article L.1 du Code du travail accrédirait ainsi la thèse « *d'une interprofession devenue elle-même unique* »¹⁶³⁴. Ceci serait d'autant plus vrai qu'en associant la négociation nationale interprofessionnelle au processus d'élaboration des lois en matière

¹⁶³⁰Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6. Le Professeur Philippe Langlois indique cependant que la pratique voulant que la CPME et l'UPA soient présentes dans les négociations interprofessionnelles, alors qu'elles n'ont aucune vocation à représenter les grandes entreprises, constitue « *une altération* » de la vocation générale qui devrait être exigée des organisations patronales à ce niveau et qu'elle n'est justifiée que par le fait qu'elles représentent des entreprises présentes dans l'ensemble des branches professionnelles. Pour l'auteur, leur vocation à participer aux négociations interprofessionnelles ne devrait ainsi être qu'une « *vocation de complément* » et le seul fait qu'elles ne représentent pas toutes les entreprises des branches professionnelles devrait « *interdire qu'un accord professionnel soit conclu en l'absence du MEDEF* » (Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 et spéc. p.642).

¹⁶³¹*Ibidem*. Nous précisons que les professions libérales ont depuis rejoint l'interprofession en raison de l'alliance entre l'UNAPL et l'UPA au sein de l'U2P (V. infra).

¹⁶³²Christophe RADE in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4.

¹⁶³³*Ibidem*. Nous rappelons toutefois que les dispositions de la loi du 4 mai 2004 dissociant les règles de validité des accords interprofessionnels et des accords de branche n'ont constitué qu'une parenthèse légale sur laquelle la loi du 20 août 2008 est revenue (V. études 144 et 145 supra).

¹⁶³⁴*Ibid.*

sociale, l'article L.1 suggère que désormais les organisations patronales désignées par les pouvoirs publics comme représentatives à l'échelon national et interprofessionnel ont « *une vocation aussi générale que celle du Législateur en matière sociale* », et qu'elles « *seraient donc bien représentatives sur le plan national et interprofessionnel, et donc pour tous les secteurs d'activité* »¹⁶³⁵.

Tout en reconnaissant que « *la loi n'a pas directement pris parti sur l'existence d'une interprofession unique, entité rassemblant tous les secteurs d'activités et plus largement l'ensemble des entreprises françaises, dans leur immense diversité* », le Professeur Christophe Radé propose donc de « *considérer que ces réformes postulent désormais l'existence d'une interprofession unique ou/et qu'elles l'impliquent nécessairement* »¹⁶³⁶.

260. Restriction de l'extension. Christophe Radé soutient que les règles gouvernant l'application des accords interprofessionnels découlent de la conception protéiforme de l'interprofession qu'il conviendrait désormais de dépasser¹⁶³⁷. En effet, en procédant par analogie avec le régime légal des accords de branche où l'extension est subordonnée à la signature d'une organisation patronale représentative au sein de la branche, la jurisprudence adopte une position restrictive sur la portée de l'extension des accords interprofessionnels. C'est bien en ce sens qu'a statué la Cour de cassation dans l'arrêt Michelin rendu en 2005 : après avoir constaté que l'organisation patronale signataire de l'accord interprofessionnel en cause (le MEDEF) n'était pas représentative dans la branche du caoutchouc, et que l'organisation représentative de cette branche, qui n'était pas l'une de ses adhérentes, n'avait pas signé l'accord, la chambre sociale a considéré que celui-ci ne pouvait par conséquent pas s'appliquer dans la branche. Pour l'auteur, cette solution, dégagée dans un différend concernant l'application d'un accord étendu, « *peut se concevoir juridiquement à condition de considérer, et de traiter, l'accord interprofessionnel comme un accord interbranches, car l'extension ne saurait produire effet dans une branche lorsque l'organisation patronale signataire n'y est pas représentative et donc pas à même de défendre les intérêts spécifiques de ses entreprises* »¹⁶³⁸.

Dans son commentaire de l'arrêt Michelin, Franck Héas semble également regretter cette restriction apportée aux effets de l'extension. Analysant différemment la question, l'auteur considère qu'en précisant que l'extension ne doit produire son plein effet qu'à l'égard des employeurs dont les organisations patronales sont représentatives, la Cour de Cassation aurait

¹⁶³⁵Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.287.

¹⁶³⁶Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4.

¹⁶³⁷V. Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284.

¹⁶³⁸Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.285.

procédé à un ajout au texte de l'article L. 133-8 du Code du travail (actuel L. 2261-15), « *qui ne limite nullement la portée d'un arrêté d'extension selon la représentativité ou l'absence de représentativité des parties patronales signataires* »¹⁶³⁹. En effet, la représentativité des signataires conditionne la procédure de l'extension. Cette exigence découle de l'article L. 2261-19 du Code du travail (L. 133-1 anc.) qui dispose que la commission paritaire au sein de laquelle l'accord susceptible d'extension doit être négocié et conclu doit être composée « *de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* »¹⁶⁴⁰. La représentativité des organisations signataires appréciée dans le champ d'application de l'accord est donc une condition essentielle pour que l'extension soit prononcée, mais une fois cette mesure intervenue la représentativité ou l'absence de représentativité de la partie patronale ne devrait plus interférer selon l'auteur. Franck Héas en conclut que, si sur un plan strictement juridique, un acte dont les conditions de validité ne sont pas remplies ne peut normalement recevoir application, il en est différemment pour l'extension qui demeurera valable mais dont les effets pourront être réduits dès lors que ces conditions ne sont pas pleinement réunies¹⁶⁴¹.

261. Détermination du champ d'application. Pour le Professeur Radé, la Cour de Cassation aurait par ailleurs déduit, dans l'affaire Michelin, des effets encore plus radicaux de la représentativité des organisations patronales présentes au niveau national sur la détermination du champ d'application professionnel des accords, qui se limiterait en réalité aux seuls secteurs dans lesquels ces organisations patronales sont représentatives. Rappelant un des attendus de principe¹⁶⁴², l'auteur estime en effet que la Cour aurait ainsi « *justifié l'inapplication d'un accord interprofessionnel étendu signé par le MEDEF dans une branche où l'organisation patronale représentative n'en était pas adhérente, non par les limites propres à l'extension, mais bien par celles concernant le champ d'application de l'accord* »¹⁶⁴³.

¹⁶³⁹Franck HÉAS, comm. sous Cass. Soc., 16 mars 2005, *JCP E* 2005, 699.

¹⁶⁴⁰V. étude 206 supra.

¹⁶⁴¹Nous rappelons que les conditions de l'extension, notamment la représentativité des organisations signataires, sont vérifiées par le ministre préalablement au prononcé de celle-ci puis par le juge administratif lors d'un éventuel contentieux sur la légalité de l'arrêté d'extension. L'appréciation de la légalité de l'arrêté d'extension relève en effet de la compétence du juge administratif. Le juge judiciaire reste quant à lui compétent pour tout ce qui concerne l'accord lui-même (V. études 85 et 86 supra). Dans l'affaire Michelin, le juge judiciaire s'est prononcé sur l'application d'un ANI étendu et a donc considéré, à cette occasion, que l'extension demeurerait mais que sa portée pouvait être limitée.

¹⁶⁴²« *Et attendu que la cour d'appel, qui retient que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'était ni signataire, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire de l'accord objet de l'arrêté d'extension, en a exactement déduit que la branche du caoutchouc et des polymères n'entrait pas dans le champ d'application de l'accord du 17 mars 1975 que l'arrêté d'extension ne pouvait à lui seul modifier* ».

¹⁶⁴³Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.286.

262. Anachronisme. La conception de l'accord interprofessionnel telle que dégagée par l'arrêt Michelin paraît « *discutable* »¹⁶⁴⁴ selon Christophe Radé. Cette « *analyse classique* »¹⁶⁴⁵ reposerait sur des interprétations erronées. En premier lieu, le présupposé qui voudrait que le MEDEF ne puisse représenter à lui seul les intérêts de l'ensemble des branches pourrait être démenti par une « *analyse strictement juridique* »¹⁶⁴⁶ des statuts de l'organisation, qui lui confèrent une vocation généraliste¹⁶⁴⁷. Ses unités territoriales, dénommées « MEDEF territoriaux », illustrent cette vocation, selon l'auteur, puisqu'elles comptent parmi leurs adhérents des entreprises issues de tous secteurs et de toutes branches, y compris d'artisans, de professionnels libéraux ou d'agriculteurs¹⁶⁴⁸. En second lieu, en se basant sur la seule vocation de la partie patronale aux négociations interprofessionnelles, non seulement l'analyse classique ignorerait la vocation généraliste des organisations syndicales de salariés mais elle mélangerait et confondrait, en outre, la question du « *champ d'application des accords* » et celle de leurs « *modalités d'application* »¹⁶⁴⁹. Ces deux dernières questions doivent pourtant être bien distinguées, selon le Professeur Radé, puisque « *la première concerne une caractéristique de l'accord lui-même alors que la seconde lui est extérieure puisqu'elle tient aux parties contractantes* »¹⁶⁵⁰. En poursuivant le raisonnement, il convient alors de considérer que, dès l'instant les partenaires sociaux sont en droit de déterminer eux-mêmes le champ d'application territorial et professionnel des ANI qu'ils concluent, en l'absence de stipulations particulières dans l'accord, « *celui-ci s'applique sur l'ensemble du territoire "national" et de manière "interprofessionnelle", c'est-à-dire en réalité à tous les secteurs d'activité professionnelle* »¹⁶⁵¹. L'argument tiré de l'existence d'un régime d'élargissement de l'accord interprofessionnel - qui ne trouverait sa raison d'être que dans le caractère nécessairement limité du champ d'application de l'accord - ne semble nullement décisif pour l'auteur dans la mesure où le Code du travail autorise les parties signataires d'un accord interprofessionnel à en restreindre le champ d'application professionnel ; dans cette hypothèse, seul un élargissement de l'accord serait donc

¹⁶⁴⁴*Ibidem.*

¹⁶⁴⁵*Ibid.*

¹⁶⁴⁶*Ibid.*

¹⁶⁴⁷V. supra note n°1350.

¹⁶⁴⁸Les MEDEF territoriaux rassemblent les entreprises d'un même territoire sur une base interprofessionnelle, contrairement aux fédérations professionnelles adhérentes du MEDEF qui sont par définition structurées par branche (V. <https://www.medef.com/fr>). La CPME dispose d'une organisation similaire avec des unités territoriales revendiquant l'adhésion de petites et moyennes entreprises issues de tous les secteurs et des fédérations professionnelles adhérentes (V. <https://www.cpme.fr>).

¹⁶⁴⁹Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.286.

¹⁶⁵⁰*Ibidem.*

¹⁶⁵¹*Ibid.*

« de nature à en permettre une application véritablement interprofessionnelle »¹⁶⁵². Voilà qui suffirait à justifier la présence de la procédure d'élargissement de l'accord interprofessionnel, « sans qu'il soit nécessaire d'aller découvrir une réserve implicite à son champ d'application »¹⁶⁵³. Une fois réglée la question du champ d'application, qui devrait donc être considéré « comme général dès lors que les parties à l'accord n'ont pas fait usage de leur pouvoir de définition »¹⁶⁵⁴, viendrait ensuite la question de son application aux entreprises qui devrait tenir compte des éventuelles dispositions figurant dans les statuts des organisations patronales. Ainsi, en application de l'article 1^{er} de ses statuts¹⁶⁵⁵, le MEDEF aurait reçu un « mandat général de négociation » incluant « nécessairement les secteurs agricoles et des professions libérales, puisqu'il ne les exclut pas, sauf à ce que les adhérents de ces secteurs qui "entendent s'exclure du champ d'application des accords (fassent) connaître leur décision avant signature" aux instances du Mouvement »¹⁶⁵⁶.

L'auteur en conclut que le refus de considérer l'existence d'une interprofession unique reposerait donc « pour l'essentiel sur des considérations sociologiques » tenant « à la fois à l'hétérogénéité du tissu économique et à la vocation historiquement limitée des organisations patronales », dont aucune d'entre elles n'aurait « la légitimité nécessaire pour prétendre représenter à elle seule les intérêts de l'ensemble des branches professionnelles » alors que cette affirmation pourrait être démentie au moins pour le MEDEF et la CPME qui seraient des organisations inter-catégorielles, contrairement à l'UPA, l'UNAPL ou le FNSEA qui seraient simplement « catégorielles »¹⁶⁵⁷. Parallèlement, le régime de l'accord interprofessionnel, calqué sur celui de l'accord de branche, serait un régime « anachronique »¹⁶⁵⁸ qu'il conviendrait de faire évoluer.

263. Autonomie catégorielle. Le Professeur Radé plaide pour la reconnaissance d'une « autonomie catégorielle » des accords interprofessionnels qui doit « nécessairement conduire à repenser la question de leur application et des principes qui doivent guider la détermination de leurs effets, et ce sans référence au régime des accords de branche »¹⁶⁵⁹. Dès lors, lorsqu'une organisation patronale reconnue comme étant représentative à l'échelon national et

¹⁶⁵²Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.287.

¹⁶⁵³*Ibidem* (contra Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. p.568, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.5.).

¹⁶⁵⁴*Ibid.*

¹⁶⁵⁵V. <https://www.medef.com>.

¹⁶⁵⁶Christophe RADE, *op. cit.*

¹⁶⁵⁷Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6.

¹⁶⁵⁸Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.286.

¹⁶⁵⁹*Idem*, p.287.

interprofessionnel conclurait un accord, celui-ci devrait par conséquent « *avoir vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national et à toutes ses entreprises adhérentes, quelle que soit la branche professionnelle* »¹⁶⁶⁰. En poursuivant dans la même logique, l'extension de l'accord conduirait à une systématisation de son application, dans son champ d'application, à toutes les entreprises comprises sur le territoire national, « *sans qu'il faille passer par le truchement d'une représentativité vérifiée dans chaque branche concernée, puisque la représentativité à l'échelon interprofessionnel aurait été établie* » et l'élargissement ne serait alors plus nécessaire que « *dans l'hypothèse où les partenaires sociaux ont entendu limiter expressément le champ d'application professionnel de l'accord* »¹⁶⁶¹. Pour l'auteur, « *cette interprétation très large des effets de l'extension, fondée sur une conception autonome du niveau interprofessionnel, permettrait d'ailleurs de traiter de manière symétrique les syndicats de salariés et les organisations patronales, dont la représentativité sur le plan interprofessionnel aurait désormais la même signification, et de ne plus faire dépendre la question du champ d'application de l'accord interprofessionnel de la seule vocation des organisations patronales, sans considération pour les syndicats de salariés qui ne sont pas confrontés aux mêmes limites sociologiques* »¹⁶⁶².

Il s'agirait donc d'abandonner la solution retenue par l'arrêt Michelin du 16 mars 2005 qui semble fondée sur l'existence d'un régime unique d'extension applicable aux accords de branche et aux accords interprofessionnels mais qui ignorerait la dimension généraliste de certaines organisations patronales. Par ailleurs, en faisant dépendre la détermination du champ d'application de l'ANI de la représentativité des organisations patronales signataires dans les branches, cette solution conduirait, selon le Professeur Radé, « *à exclure l'application de l'accord dans des entreprises pourtant adhérentes du Medef (entendre : adhérente d'une des composantes du Medef) sous prétexte que cette organisation ne serait pas représentative dans la branche d'activité à laquelle cette entreprise adhérente appartient, et ce, alors qu'elle a été représentée par le Medef lors de la conclusion de cet accord* »¹⁶⁶³.

La dispense d'énumération des branches dans la définition du champ d'application de l'accord interprofessionnel¹⁶⁶⁴ ou lors de son élargissement¹⁶⁶⁵ conforterait au demeurant l'idée

¹⁶⁶⁰Idem, p.287.

¹⁶⁶¹Idem, p.287.

¹⁶⁶²Idem, p.287.

¹⁶⁶³Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.8.

¹⁶⁶⁴V. Cass. soc., 21 oct. 2009, *JCP S* 2010, 1039, comm. Alexis BUGADA (supra note n°1341).

¹⁶⁶⁵CE, 17 janv. 1986, n°55.509 (*Lebon*, p.11) ; *D.* 1986, I.R., p.247 ; *D.* 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT (supra note n°1622).

d'envisager l'autonomie de l'ANI par rapport aux règles visant les accords de branche, tout en accréditant « *la thèse d'une application universelle* »¹⁶⁶⁶ de celui-ci.

Débarrassée de la méthode de détermination du champ d'application de l'ANI issue de l'analyse classique¹⁶⁶⁷, cette thèse permettrait de transcender réellement toutes les branches d'activité et de faire ainsi véritablement prévaloir une « *conception globale et unitaire de l'interprofession* »¹⁶⁶⁸.

Section 2. Les limites des éléments de définition communément admis

264. Nous venons de voir que les éléments communément admis pour définir l'interprofession se fondent sur le champ d'application professionnel de l'ANI, et plus particulièrement sur les techniques juridiques d'expansion de ce champ, qui devraient permettre à l'accord d'embrasser l'ensemble des branches d'activité. Les opinions divergentes des plus éminents spécialistes témoignent toutefois de la difficulté à cerner précisément les contours de l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI et nous autorisent à dresser les limites de cette approche (§ 1), avant d'envisager si d'autres voies sont possibles (§ 2).

¹⁶⁶⁶Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.287 (note de bas de page n°30)

¹⁶⁶⁷Nous rappelons que dans la conception unitaire de l'interprofession défendue par Philippe Langlois, la solution dégagée par la jurisprudence Michelin demeure et donc que la méthode de détermination du champ d'application de l'ANI reste subordonnée à la représentativité de l'organisation patronale interprofessionnelle signataire dans chaque branche, via le truchement de l'adhésion des organisations patronales représentatives de branche. Elle n'est donc pas autonome par rapport à cette méthode et seul l'élargissement permet de justifier l'universalité et l'unicité de l'interprofession puisqu'il permet de dépasser ce champ d'application et d'atteindre des branches dans lesquelles l'organisation patronale représentative n'est pas adhérente de l'organisation patronale interprofessionnelle signataire. Dans la thèse de la mono-interprofession « autonome », défendue par Christophe Radé, puisque la détermination du champ d'application de l'ANI ne dépend plus de l'adhésion des organisations représentatives de branche mais que ce champ doit être considéré comme général dès lors que l'accord a été signé par une organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel et que l'extension suffit à généraliser son application à toutes les entreprises françaises, l'élargissement n'est en revanche d'aucune utilité. Il pourrait même contredire cette approche (comme le soutient Jacques Barthélémy) puisque si l'extension suffit à généraliser l'application de l'accord, l'existence d'une procédure d'élargissement dans le Code du travail questionne, sauf dans le cas où les parties ont entendu expressément limiter le champ d'application de l'accord selon l'auteur.

¹⁶⁶⁸*Ibidem*.

§ 1. Les limites tenant à l'approche de l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI

265. Comme pour la branche en son temps, les contentieux nés à propos des limites professionnelles de l'extension mais également de l'élargissement - censé régler la question du caractère intrinsèquement limité du champ d'application de l'accord - ont permis d'esquisser les contours de la notion d'interprofession mais laissent, à notre sens, la question de sa définition largement ouverte. Nous examinerons ainsi les limites tenant à l'apport de l'extension de l'ANI dans la définition de l'interprofession (A) puis celles tenant à l'apport de l'élargissement (B).

A. Les limites tenant à l'apport de l'extension

266. Si les limites professionnelles de l'extension de l'ANI posée par la jurisprudence fondent le débat sur la définition de l'interprofession (1), de récentes évolutions jurisprudentielles remettent en cause le rôle du juge dans cette appréciation (2).

1- Les limites professionnelles de l'extension de l'ANI

267. Effets. Nous avons vu qu'en se fondant sur l'existence d'un régime juridique unique - à propos duquel le Code du travail n'opère aucune distinction entre les accords de branche et les accords interprofessionnels - la jurisprudence a déduit que les effets de l'extension de l'ANI se limitent aux branches dans lesquelles l'organisation patronale signataire est représentative. Les deux ordres de juridiction semblent unanimes sur ce point : la légalité de l'arrêté d'extension est conditionnée par la représentativité des signataires dans le champ d'application de l'accord, donc dans chacune des branches qui le composent, et la détermination de ce champ, à défaut d'indication expresse, s'appuie sur la représentativité des organisations signataires dans les différentes branches. Dès lors, lorsque l'unique organisation patronale représentative dans la branche n'a pas elle-même signé l'accord ou n'est pas adhérente de l'organisation interprofessionnelle signataire, cette branche n'entre pas dans le champ d'application professionnel de l'accord et l'extension ne permet pas de le rendre applicable aux entreprises de cette branche, malgré la vocation très large de certaines organisations

interprofessionnelles à rassembler l'ensemble des secteurs d'activité. Les effets de l'extension se limitent ainsi au champ d'application initial de l'accord, qu'elle ne peut à elle seule modifier¹⁶⁶⁹.

268. Conséquences. La doctrine, divisée sur ce point, a déduit que puisque l'ANI, même étendu, ne s'appliquait pas à l'ensemble des branches professionnelles, la communauté professionnelle matérialisée par le champ d'application de l'accord, que l'on nomme interprofession, n'était pas universelle et que cette absence d'universalité questionnait parallèlement l'unicité de la notion. Si pour certains, tels Jacques Barthélémy, l'interprofession revêt nécessairement un caractère contingent en l'absence de définition légale et autorise à envisager l'existence plusieurs interprofessions, pour d'autres, tels Philippe Langlois, l'interprofession saisie par le droit de la négociation collective est forcément unique, même si elle revêt un caractère limité au stade de l'extension de l'ANI.

La question soulevée par ces deux auteurs est donc finalement de savoir si l'on peut déduire des limites professionnelles de l'extension de l'ANI, l'existence de plusieurs interprofessions ou, au contraire, d'une seule autour de laquelle graviteraient des branches éparses... La branche du caoutchouc, relevant pourtant d'une activité industrielle, est exclue de l'interprofession matérialisée par le champ d'application de l'ANI de 1975 sur l'amélioration des conditions de travail signé par le CNPF, tel que l'a décidé la Cour de Cassation dans l'arrêt Michelin, mais cette branche ne constitue pas à l'évidence une interprofession... Pour autant, qu'en est-il d'ensembles plus vastes tels que l'agriculture ou l'économie sociale et solidaire, qui regroupent plusieurs branches dont les organisations patronales représentatives n'adhèrent pas au MEDEF, qui ne peut donc les engager par sa seule signature ?

Christophe Radé balaye d'un trait ces difficultés en proposant de reconnaître pleinement l'autonomie catégorielle de l'ANI et de donner un plein effet à son extension sans passer par la vérification de la représentativité au sein des différentes branches dès lors que la représentativité de l'organisation patronale signataire aurait été établie au niveau national et interprofessionnel. L'accord, dont la détermination du champ d'application ne dépendrait plus de la représentativité

¹⁶⁶⁹Il s'agit là de l'application pure et simple de l'article L. 2261-15 du Code du travail qui dispose que l'extension a pour effet de rendre obligatoire les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord. Nous rappelons, toutefois, que pour Franck Héas, la Cour de Cassation aurait confondu les dispositions relatives aux conditions de l'extension, visées à l'article L. 2261-19 du Code du travail et réclamant que l'accord soit négocié et conclu au sein de la commission paritaire composée des organisations représentatives dans le champ d'application considéré, et les dispositions de l'article L. 2261-15 qui ne limitent pas expressément la portée de l'extension en fonction de la représentativité ou de l'absence de représentativité de l'organisation patronale signataire (V. Franck HÉAS, comm. sous Cass. Soc., 16 mars 2005, *JCP E* 2005, 699 ; étude 260 supra).

de l'organisation signataire dans les différentes branches, aurait ainsi vocation à s'appliquer aux entreprises adhérentes de cette organisation quelle que soit la branche d'activité et l'extension permettrait d'en généraliser l'application à toutes les entreprises du territoire national, conférant alors à la communauté professionnelle d'applicabilité de l'accord un caractère pleinement universel et par là-même unique.

Dès l'instant où ce postulat était admis, il ne restait plus, selon l'auteur, qu'à définir les règles de mesure de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel à l'instar de la réforme opérée en 2008 pour les organisations syndicales de salariés¹⁶⁷⁰.

Nous verrons toutefois que si les propositions formulées par le Professeur Radé de collecter l'audience des organisations patronales au niveau national et interprofessionnel, non pas dans l'ensemble des branches mais uniquement dans quelques unes au sein de « *secteurs clefs* »¹⁶⁷¹, ont bien été reprises par la loi du 5 mars 2014, il est permis de s'interroger sur l'apport réel de cette réforme à la question de la détermination du champ d'application de l'ANI étendu¹⁶⁷²...

Ces divergences doctrinales démontrent donc, à notre sens, que la définition de l'interprofession au travers des limites professionnelles de l'extension reste sujette à caution, ceci d'autant plus que de récentes évolutions jurisprudentielles continuent d'alimenter le doute.

2- L'évolution du contrôle juridictionnel sur le champ d'application de l'accord étendu

269. Double contrôle. Nous avons vu qu'en application du principe de séparation des pouvoirs, une limite avait été tracée, dès les années 1960, entre les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire sur le contrôle à opérer en matière de convention collective étendue¹⁶⁷³. L'extension étant formalisée par un arrêté, il appartient ainsi au ministre de vérifier, sous le contrôle du juge administratif, que les conditions de négociation et de conclusion de l'accord, telles que posée par l'article L. 2261-19 du Code de travail¹⁶⁷⁴, sont réunies et

¹⁶⁷⁰V. Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. pp.287-288.

¹⁶⁷¹Christophe RADE, *op. cit.*

¹⁶⁷²On ne peut en effet, à notre sens, déduire de la réforme de 2014 l'existence d'une présomption de représentativité dans l'ensemble des branches du territoire national pour les organisations patronales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel et nous constaterons, par ailleurs, que le législateur n'a pas donné un plein effet à cette réforme dans le droit de la négociation collective (V. infra).

¹⁶⁷³V. supra études 85 et 86.

¹⁶⁷⁴Nous rappelons que l'article L. 2261-19 du Code du travail impose que l'accord soit négocié et conclu au sein d'une commission paritaire composée des organisations représentatives dans le champ d'application considéré.

permettent son extension¹⁶⁷⁵. En revanche, il appartient au juge judiciaire de rechercher si les conditions d'application d'un accord collectif sont réunies, notamment à la suite de son extension, et de statuer en cela sur les contestations émanant d'entreprises sur l'application d'un accord étendu. C'est à propos d'une contestation de ce type que la Chambre sociale a fondé sa jurisprudence Michelin en indiquant que, dans le cadre d'un accord professionnel ou interprofessionnel étendu, le juge judiciaire devait vérifier si les employeurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial auxquels il était demandé l'application de l'accord étaient signataires de l'accord ou relevaient d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de l'accord¹⁶⁷⁶.

Or, le Conseil d'Etat a été amené à préciser par la suite que la légalité d'un arrêté d'extension est subordonnée à la condition que toutes les organisations syndicales et patronales représentatives dans les secteurs entrant dans le champ de l'accord aient été invitées à la négociation, même si elles ne l'ont pas toutes signé¹⁶⁷⁷, et que les étapes essentielles de la négociation se soient déroulées en présence de toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord¹⁶⁷⁸.

La vérification effectuée par le juge judiciaire, après un arrêté d'extension, de la représentativité des organisations patronales ayant signé l'accord dans le secteur d'activité de l'entreprise pour s'assurer de son champ d'application, constituait donc à la fois un double contrôle de cette représentativité, déjà assuré l'autorité administrative, mais générait également un risque de contradiction puisque les conditions posées par le Conseil d'Etat pour la validité de l'arrêté d'extension et par la Chambre sociale pour le champ d'application de l'accord étendu ne sont pas parfaitement identiques. En effet, comme nous venons de le rappeler, les effets de l'extension sont suspendus, pour la Chambre sociale, au fait que l'employeur relève d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de celui-ci, en application de sa jurisprudence Michelin, alors que le Conseil d'Etat réclame simplement que l'organisation patronale représentative ait été invitée à la négociation et qu'elle ait participé aux étapes essentielles de cette dernière, même si elle n'a pas au final signé l'accord.

¹⁶⁷⁵Pour un rappel récent : CE, 21 janv. 2021, n°418617 (inédit).

¹⁶⁷⁶Nous rappelons que la Chambre sociale a construit son raisonnement en déduisant que, dès lors que les organisations patronales ne bénéficiaient pas d'une présomption de représentativité, même lorsque l'accord a été étendu, le juge judiciaire devait en vérifier son champ d'application au regard de la représentativité des organisations patronales signataires. Par conséquent il devait vérifier concrètement si l'employeur, auquel il était demandé l'application de l'accord en était signataire, était adhérent d'une organisation patronale signataire, ou si l'organisation patronale signataire était représentative dans le secteur d'activité de l'employeur.

¹⁶⁷⁷V. CE, 6 déc. 2006, n°273773 (inédit).

¹⁶⁷⁸V. CE, 4 juil. 2012, n° 337698, *RJS* 2012, n°890.

270. Mise en cohérence. Dans un arrêt du 27 novembre 2019, rédigé en forme développée et destiné à la plus large publicité, la Chambre sociale de la Cour de cassation est venue mettre en cohérence sa jurisprudence avec les spécificités de la procédure d'extension. Elle a en effet estimé que *« lorsqu'il s'agit d'un accord collectif professionnel, l'arrêté d'extension suppose nécessairement, sous le contrôle du juge administratif, vérification de la représentativité dans ce champ des organisations syndicales et patronales signataires ou invitées à la négociation »* et qu'*« il y a lieu dès lors de juger désormais que le juge judiciaire n'a pas à vérifier, en présence d'un accord professionnel étendu, que l'employeur, compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord en est signataire ou relève d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de celui-ci »*¹⁶⁷⁹.

Dans sa note explicative jointe à l'arrêt¹⁶⁸⁰, la Haute juridiction précise que sa décision est prise pour *« mettre en cohérence les contrôles administratifs et judiciaires »*, tout en rappelant l'inutilité de ce *« double contrôle »* de représentativité et les risques potentiels de contradiction qu'il génère¹⁶⁸¹.

271. Réduction du périmètre de contrôle. L'arrêt du 27 novembre 2019 indique qu'au cas d'espèce, l'avenant n°37 de la convention Syntec avait expressément pour objet de rendre la convention Syntec applicable au secteur des activités d'analyses, essais et inspections techniques et que *« Dès lors que cet avenant avait fait l'objet d'un arrêté d'extension, le juge judiciaire n'avait pas à contrôler qu'il avait été signé par les organisations syndicales et patronales représentatives de ce secteur sauf, en cas de doute sérieux sur la légalité de l'arrêté d'extension, à saisir le juge administratif d'une exception d'illégalité »*. Pour la Haute juridiction, il appartenait au juge judiciaire *« seulement de vérifier si l'activité des sociétés*

¹⁶⁷⁹Cass. soc., 27 nov. 2019 (FP-P+B+R+I), *D.* 2019, p.2305 ; *JCP E* 2019, act. 805 ; *JCP G* 2019, 1333, obs. Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *RJS* 2020, n°103 ; *JCP G* 2020, 25, note Stéphane BRISSY ; *JSL* 2020, n°490, p.4, obs. Marie HAUTFORT.

¹⁶⁸⁰V. Cass., Rapport annuel 2019, livre 3, pp.145-146.

¹⁶⁸¹Comme le souligne Stéphane Brissy, la décision de la Chambre sociale répond en cela aux exigences d'une bonne administration de la justice et se rapproche sur ce point de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui a admis, au nom de cette bonne administration et au vu d'une jurisprudence établie, la compétence du juge saisi au principal sur des questions préjudicelles relevant normalement de l'autre ordre de juridiction (V. Stéphane BRISSY, *op. cit.*). Sur la jurisprudence du Tribunal des conflits : T. confl., 17 oct. 2011, n°3828, *AJDA* 2011, p.2041 ; *RFDA* 2011, p.1129, note Bertrand SEILLER ; *D.* 2011, p.3046, note Francis DONNAT ; *AJDA* 2012, p.27, note Mattias GUYOMAR et Xavier DOMINO (nous rappelons que le Conseil d'Etat utilise cette possibilité pour accueillir, lorsqu'il est saisi au principal sur la légalité d'un arrêté d'extension ou d'agrément, les contestations sur la validité d'une convention ou d'un accord collectif de travail qui relèvent normalement du juge judiciaire et devraient donc théoriquement faire l'objet d'un renvoi préjudiciel ; V. supra note n°534).

concernées par le litige relevait du secteur analyses, essais et inspections techniques, champ d'application visé par l'avenant n°37 ».

Le périmètre de contrôle du juge judiciaire se trouve dès lors réduit. Il n'a plus à vérifier la représentativité des organisations patronales signataires dans le secteur de l'employeur puisque la vérification de la représentativité des organisations signataires ou invitées à la négociation est effectuée en amont par l'autorité administrative lors de l'extension et relève du contrôle du juge administratif. Il peut tout au plus saisir ce dernier de cette question au travers d'une exception d'illégalité, si il y a un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté d'extension.

Sur le terrain des principes, l'arrêt s'appuie expressément sur la séparation des pouvoirs pour évincer la compétence du juge judiciaire en soulignant qu' *« En application du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire n'a pas compétence pour vérifier la régularité des conditions de négociation et de conclusion d'un accord collectif étendu, dès lors que ce contrôle incombe ainsi que rappelé ci-dessus au seul juge administratif dans le cadre de son contrôle de la légalité de l'arrêté d'extension »*¹⁶⁸². La position de la Cour de cassation est sur ce point similaire aux décisions prises par d'autres juridictions qui, au nom du principe de séparation des pouvoirs, interdisent au juge judiciaire de se prononcer sur une question relevant du contrôle de l'autorité administrative, au risque de remettre en cause l'appréciation portée par cette dernière¹⁶⁸³.

Le juge judiciaire doit cependant continuer de vérifier, conformément à ses attributions classiques, que l'activité principale de l'employeur entre bien dans le champ d'application de

¹⁶⁸²La Cour a pris soin de rappeler au préalable l'état du droit en citant les dispositions de l'article L. 2261-15 du Code du travail relatives aux effets de l'extension (V. supra note n°1669) mais également celles de l'article L. 2261-19 relatives aux conditions de négociation et de conclusion de l'accord étendu, réclamant la représentativité des organisations dans le champ de l'accord (V. supra note n°1674).

¹⁶⁸³Ainsi, par exemple, des contentieux relatifs aux plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) pour lesquels le Tribunal des conflits a jugé que le juge judiciaire n'est pas compétent, au stade de l'élaboration du PSE, pour se prononcer sur l'insuffisance des mesures d'évaluation et de prévention des risques psychosociaux prises par l'employeur en application de son obligation de sécurité puisque le contrôle de ces mesures doit être effectué par l'administration du travail avant de valider ou homologuer le PSE et qu'il n'appartient qu'au juge administratif de connaître les contestations de la décision prise par l'autorité administrative (T. confl., 8 juin 2020, n°4189, *AJDA* 2020, p.2061 ; *D.* 2020, p.2312, obs. Stéphane VERNAC et Ylias FERKANE). De même, toujours en matière de PSE, le Conseil d'Etat a considéré qu'il appartient à l'administration, saisie d'une demande de validation d'un accord d'entreprise portant plan de sauvegarde de l'emploi, de vérifier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que l'accord d'entreprise qui lui est soumis a été régulièrement signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives lors du premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise. Le Conseil a indiqué qu'à ce titre, il incombe à l'administration de vérifier que le ou les syndicats signataires satisfont aux critères de représentativité énoncés par l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de la transparence financière, ce qui revient à élargir le champ du contrôle administratif et à réduire corrélativement le domaine d'intervention du juge judiciaire en la matière (V. CE, 6 avr. 2022, n°444460, *RDT* 2022 p.307, note Frédéric GÉA ; *SSL* 2022, n°1997, p.5, concl. Raphaël CHAMBON).

l'accord, mais il s'agit là désormais de son unique office lors d'un litige portant sur le champ d'application d'un accord collectif étendu.

272. Portée. La Chambre sociale prend soin toutefois d'indiquer dans sa note explicative que sa décision du 27 novembre 2019 constitue un revirement partiel de sa jurisprudence antérieure. L'attendu de principe ne mentionne en effet que l'« *accord collectif professionnel* »¹⁶⁸⁴ et la Haute juridiction précise dans la note : « *S'agissant plus particulièrement des accords professionnels, dont le champ d'application est nécessairement le ou les secteurs d'activité pour lesquels le juge administratif s'est assuré de la représentativité des organisations patronales invitées à la négociation, la superposition des contrôles n'avait pas de justification. D'ailleurs, si l'attendu de principe des arrêts de la chambre sociale visait indistinctement la vérification à effectuer pour les accords professionnels et interprofessionnels, la quasi-totalité des décisions concernait des accords interprofessionnels. Pour mettre en cohérence les contrôles administratifs et judiciaires, la chambre sociale décide donc, dans la décision du 27 novembre 2019, d'opérer un revirement partiel et d'affirmer que, lorsqu'il est saisi du champ d'application d'un accord professionnel, le juge judiciaire n'a pas à vérifier la représentativité des organisations patronales signataires dans le secteur d'activité de l'employeur* »¹⁶⁸⁵.

Les accords interprofessionnels ne seraient donc pas visés par cette solution de principe, même si au cas d'espèce le litige concernait un avenant à une convention de branche.

273. Alignement. Malgré les précautions entourant la diffusion de l'arrêt du 27 novembre 2019, les magistrats de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ont transposé la solution dans une affaire concernant un accord interprofessionnel applicable en outre-mer¹⁶⁸⁶.

Compétente sur les litiges afférents à l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, la deuxième chambre civile était saisie d'une question se rapportant à l'exonération d'une prime à caractère exceptionnel versée en application des dispositions de la loi 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer¹⁶⁸⁷. Comme l'exige ce texte dans son article 3¹⁶⁸⁸, le bonus exceptionnel versé aux travailleurs de la Réunion résultait d'un accord régional interprofessionnel, conclu selon les modalités prévues

¹⁶⁸⁴V. étude 270 supra.

¹⁶⁸⁵Cass., Rapport annuel 2019, livre 3, p.146.

¹⁶⁸⁶Cass. civ., 12 mars 2020, *RJS* 2020, n°247.

¹⁶⁸⁷V. supra note n°1333.

¹⁶⁸⁸V. note préc.

à l'article L. 2232-2 du code du travail, le 25 mai 2009, entre le MEDEF et cinq organisations représentatives des salariés. L'accord avait ensuite été étendu par un arrêté du ministre du Travail du 27 juillet 2009¹⁶⁸⁹, dont la légalité avait été contestée en vain devant le juge administratif¹⁶⁹⁰.

En l'espèce, la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion avait entendu réintégrer dans les bases de la CSG et de la CRDS dues par une entreprise de transport le montant de la prime que celle-ci aurait dû verser à chacun de ses salariés en application de l'accord collectif du 25 mai 2009¹⁶⁹¹. Or, l'entreprise contestait le redressement au motif que l'accord, même étendu, ne lui était pas applicable et que le versement de cette prime ne lui était donc pas opposable. Après avoir rappelé que l'arrêté d'extension du ministre a pour effet de rendre obligatoires les dispositions d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les employeurs compris dans son champ d'application professionnel et territorial, dont les organisations patronales sont représentatives à la date de la signature de l'accord, la Cour d'appel avait donné raison à l'entreprise en retenant que l'arrêté d'extension du 27 juillet 2009 ne lui était pas applicable, dès lors qu'il était établi et non discuté que le MEDEF est seul signataire de l'accord du 25 mai 2009 et que la société est adhérente du syndicat FNTR (Fédération nationale des transporteurs routiers) dont l'adhésion au MEDEF n'est pas invoquée ni établie¹⁶⁹².

C'est cette décision que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation casse au visa des dispositions de l'accord du 25 mai 2009 et de son arrêté d'extension, de l'article 3 de la loi de 27 juillet 2009 mais également de l'article L. 2261-15 du Code du travail relatif aux effets de l'extension. La Haute juridiction indique en effet, dans son arrêt du 12 mars 2020, que la Cour d'appel a statué sur des motifs inopérants et a violé en cela les textes susvisés, alors *« qu'il lui appartenait seulement de déterminer si la société était comprise dans le champ d'application professionnel de l'accord étendu du 25 mai 2009 »*.

Pour la deuxième Chambre civile, dès lors que l'accord collectif interprofessionnel conclu à La Réunion a fait l'objet d'une mesure d'extension, celle-ci rend les stipulations de l'accord obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application

¹⁶⁸⁹Arr. du 27 juil. 2009 portant extension d'un accord régional interprofessionnel à La Réunion, JORF 7 août 2009.

¹⁶⁹⁰V. CE, 29 juin 2011, n°332562 (inédit).

¹⁶⁹¹La prime, dite COSPAR (Collectif des organisations syndicales et politiques de la Réunion), est exonérée, dans la limite de 1 500 € par an et par salarié, de l'ensemble des cotisations et contributions à l'exception de la CSG et de la CRDS. L'exonération n'est toutefois applicable que pour autant que la prime procède d'un accord collectif régional ou territorial interprofessionnel conclu selon les modalités prévues par l'article L 2232-2 du Code du travail, conformément aux dispositions de la loi du 27 mai 2009.

¹⁶⁹²CA Saint-Denis de la Réunion, 19 déc. 2017, ch. soc. (N.P.).

de ce dernier, conformément à la lettre de l'article L. 2261-15 du Code du travail. Dès lors, il appartient seulement au juge du fond de déterminer si l'entreprise contrôlée est comprise, compte tenu des clauses de l'accord dûment étendu, dans le champ d'application de ce dernier. Par cette décision, la deuxième chambre civile s'aligne donc sur la chambre sociale de la Cour de cassation qui a cantonné, dans l'arrêt du 27 novembre 2019, le rôle du juge judiciaire à la vérification de l'activité de l'entreprise au regard du champ d'application de l'accord étendu. Elle applique toutefois la solution à un accord interprofessionnel, certes propre à l'outre-mer mais l'arrêt semble revêtir une portée de principe.

274. Confirmation. La position prise par la deuxième Chambre civile, dans son arrêt du 12 mars 2020, constitue-t-elle une remise en cause complète de la jurisprudence Michelin ?

C'est en ces termes que le problème pourrait être posé si l'on estime qu'un doute subsistait dans l'esprit des magistrats de la Chambre sociale sur la portée de leur revirement opéré en 2019. Outre que le caractère partiel du revirement était expressément lié à la catégorie des accords professionnels dans la note explicative produite par les Hauts magistrats¹⁶⁹³, la Cour avait pris soin de préciser, après avoir statué sur le principe de séparation des pouvoirs, qu'« *En revanche, il appartient au juge judiciaire de statuer sur les contestations pouvant être élevées par une ou plusieurs entreprises déterminées sur le champ d'application sectoriel d'un accord interprofessionnel étendu, dès lors que ce dernier ne précise pas ce champ* ». Par ce rappel, la Chambre sociale visait directement le cas d'espèce soulevé dans l'arrêt Michelin qui concernait un ANI étendu ne précisant pas son champ d'application et qui nécessitait donc des investigations du juge judiciaire pour la détermination de celui-ci. Or, il en va différemment des accords professionnels dont le champ d'application est nécessairement le ou les secteurs d'activité pour lesquels le juge administratif s'est assuré de la représentativité des organisations patronales invitées à la négociation, en application de l'article L. 2261-19 du Code du travail, et qui rend donc la superposition des contrôles inutile, voire dangereuse.

Dans un arrêt du 9 juin 2021, la Chambre sociale est venue confirmer que le juge judiciaire reste compétent pour statuer sur les contestations portant sur le champ d'application sectoriel d'un accord interprofessionnel étendu, dès lors que ce dernier ne précise pas ce champ, tout en précisant sa jurisprudence¹⁶⁹⁴.

En l'espèce, un accord régional interprofessionnel, dit « Jacques Bino », signé le 26 février 2009 et étendu par arrêté ministériel du 3 avril 2009, prévoyait l'application de ses

¹⁶⁹³V. étude 272 supra.

¹⁶⁹⁴Cass. soc., 9 juin 2021, D. 2021, p.1137 ; RJS 2021, n°472.

dispositions « *sur l'ensemble du territoire de la région Guadeloupe pour toutes les entreprises et établissements du secteur privé employant des salariés sous contrat de droit privé* », sans référence à une activité économique. L'employeur soutenait que, en conséquence, le champ d'application de l'accord dépendait des organisations patronales signataires et que, faute pour le juge de rechercher et constater qu'il était adhérent d'une de ces organisations, ou que l'une des organisations patronales représentatives du secteur d'activité de l'hôtellerie dont il relevait était signataire de cet accord ou adhérente d'une organisation patronale signataire dudit accord, celui-ci ne lui était pas applicable¹⁶⁹⁵.

La Chambre sociale a toutefois jugé que le moyen soulevé par l'employeur était infondé au motif qu'il appartenait à ce dernier de « *démontrer que l'organisation patronale représentative de cette branche [la branche dont relève l'employeur compte tenu de son activité] n'est pas adhérente d'une des organisations patronales interprofessionnelles ayant signé l'accord interprofessionnel* ».

Après avoir réaffirmé expressément dans un des attendus - comme elle l'avait fait en 2019 - qu'« *il appartient au juge judiciaire de statuer sur les contestations pouvant être élevées par une ou plusieurs entreprises déterminées sur le champ d'application sectoriel d'un accord interprofessionnel étendu, dès lors que ce dernier ne précise pas ce champ* », la Chambre sociale décide donc que, désormais, c'est à l'employeur qui conteste l'application d'un tel accord dans la branche d'activité dont il relève de prouver que l'organisation patronale représentative de cette branche n'est pas adhérente d'une des organisations patronales interprofessionnelles ayant signé l'accord. Tout en restant compétent, le juge judiciaire saisi d'une contestation sur l'applicabilité d'un accord interprofessionnel étendu n'aurait donc désormais qu'à s'assurer que l'employeur apporte bien la preuve que l'organisation représentative de sa branche n'est pas

¹⁶⁹⁵La Chambre sociale de la Cour de Cassation s'était déjà prononcée une première fois dans cette affaire sur pourvoi des salariés qui s'étaient vu refuser l'application de l'accord Bino par les juges du fond. La Haute juridiction avait alors cassé l'arrêt de la Cour d'appel (CA Basse-Terre, 18 nov. 2013, ch. soc.) en reprochant à cette dernière d'avoir considéré que l'accord n'était pas applicable à la société employeur aux seuls motifs qu'elle n'était adhérente d'aucune organisation syndicale signataire et n'avait pas signé d'accord d'entreprise stipulant l'application de l'accord Bino. Après avoir rappelé l'attendu de principe de sa jurisprudence Michelin, la Chambre sociale avait souligné que la Cour d'appel ne pouvait se déterminer comme elle l'avait fait, « *sans rechercher si une organisation patronale représentative du secteur d'activité dont relevait l'employeur n'était pas signataire de l'accord régional interprofessionnel ou adhérente d'une organisation patronale signataire de ce même accord* » (Cass. soc., 6 avr. 2016, RJS 2016, n°438). La chambre sociale de la Cour de cassation confirmait ainsi qu'en présence d'un accord interprofessionnel ne précisant pas son champ d'application, il appartenait au juge de rechercher si l'une des organisations patronales représentatives du secteur d'activité dont relevait l'employeur était signataire de cet accord ou adhérente d'une organisation patronale signataire dudit accord. Or, le nouvel arrêt conforme rendu par la Cour d'appel sur renvoi après cassation (CA Basse-Terre, 18 fév. 2019, ch. soc.) a fait l'objet d'un pourvoi, cette fois de l'employeur, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir considéré que l'accord lui était applicable dès lors que « *la société SHC ne produit aucun élément de nature à démontrer qu'elle ne relève pas d'une des organisations patronales représentatives du secteur d'activité signataire de cet accord et qu'elle n'est pas adhérente d'une organisation patronale signataire de ce même accord* ».

adhérente de l'organisation interprofessionnelle signataire mais il n'aurait plus à vérifier lui-même ce point. Dans sa lettre des mois de mai à juillet 2021, la Chambre sociale souligne que par cet arrêt, elle « *enrichit sa jurisprudence relative à l'office du juge judiciaire saisi d'une contestation d'un accord professionnel et interprofessionnel étendu* »¹⁶⁹⁶. Il s'agit là, très probablement, d'une volonté de démontrer la cohérence de ces différentes évolutions jurisprudentielles et de rappeler que l'allègement pratiqué en 2019 sur le contrôle du juge judiciaire ne vise pas les accords interprofessionnels, même si l'arrêt de la Chambre civile rendu en 2020 a pu semer le doute. Tout en voyant sa compétence réaffirmée, le rôle du juge judiciaire se trouve malgré tout également allégé lorsqu'une contestation s'élève sur le champ d'application d'un accord interprofessionnel étendu puisque c'est à l'employeur de démontrer que la branche dont il relève, compte tenu de son activité, n'est pas couverte par ce champ d'application en rapportant la preuve que l'organisation patronale représentative de cette branche n'est pas adhérente d'une organisation interprofessionnelle signataire.

275. Précision. On peut certes voir dans l'arrêt de 2021 un enrichissement de la jurisprudence sur le contrôle du juge judiciaire mais également une précision sur les modalités de détermination du champ d'application de l'ANI étendu. Sans modifier le principe dégagé par la jurisprudence Michelin, cet arrêt ne se contente pas en effet de réaffirmer les décisions précédentes mais il transfère cette délicate question à l'employeur qui aura la charge de démontrer que la branche dont il relève, compte tenu de son activité, n'entre pas dans le champ d'application de l'accord et que l'extension ne peut donc l'atteindre puisque celle-ci n'a d'effet qu'à l'égard des entreprises comprises dans ce champ d'application, conformément à l'article L. 2261-15 du Code du travail. Il doit pour cela démontrer que l'organisation patronale représentative dans cette branche n'est pas adhérente d'une organisation patronale interprofessionnelle signataire. A défaut d'une telle démonstration, la branche sera considérée comme comprise dans le champ d'application de l'accord et le juge judiciaire se trouvera dédouané de toute investigation complémentaire dans la détermination de ce champ.

Déjà, en 2018, la Chambre sociale avait jugé à propos d'un avenant à l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui avait fait l'objet d'une extension¹⁶⁹⁷, qu'il « *ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du Mouvement*

¹⁶⁹⁶Lettre de la chambre sociale, n°10, mai/juin/juillet 2021, p.23.

¹⁶⁹⁷Avenant n°4 du 18 mai 2009 relatif aux indemnités de rupture (V. supra note n°1495), étendu par arrêté du 26 novembre 2009 (JORF 27 nov. 2009).

des entreprises de France (le MEDEF), de l'Union professionnelle artisanale (l'UPA) ou de la Confédération des petites et moyennes entreprises (la CGPME) »¹⁶⁹⁸. Ces trois organisations patronales interprofessionnelles étant signataires de l'ANI et de son avenant, la Chambre sociale confirmait ainsi, une fois de plus, sa jurisprudence antérieure mais ajoutait une précision sur les critères que le juge devait examiner pour apprécier le champ d'application de l'ANI étendu. L'employeur en était exclu car son activité ne relevait pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente d'une des trois organisations signataires. La Haute juridiction utilisait ainsi la signature d'une convention collective de branche par une fédération patronale adhérente d'une des organisations interprofessionnelles signataires de l'ANI, comme un élément caractérisant la représentativité de cette dernière à l'égard de l'employeur. De fait, la représentativité des organisations patronales interprofessionnelles signataires de l'ANI n'était pas établie puisqu'elles n'œuvraient pas, par le biais d'une fédération adhérente signataire de la convention de branche, de manière effective au sein du secteur d'activité de l'employeur.

Il semble désormais que ce critère n'ait plus lieu d'être utilisé par le juge judiciaire puisque l'employeur devra « simplement » démontrer que l'organisation représentative dans sa branche ne compte pas parmi les adhérents des organisations signataires¹⁶⁹⁹...

276. Avenir. Dans sa note explicative de l'arrêt du 27 novembre 2019, la Chambre sociale a pris soin de rappeler que le litige concernait un accord professionnel signé et étendu avant la mise en oeuvre de la loi du 5 mars 2014 instituant les critères de représentativité des organisations patronales aux différents niveaux de négociation¹⁷⁰⁰. Cette précaution est reprise expressément dans l'arrêt du 9 juin 2021, qui souligne qu'« *Était en cause devant la cour d'appel l'accord régional interprofessionnel relatif aux salaires en Guadeloupe, dit accord « Jacques Bino », signé le 26 février 2009 par cinq organisations professionnelles d'employeurs (UMPEG, UCEG, CRTG, OPGSS et UNAPL), soit antérieurement à la première mesure de la représentativité patronale au niveau interprofessionnel effectuée en application des dispositions de l'article L. 2152-4 du code du travail, issues de la loi n° 2014-288 du 5 mars*

¹⁶⁹⁸Cass. soc., 27 juin 2018, *RJS* 2018, n°592 ; *FRS* 16/18, p.5 ; 21/18, p.15, note Jeannie CRÉDOZ-ROSIER et Inès MAROIE.

¹⁶⁹⁹Nous pouvons toutefois nous interroger sur la teneur de l'investigation que doit mener le juge judiciaire si la contestation émane de salariés à qui serait refusée l'application de l'ANI étendu. Le juge du fond doit-il continuer à vérifier la représentativité des organisations patronales signataires dans la branche dont relève l'employeur en ordonnant, si besoin, toutes les mesures d'instruction nécessaires ? A défaut, son jugement encourt-il toujours la cassation comme l'a prononcée, en pareille hypothèse, la Chambre sociale dans son arrêt du 6 avril 2016 (V. supra note n°1695) ?

¹⁷⁰⁰V. Cass., Rapport annuel 2019, livre 3, p.146

2014, qui disposent désormais que sont représentatives au niveau interprofessionnel les organisations professionnelles d'employeurs dont les organisations adhérentes sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ». Dans l'attendu suivant, la Haute juridiction indique : « Il en résulte qu'il appartient à l'employeur qui conteste qu'un accord interprofessionnel étendu, conclu antérieurement à la mise en œuvre des dispositions légales précitées, soit applicable à la branche professionnelle dont il relève, compte tenu de son activité, de démontrer que l'organisation patronale représentative de cette branche n'est pas adhérente d'une des organisations patronales interprofessionnelles ayant signé l'accord interprofessionnel ».

Il est donc permis de s'interroger sur la pérennité de cette solution à l'avenir, dès lors que d'éventuels litiges émergeraient sur le champ d'application d'un ANI étendu, signé après la mise en œuvre des dispositions de la loi de 2014, c'est à dire après la publication des résultats du premier cycle de mesure de l'audience patronale au niveau national et interprofessionnel en 2017¹⁷⁰¹. Dans sa lettre commentant l'arrêt du 9 juin 2021, la Chambre sociale précise que « tout au moins jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 2014 qui instaure un mode d'établissement de la représentativité patronale, le contrôle du juge judiciaire sur le champ d'application des accords collectifs interprofessionnels étendus, en fonction de la représentativité des organisations patronales signataires, reste nécessaire » mais que « simplement »¹⁷⁰² c'est désormais à l'employeur de démontrer que l'organisation représentative de sa branche n'est pas adhérente d'une organisation signataire.

Faut-il en conclure que la mise en œuvre de la loi de 2014¹⁷⁰³ sonne le glas de la jurisprudence Michelin ?

En effet, dès l'instant où les organisations patronales signataires de l'ANI auront préalablement déposé leur candidature pour une reconnaissance de représentativité au niveau national et interprofessionnel et auront été reconnues comme telles en démontrant, notamment, qu'elles disposent d'organisations adhérentes représentatives dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, une contestation par une entreprise dont l'activité relève d'un de ces quatre secteurs sur le champ d'application de l'ANI étendu sera-t-

¹⁷⁰¹V. infra. On peut même imaginer l'hypothèse d'un ANI conclu avant cette publication mais étendu après celle-ci. Le litige portant sur le champ professionnel de l'extension, les nouvelles règles seraient très probablement applicables.

¹⁷⁰²Lettre de la chambre sociale, n°10, mai/juin/juillet 2021, p.24.

¹⁷⁰³Il faut à notre sens viser la mise en œuvre effective des dispositions de la loi de 2014 en la matière, c'est-à-dire après la réalisation de la première mesure de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs au niveau des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel intervenue en 2017, et non son entrée en vigueur.

elle possible ? Ou, autrement formulé, faut-il en conclure que les organisations patronales qui ont été reconnues comme représentatives au niveau national et interprofessionnel en application de ces nouvelles règles bénéficient d'une présomption de représentativité au sein des branches, qui devra être prise en compte pour apprécier le champ d'application de l'ANI étendu ? Dans l'affirmative cette présomption est-elle irréfragable durant toute la durée du cycle de quatre ans ou peut-elle être renversée ? Plus précisément encore, la représentativité de l'organisation interprofessionnelle signataire, qui semble indiscutable dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services pour lesquelles l'adhésion des fédérations patronales représentatives aura été rapportée dans le dossier de candidature à la représentativité nationale et interprofessionnelle, s'appliquera-t-elle de manière irréfragable dans l'ensemble des branches relevant de ces quatre secteurs d'activité, c'est-à-dire sans possibilité de rapporter la preuve contraire en démontrant la non-adhésion de l'organisation représentative dans la branche ? Dans cette hypothèse, la branche du caoutchouc et des polymères, en cause dans l'affaire Michelin, qui relève de l'industrie mais qui était exclue du champ d'application de l'ANI du 17 mars 1975 et de ses avenants dès lors que l'unique fédération patronale représentative dans cette branche, la Fédération du caoutchouc et des polymères, n'était ni signataire de ces accords, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire, en l'occurrence le CNPF devenu entre-temps le MEDEF, sera-t-elle, à l'avenir, considérée comme comprise dans le champ d'un ANI signé par ce même MEDEF au motif que ce dernier bénéficie d'une représentativité interprofessionnelle jaugée dans des branches appartenant à ces quatre secteurs, même si l'organisation représentative de cette branche - non signataire elle-même de l'ANI - continue à ne pas figurer parmi ses adhérents ? Les employeurs de cette branche se verront-ils dès lors contraints d'appliquer l'ANI au motif de sa seule extension, sans pouvoir soulever la question du champ d'application sectoriel de l'accord interprofessionnel étendu alors même que ce champ ne serait pas précisé ou, autrement dit, que l'accord ne comporterait aucune restriction professionnelle expresse ? Si un contentieux émerge malgré tout sur l'application de l'ANI étendu, le juge judiciaire sera-t-il cantonné à vérifier que l'activité de l'entreprise est comprise dans le champ d'application professionnel de l'accord et donc, à défaut de précision de ce champ, que cette activité peut être rattachée aux secteurs de l'industrie, de la construction, du commerce ou des services, sans se préoccuper de savoir si la fédération patronale représentative dans la branche dont relève l'employeur compte tenu de son activité est adhérente ou non de l'organisation interprofessionnelle signataire ?

Au-delà, n'est-il pas également permis de s'interroger sur le fait de savoir si cette représentativité interprofessionnelle reconnue à l'organisation signataire par un simple échantillonnage dans des branches relevant de secteurs clefs permet à l'ANI étendu de rayonner dans des branches d'autres secteurs ?

Ces questions, sur lesquelles nous reviendrons dans la deuxième partie de notre étude, démontrent que les contours exacts du champ professionnel de l'ANI étendu sont sujets à caution, ce qui constitue une limite à l'apport de l'extension dans la définition de l'interprofession.

B. Les limites tenant à l'apport de l'élargissement

277. Si les limites professionnelles de l'extension de l'ANI ont fondé le débat sur la notion d'interprofession, l'absence présumée de limites professionnelles à l'expansion de l'accord lors de son élargissement a pour but de refermer celui-ci (1). Les exigences imposées par le législateur à cette procédure nous semblent toutefois constituer un frein à une maîtrise parfaite des contours de l'interprofession (2).

1- L'absence présumée de limites professionnelles

278. Controverse. Nous avons vu que la doctrine était divisée sur l'apport de l'extension à la définition de l'interprofession, les limites professionnelles de l'extension servant tour à tour de justification à l'existence d'une ou plusieurs interprofessions¹⁷⁰⁴. L'élargissement aurait au contraire pour vocation de dépasser ces limites puisqu'il a pour fonction d'exporter l'accord en dehors de son champ d'application et donc de ne plus envisager la communauté professionnelle matérialisée par l'application de l'ANI au travers du seul champ d'application de ce dernier, comme le fait l'extension¹⁷⁰⁵. La difficulté liée à la détermination du champ d'application de l'ANI étendu, qui alimente le débat sur la définition de l'interprofession, devrait donc ici s'estomper. Pour autant, la question de l'existence ou non

¹⁷⁰⁴V. notamment étude 268 supra.

¹⁷⁰⁵Nous rappelons que l'article L. 2261-17 du Code du travail dispose que l'élargissement de l'accord interprofessionnel étendu a pour effet de rendre celui-ci obligatoire « *dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application* ».

d'une limite professionnelle à l'élargissement de l'ANI a constitué le point d'orgue des controverses doctrinales sur la définition de l'interprofession.

Fort de jurisprudences du Conseil d'Etat dispensant le ministre d'énumérer les branches visées par l'arrêté d'élargissement de l'ANI ou lui permettant d'imposer l'application de ce dernier dans des branches pourtant expressément exclues du champ d'application, Philippe Langlois soutient le caractère universel et unitaire de la notion d'interprofession¹⁷⁰⁶. Jacques Barthélémy s'appuie, de son côté, sur la lettre de l'article L. 2261-17 3° du Code du travail disposant que l'élargissement de l'ANI a pour effet de rendre ce dernier obligatoire « *dans une ou plusieurs branches d'activité* » - donc pas dans toutes - non comprises dans son champ d'application pour conclure, au contraire, à l'absence d'universalité et d'unicité de la notion d'interprofession.

Les deux auteurs utilisent tour à tour l'élargissement des accords de retraite complémentaire pour corroborer leurs propos mais, en toute logique, avec des arguments opposés. Pour Jacques Barthélémy, l'existence du dispositif spécifique organisé par le Code de la sécurité sociale, qui permet à l'ANI d'acquérir un champ identique à celui de la loi, disqualifierait la technique d'élargissement du Code du travail qui ne permet pas une telle universalité. Pour Philippe Langlois, au contraire, l'élargissement des ANI de retraite complémentaire serait le même que celui des ANI de droit commun, malgré le particularisme de la procédure, ce qui conforterait l'idée que l'élargissement permet d'atteindre l'ensemble des branches d'activité.

Pour Christophe Radé, l'élargissement occupe en revanche une place mineure dans le débat puisque l'auteur plaide pour un plein effet de l'extension dans un champ d'application de l'ANI qui devrait être considéré comme universel dès l'instant où cet accord aurait été signé par une organisation patronale reconnue comme représentative à l'échelon national et interprofessionnel, sans qu'il faille vérifier la représentativité de cette dernière dans chaque branche¹⁷⁰⁷. Pour l'auteur, l'élargissement des accords nationaux interprofessionnel conclus sur le plan national deviendrait même « *inutile puisque toutes les entreprises françaises seraient alors tenues par les termes de l'ANI étendu* »¹⁷⁰⁸. Pour justifier, malgré tout, l'existence d'une procédure d'élargissement dans le Code du travail, et éviter que l'argument ne soit invoqué à

¹⁷⁰⁶V. étude 257 supra.

¹⁷⁰⁷V. étude 263 supra.

¹⁷⁰⁸Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.8.

l'encontre de la thèse unitaire comme le fait Jacques Barthélémy¹⁷⁰⁹, l'auteur réserverait, comme nous l'avons vu, l'utilisation de cette procédure dans les cas où les parties auraient décidé volontairement de limiter le champ professionnel de l'ANI¹⁷¹⁰...

279. Constat. Ces approches contradictoires démontrent les limites de l'apport de l'élargissement à la définition de l'interprofession. Le Professeur Langlois, qui refuse d'assigner à l'élargissement une quelconque limite professionnelle, semble lui-même avoir hésité sur la question puisqu'il écrivait antérieurement, dans un article daté de 1991 : *« Interprofession voudrait donc dire un ensemble de professions. Toutes ? Sûrement pas, car la condition est impossible à réaliser et les organisations professionnelles adhérant au CNPF ne couvrent pas l'ensemble des professions. Telle est, du reste, la raison pour laquelle un élargissement est prévu. La question se complique lorsqu'un ensemble de professions est doté d'une organisation interprofessionnelle propre, comme les professions libérales par exemple. La notion d'interprofession peut-elle exclure l'existence autonome de cet ensemble ? Ceci signifierait qu'elle a une vocation à l'exhaustivité, à l'image des grandes confédérations qui ont conclu les conventions collectives qui ont servi de modèle au législateur. Il semble que ce serait alors aller au-delà du texte. L'interprofession est une notion suffisamment large pour couvrir un ensemble de profession analogues, dont les intérêts sont si proches que des organismes interprofessionnels particuliers ont été mis en place. Rien ne paraît devoir interdire de considérer que cet ensemble peut faire l'objet d'une convention collective interprofessionnelle propre, susceptible, en tant que telle, d'une extension.*

*Vient alors inévitablement la question, encore plus délicate, de savoir si l'institution d'une telle interprofession peut tenir en échec une convention collective interprofessionnelle élargie. Une réponse positive n'est pas interdite »*¹⁷¹¹...

La proposition du Professeur Radé semble séduisante pour conclure à l'universalité de l'interprofession et donc à l'unicité de celle-ci. Pour autant, la revendication d'une autonomie catégorielle de l'ANI portée par l'éminent spécialiste ne paraît pas à ce jour avoir été entendue,

¹⁷⁰⁹Nous rappelons que pour Jacques Barthélémy, le simple fait qu'une procédure d'élargissement existe dans le Code du travail prouve que l'ANI ne peut couvrir l'ensemble des branches, sinon l'extension suffirait (V. étude 254 supra).

¹⁷¹⁰Le Professeur Radé indique que l'existence de la procédure d'élargissement pourrait également se justifier pour les accords interprofessionnels conclus à un échelon local (V. Christophe RADÉ, *op. cit.*). On peut toutefois se demander si l'auteur n'ajoute pas alors un cas d'élargissement au texte puisque l'élargissement géographique n'est expressément prévu que pour les conventions et accords de branche par l'article L. 2261-17 1° du Code du travail (V. sur ce point : Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.88).

¹⁷¹¹Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p.933.

dès l'instant où le régime d'extension de ce type d'accord ne peut être distingué de celui des conventions et accords de branche. L'apport de la loi de 2014 sur la représentativité patronale, que nous examinerons dans la deuxième partie de notre étude, ne nous semble pas de prime abord suffisante pour conforter cette position et continue au contraire de soulever, comme nous l'avons effleuré, un certain nombre de questions sur le champ d'application de l'ANI étendu. Dès lors, le fait que le débat sur les limites professionnelles de l'élargissement soit éludé, au motif que ce dernier deviendrait inutile ou n'occuperait qu'une place mineure en raison du plein effet qui pourrait être donné à l'ANI étendu au sein d'un champ d'application universel visant a priori toutes les branches, est de nature à fragiliser cette approche.

Enfin, l'utilisation des limites professionnelles de l'élargissement pour corroborer l'approche pluraliste de l'interprofession, tel que le fait Jacques Barthélémy, peut également poser question. En effet, si l'élargissement du Code travail ne permet pas d'atteindre toutes les branches et caractérise donc l'absence d'universalité de la notion d'interprofession, doit-on en déduire pour autant que l'interprofession est forcément plurielle ?

2- Les exigences législatives

280. Exigence de fond. Nous avons vu qu'au-delà d'exigences de forme renforcées¹⁷¹², le caractère exceptionnel reconnu à la procédure d'élargissement - qui permet au ministre d'imposer l'application de l'accord à des entreprises relevant de branches non comprises dans le champ d'application de ce dernier - nécessite qu'une situation de vide conventionnel soit clairement constatée au sein des branches concernées¹⁷¹³. Conformément à la lettre de l'article L. 2261-17, alinéa 1^{er}, du Code du travail¹⁷¹⁴, une « *absence* » ou une « *carence* » des organisations de salariés ou d'employeurs dans les branches auxquelles est élargie l'application de l'accord doit, en effet, être rapportée sous peine que l'arrêté d'élargissement soit frappé de nullité. Le Conseil d'Etat a pris soin de rappeler cette exigence de fond dans ses décisions du 17 janvier 1986 précédemment évoquées¹⁷¹⁵. Certes, la Haute juridiction administrative dispense le ministre d'énumérer les branches dans lesquelles s'applique l'accord élargi, voire lui permet d'imposer l'application de ce dernier dans des branches pourtant expressément exclues de son champ d'application par les parties signataires, mais dès lors que la condition

¹⁷¹²V. supra note n°1420.

¹⁷¹³V. étude 210 supra.

¹⁷¹⁴V. supra note n°1422.

¹⁷¹⁵V. études 210 et 257 supra.

d'absence ou de carence des organisations d'employeurs ou de salariés se trouve remplie pour chacune de ces branches¹⁷¹⁶.

281. Caractérisation. Une lecture attentive des dispositions du premier alinéa de l'article L. 2261-17 du Code du travail (L. 133-12, al. 1 anc.) permet de conclure que l'« *absence* » se rapporte aux organisations professionnelles et syndicales et non pas aux conventions et accords¹⁷¹⁷. L'absence d'organisations patronales ou syndicales au sein d'une branche empêche, en effet, par définition, que des accords puissent être conclus au sein de celle-ci et autorise donc l'élargissement de l'ANI dans cette branche.

La « *carence* » vise en revanche la situation où les organisations sont bien présentes mais où une « *impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord* »¹⁷¹⁸ existe dans la branche à laquelle l'élargissement de l'accord est envisagé. Le Conseil d'Etat a, là encore, pris soin de préciser dans quelles conditions cette circonstance était remplie. La Haute juridiction administrative a tout d'abord considéré que la condition de carence ne pouvait être regardée comme remplie dès lors qu'existait, dans une branche considérée, un accord portant sur les points compris dans l'ANI que l'on se propose d'élargir, même si les stipulations de l'accord de branche sont moins favorables que ce dernier¹⁷¹⁹. La faculté d'agir du ministre serait donc limitée à « *l'inexistence de toute convention ou accord applicable aux salariés à l'exclusion de toute amélioration des garanties offertes aux salariés dès lors que ceux-ci bénéficient déjà d'un accord collectif* »¹⁷²⁰. Pour autant, le Conseil d'Etat n'a pas déduit qu'*a contrario*, il y aurait carence chaque fois qu'il n'y aurait pas d'accord de branche portant sur une question donnée. Au contraire, dans sa décision « *Syndicat national des importateurs de matériels de bureau et d'informatique* » du même jour¹⁷²¹, le Conseil, après avoir constaté

¹⁷¹⁶CE, 17 janv. 1986, n°55.509, *Syndicat national des importateurs de matériels de bureau et d'informatique*, (Lebon, p.11) ; D. 1986, I.R., p.247 ; D. 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT et n°55.715 (inédit).

¹⁷¹⁷V. Jean-Claude BONICHOT, « Extension et élargissement des conventions collectives » (concl. sous CE, 30 nov. 1992), *Dr. soc.* 1993, p.355.

¹⁷¹⁸C. trav., art. L. 2261-17, al. 1.

¹⁷¹⁹CE, 17 janv. 1986, n°55.693, *Syndicat national des grossistes en confiserie, biscuiterie, chocolaterie et alimentation fine*, (Lebon, p.9) ; D. 1988, somm., p.78, 1^{ère} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT (V. supra note n°1424). Nous soulignons que les contentieux sur l'élargissement de l'ANI sont rares et que le Conseil d'Etat a bâti sa jurisprudence en la matière essentiellement par une série de décisions rendues le 17 janvier 1986 visant l'élargissement, prononcé en 1983, de l'ANI des Voyageurs-représentants et placiers (VRP) du 3 octobre 1975 et de ses avenants à tous les employeurs et VRP statutaires des professions, autres que les professions agricoles, qui n'entraient pas dans le champ d'application dudit accord. Cette application généralisée de l'ANI à toutes les professions (sauf les professions agricoles, dont la compétence échappe au ministre du travail) a suscité plusieurs recours de la part d'organisations patronales de branches d'activité non comprises dans le champ de l'ANI et auxquelles l'élargissement rendait les dispositions de cet accord et de ses avenants obligatoires.

¹⁷²⁰Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT, obs. sous CE 17 janv. 1986, n°55.693, préc.

¹⁷²¹V. supra note n°1716.

« qu'il ressort des pièces du dossier qu'aucun accord applicable aux voyageurs, représentants et placiers n'avait été conclu dans la branche des importateurs de matériels de bureau et d'informatique », a considéré que l'« absence d'accord traduisait, dans les circonstances de l'espèce, une impossibilité persistante de conclure une telle convention ». L'appréciation du juge se fait donc « *in concreto* »¹⁷²², dans les « circonstances de l'espèce ». Ainsi, toujours dans une décision du même jour¹⁷²³, le Conseil d'Etat a jugé qu'il « résulte des pièces du dossier qu'en ce qui concerne la branche des cabinets des administrateurs de biens, des syndicats de copropriétés et des sociétés immobilières, les voyageurs, représentants et placiers avaient été implicitement exclus du champ d'application de la convention collective applicable » et que « cette absence d'accord applicable aux voyageurs, représentants et placiers traduisait, dans les circonstances de l'espèce, une impossibilité persistante de conclure une telle convention ». Mais, s'agissant de la branche des agents immobiliers et des mandataires en vente de fonds de commerce, il résultait en revanche des pièces du dossier que « la situation des voyageurs, représentants et placiers avait été prise en compte par une convention collective applicable à ces salariés comme aux autres salariés » et que « par suite, et alors même que cet accord n'aurait comporté aucune disposition particulière en faveur des voyageurs-représentants-placiers, la condition posée par l'article L.133-12 du code du travail ne pouvait être regardée comme remplie ».

Il semble donc, en tenant compte de leur appréciation aux circonstances de l'espèce, que ce soit l'absence d'accord qui traduise, pour les hauts magistrats, l'« impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial

¹⁷²²Dominique CHELLE et Xavier PRÉTOT, obs. sous CE 17 janv. 1986, n°55.509, préc.

¹⁷²³CE, 17 janv. 1986, n°s 55-717 et 57-404 (décision jointe, inédit).

déterminé », exigée par l'article L. 2261-17, alinéa 1^{er}, du Code du travail¹⁷²⁴. Jacques Barthélémy abonde en ce sens lorsqu'il affirme : « *ce n'est qu'en l'absence de tout accord qu'il y a impossibilité persistante de conclure une quelconque convention* »¹⁷²⁵. Pour l'auteur, les décisions du Conseil d'Etat précitées permettent également de soutenir que « *la signature d'accords, quel qu'en soit l'objet, suffit à écarter l'élargissement* »¹⁷²⁶, ce que confirmerait au demeurant la lettre de l'article L. 2261-18 du Code du travail¹⁷²⁷. C'est également en ce sens que s'orientaient les conclusions du Commissaire du Gouvernement Jean-Claude Bonichot lors de la contestation de la légalité de l'arrêté d'élargissement de l'ANI sur l'emploi du 20 octobre 1986¹⁷²⁸. Pour le membre du Conseil d'Etat, le fait que l'ANI du 20 octobre 1986 portait sur des questions générales de sécurité de l'emploi, qui n'étaient pas ou peu traitées dans les conventions collectives habituelles¹⁷²⁹, ne devait pas faire oublier que « *le texte même de l'article L. 133-12 pose la même condition de carence pour l'élargissement de différents accords dont les accords interprofessionnels étendus* »¹⁷³⁰. Dès lors, en se bornant à mettre en

¹⁷²⁴Dans une circulaire du 6 novembre 1968 (JORF, 15 déc. 1968, p.11740), le ministre chargé des Affaires sociales avait défini ce qu'il fallait entendre par « impossibilité persistante de conclure une convention », condition déjà prévue par l'ancien article 31 *ma* du Code du travail résultant de l'ordonnance du 27 septembre 1967, qui permettait l'élargissement au sein d'une même branche mais à un secteur géographique différent (V. supra). Il demandait ainsi aux directeurs régionaux et départementaux du travail de procéder à une enquête pour vérifier : soit qu'aucune organisation d'employeurs ou, le cas échéant, de travailleurs susceptibles de négocier n'existait dans le secteur considéré (cas de l'absence), soit de réunir « *une nouvelle fois* » les organisations intéressées « *afin de s'assurer qu'aucune négociation ne peut être utilement poursuivie* » (cas de la carence). Cette rédaction pouvait sous-entendre que dès lors qu'une négociation aurait été engagée, la situation de carence ne pourrait être rapportée même si ces négociations n'aboutissaient pas. On pouvait estimer, au contraire, que la situation de carence était rapportée même si des négociations s'étaient engagées mais ne pouvaient être utilement poursuivies en vue de la conclusion d'un accord (bien que cette dernière précision ne figure pas expressément dans la circulaire). Comme nous l'avons précédemment indiqué (V. supra note n°1422), le législateur est venu préciser dans la loi du 13 novembre 1982 que « *Lorsqu'une convention de branche n'a pas fait l'objet d'avenant ou annexe pendant cinq ans au moins ou, qu'à défaut de convention, des accords n'ont pu y être conclus depuis cinq ans au moins, cette situation peut être assimilée au cas d'absence ou de carence des organisations au sens de l'article L. 2261-17 et donner lieu à l'application de la procédure prévue à cet article* » (C. trav., art. L. 2261-18 ; L. 133-13 anc.). Cette assimilation d'une absence d'avenant ou d'accord au sein de la branche pendant cinq ans au cas d'absence ou de carence visé à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2261-17 semble militer pour que ce soit bien l'absence d'accord qui traduise l'impossibilité persistante de conclure celui-ci. La question est donc permise de savoir si l'élargissement ne pourrait pas être mis en œuvre dans une branche où des négociations ont été engagées mais se sont soldées par un échec (*contra* Lydie DAUXERRE, « L'élargissement des conventions et accords collectifs de travail », *JCP S* 2015, 1447).

¹⁷²⁵Jacques BARTHELEMY, « Extension et élargissement des conventions collectives », *Dr. soc.* 1993, p.359.

¹⁷²⁶*Ibidem*.

¹⁷²⁷L'article L. 2261-18 du Code du travail assimile l'absence de conclusion, pendant 5 ans au moins, d'avenant à la convention de branche ou, à défaut de convention, d'accords au sein de cette dernière au cas d'absence ou de carence, sans autre précision (V. supra note n°1724). On peut donc en déduire que le texte vise l'absence de tout accord, quel qu'en soit l'objet.

¹⁷²⁸V. supra note n°1439.

¹⁷²⁹Nous rappelons que l'ANI du 20 octobre 1986 visait à réformer le droit du licenciement économique (V. étude 134 supra). Compte tenu de son objet général, l'accord avait été élargi à toutes les professions, à l'exclusion du secteur agricole (et il fût repris par la loi 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement).

¹⁷³⁰Jean-Claude BONICHOT, « Extension et élargissement des conventions collectives » (concl. sous CE, 30 nov. 1992), *Dr. soc.* 1993, p.355.

avant l'absence d'accords, au sein des professions libérales, portant sur les questions de licenciement économique abordées par l'ANI du 20 octobre 1986, le ministre ne justifiait pas, aux yeux du Commissaire du Gouvernement, le recours à l'élargissement¹⁷³¹.

L'élargissement d'un accord conclu « *ailleurs* » ne devant présenter qu'un caractère « *subsidaire* »¹⁷³² en raison du principe de la liberté contractuelle, la présence d'organisations et la conclusion d'accords quel qu'en soit le sujet suffisent à écarter celui-ci. Cette règle est la même qu'il s'agisse d'élargir une convention de branche ou un accord professionnel dans des secteurs géographiques ou professionnels ou d'élargir un ANI dans une ou plusieurs branches.

Bien que le législateur n'ait pas la même exigence quant à l'analogie des emplois exercés pour l'élargissement d'un ANI que pour l'élargissement de la convention de branche ou de l'accord professionnel et permette ainsi à l'ANI d'atteindre une pluralité de branches disparates à même de caractériser l'interprofession¹⁷³³, et bien que le juge administratif dispense le ministre d'énumérer ces branches et tende ainsi à confirmer l'universalité de la notion, l'obligation de constater un vide conventionnel au sein de chacune des branches se situant en dehors du champ d'application de l'ANI démontre, là encore, les limites de l'apport de l'élargissement à la définition de l'interprofession. Cette exigence empêche en effet de caractériser l'universalité de la notion puisqu'un certain nombre de branches se situant hors du champ de l'ANI pourront aisément démontrer une vitalité conventionnelle¹⁷³⁴.

Nous ne pouvons alors que constater que l'utilisation de l'élargissement dans la thèse de la mono-interprofession défendue par le Professeur Langlois trouve également ici ses limites. Pour certains, l'élargissement de l'ANI n'aurait pas en effet une vocation à compenser le défaut de représentativité de l'organisation interprofessionnelle signataire dans les branches, comme le soutient l'éminent spécialiste, mais il conserverait au contraire un caractère purement comminatoire destiné à combler un vide conventionnel au sein des branches, expliquant que

¹⁷³¹V. Jean-Claude BONICHOT, concl. préc.

¹⁷³²Jean-Claude BONICHOT, *op. cit.*

¹⁷³³V. étude 249 *supra*.

¹⁷³⁴Le Professeur Michel Despax écrivait à propos de l'élargissement de l'ANI du 20 octobre 1986 et de l'exigence d'absence ou de carence : « *Que cette situation puisse se rencontrer dans certaines branches d'activité qui seront concernées par l'arrêté [d'élargissement] du 31 décembre 1986, assurément. Que ce soit le cas partout, cela est plus que douteux* »... (Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.192). C'est d'ailleurs l'existence de l'UNAPL et la signature d'accords à son niveau ainsi que dans ses branches adhérentes (même si ces accords portaient sur des sujets autres que les questions abordées par l'ANI du 20 octobre 1986), qui attestaient d'une vie contractuelle certaine au sein du secteur des professions libérales et empêchaient ainsi que l'exigence d'absence ou de carence des organisations puisse être rapportée (V. *supra* note n°1439).

cette approche ne puisse être retenue pour caractériser pleinement l'interprofession universelle et unitaire¹⁷³⁵.

Que l'on souscrive ou non à cette dernière remarque¹⁷³⁶, le résultat sera au final le même : à défaut de constater une absence ou une carence des organisations se traduisant par une impossibilité persistante de conclure un accord au sein de la branche, l'élargissement ne permettra pas d'atteindre cette dernière, qui se trouvera dès lors exclue de la communauté d'application de l'ANI. L'universalité de l'interprofession, matérialisée par une application omni-branches de l'ANI, ne pourra ainsi être caractérisée et les contours de la notion ne pourront être définis avec précision puisqu'ils varieront en fonction de l'existence ou non d'une impossibilité persistante de conclure un accord au sein des branches se situant en dehors du champ d'application de l'ANI...

De la même manière, l'absence d'universalité de l'interprofession que l'on peut déduire de cette exigence légale d'absence ou de carence des organisations ne suffit pas *a contrario* à caractériser une pluralité d'interprofessions au sein des branches non atteintes par l'élargissement de l'ANI¹⁷³⁷...

¹⁷³⁵Après avoir rappelé que la négociation de branche et la négociation interprofessionnelle n'ont pas le même objet et que l'ANI n'a pas vocation à régir l'ensemble des conditions de travail, Cécile Hablot soutient dans sa thèse que la fonction comminatoire de l'élargissement (V. étude 210 supra) prévaut malgré tout dans les deux cas puisque c'est l'inaction des organisations dans la branche qui est en cause. En effet, l'élément matériel de la carence sera constaté en l'absence d'accord ou en cas de « *stagnation conventionnelle* » (situation visée par l'article L. 2261-18 du Code du travail selon l'auteur) dans la branche lors de l'élargissement de l'ANI, comme lors de l'élargissement de la convention de branche ou de l'accord professionnel, et non si une organisation représentative de la branche n'a pas signé l'ANI (ou n'adhère pas à une organisation signataire). Considérer que l'élargissement est destiné à combler l'absence de signature de l'ANI par la fédération patronale représentative de la branche (ou d'adhésion de cette dernière à l'organisation interprofessionnelle signataire) reviendrait à détourner l'élargissement de sa finalité et il serait alors « *identique à une extension en dehors du champ de l'accord* ». L'auteur soutient que le choix de la conception autonome de l'interprofession défendue par le Professeur Radé doit dès lors être préférée à ce détournement des fonctions de l'élargissement pour aboutir à une couverture de l'ensemble des branches non-signataires de l'ANI (Cécile HABLOT, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, thèse, Paris, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013, p.157).

¹⁷³⁶Nous avons indiqué que, pour notre part, nous considérons que l'élargissement pratiqué au niveau interprofessionnel avait davantage pour but de permettre à l'accord d'acquérir une certaine universalité, même si en pratique celle-ci n'est pas possible, plutôt que de revêtir un caractère comminatoire destiné à forcer les organisations de branche à négocier (V. étude 210 supra). En effet, l'objet de la négociation interprofessionnelle est général et n'a pas pour vocation à régir l'ensemble des conditions de travail contrairement à la négociation de branche (comme le rappelle Cécile Hablot), ce qui sous-tend que les branches négocieront peu ou pas sur les sujets traités au niveau interprofessionnel ou alors dans le cadre d'une négociation d'application guidée par un accord cadre. L'élargissement de l'ANI aura donc davantage pour but de permettre à celui-ci de rayonner dans un maximum de branches, plutôt que de forcer les organisations de ces dernières à négocier et à combler ainsi un vide conventionnel préexistant (il n'en demeure pas moins, toutefois, que la condition d'absence ou de carence des organisations devra être constatée au niveau de la branche lors de l'élargissement d'un ANI).

¹⁷³⁷Nous rappelons que la thèse de la pluri-interprofession défendue par Jacques Barthélémy se fonde sur les limites de l'élargissement de l'ANI, contrairement à Philippe Langlois qui en fait l'instrument d'une interprofession unique. Nous rappelons, enfin, que la position de Christophe Radé, bien que séduisante, n'a pas à ce jour trouvé une traduction en droit positif, ce qui empêche de la considérer comme la solution permettant de conclure avec certitude à l'existence d'une interprofession globale et unitaire.

Seule une transposition de l'accord dans la loi permettra de clore le débat et d'atteindre l'ensemble des branches¹⁷³⁸ mais l'approche de l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI n'aura plus dès lors lieu d'être puisque les dispositions de ce dernier auront alors connu une « *transmutation de leur qualité juridique* »¹⁷³⁹...

§ 2. L'examen d'autres voies

282. L'approche de la notion d'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI présente donc certaines limites. Les contours exacts de la communauté professionnelle d'application de l'ANI resteront dans tous les cas dépendants de la capacité des organisations patronales interprofessionnelles signataires à engager telle ou telle branche. L'apport limité de l'extension, contrainte par les limites du champ d'application initial de l'ANI, ne pourra être pleinement compensé par l'apport de l'élargissement, contrairement à ce que soutient une certaine doctrine, confirmant par là-même que la notion d'interprofession conserve un caractère contingent. Il est dès lors permis de s'interroger sur l'existence d'autres voies de définition.

Si certaines approches semblent devoir être écartées *a priori* (A), nous examinerons la pertinence d'une approche institutionnelle de la notion (B) mais également la possibilité de définir en creux l'interprofession au travers des secteurs exclus de cette dernière (C).

A. Les concepts écartés

283. Une approche économique de la notion d'interprofession ne semble pas, contrairement à la branche, d'une grande utilité pour définir la notion sur un plan juridique (1). De même, la notion d'« interprofessions » saisie par le droit rural sera succinctement examinée pour mieux l'écarter (2).

¹⁷³⁸Comme l'a fait la loi du 30 décembre 1986 pour l'ANI du 20 octobre 1986, rendant au final la portée du contentieux sur son élargissement limitée, sauf pour les dispositions de l'ANI qui n'avaient été reprises par cette loi. Le caractère limité du débat en raison de la transposition concomitante de la majeure partie de l'ANI dans la loi explique d'ailleurs, probablement, le choix du Conseil d'Etat de se cantonner au seul argument de forme pour déclarer l'arrêté d'élargissement pris le 31 décembre 1986 illégal (V. supra note n°1439 et l'avis sur ce point de Jacques Barthélémy : Jacques BARTHELEMY, « Extension et élargissement des conventions collectives », note sous CE, 30 nov. 1992, *Dr. soc.* 1993, p.359).

¹⁷³⁹Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.191. Nous soulignons que le débat sur l'interprofession lors d'une transposition porte davantage sur l'identification des organisations ayant capacité à signer l'ANI préfigurateur et donc à « fabriquer la loi » (V. infra), plutôt que sur les contours de la communauté professionnelle puisque par définition la loi, d'application universelle, atteindra toutes les branches.

1- L'approche économique

284. Distinction. Dans son rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, le Député Jean-Frédéric Poisson rappelait que si la notion de branche n'est pas juridiquement définie, elle renvoie, « *pour les économistes, à un marché de produits ou de services supposé homogène* »¹⁷⁴⁰. L'auteur poursuivait en indiquant que « *Pour les statisticiens, elle peut être employée concurremment avec la notion de secteur, c'est-à-dire un ensemble d'entreprises regroupées selon un critère d'activité dominante, et non à partir d'un critère d'activité homogène* »¹⁷⁴¹. Le parlementaire prenait soin ensuite de distinguer cette approche de celle retenue par les juristes en soulignant que « *Du point de vue du droit du travail, les "branches" sont des constructions de la négociation collective* »¹⁷⁴². La branche économique, la branche statistique et la branche professionnelle au sens du droit du travail doivent donc être distinguées même si, comme le rappelle l'auteur, elles peuvent « *à certains égards, se façonner mutuellement* »¹⁷⁴³.

285. Apport. L'approche économique a pu également servir la doctrine dans sa tentative d'établir une définition juridique de la branche par comparaison avec des notions voisines telles que le secteur, la profession ou la filière, même si nous avons souligné les limites d'un tel exercice¹⁷⁴⁴.

286. Exigence minimale. Enfin, il convient de rappeler, comme nous l'avons évoqué à maintes reprises, qu'en exigeant que le champ professionnel de tout accord collectif soit défini en termes d'« *activité économique* », l'article L. 2222-1 du Code du travail scelle indiscutablement un lien entre l'approche économique et l'appréhension de la communauté professionnelle d'application de l'accord sur un plan juridique.

Au niveau interprofessionnel, et bien que cette exigence demeure, nous avons vu toutefois que la jurisprudence adoptait une position très souple consistant à considérer que la définition en termes d'activité économique était satisfaite même si l'accord se contentait de

¹⁷⁴⁰Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles* », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, p.35 (V. supra note n°404).

¹⁷⁴¹*Ibidem*.

¹⁷⁴²*Ibid.*

¹⁷⁴³*Ibid.* Nous rappelons, à l'appui de cette affirmation, que la nomenclature des activités économiques de l'INSEE, établie à des fins d'information économique et sociale, est utilisée pour définir le champ d'application des conventions collectives de branche, et donc le périmètre de cette dernière, même si, de jurisprudence constante, cette nomenclature n'a qu'une valeur indicative en droit du travail (V. supra notes n°s 367 et 368).

¹⁷⁴⁴V. études 72 et s., supra.

viser « *l'ensemble des activités* » d'un territoire, sans autres précisions¹⁷⁴⁵. Au-delà du respect de la liberté des parties - qui semble avoir guidé la haute juridiction dans sa décision¹⁷⁴⁶ - ce degré minimal d'exigence se conçoit d'avantage au niveau interprofessionnel qu'au niveau de la branche, qui repose sur une homogénéité des activités regroupées et réclame donc que des caractéristiques communes au niveau économique et social puissent être clairement rapportées. Nous rappelons, à nouveau, que c'est sur cette exigence de caractéristiques économiques communes que le Conseil d'Etat avait forgé sa jurisprudence sur les limites de l'extension des conventions de branche et permis de donner une définition de cette dernière dans les années 1960 et ce, avant même que le critère de l'activité économique ne soit introduit expressément dans le Code du travail¹⁷⁴⁷. La fonction régulatrice que le législateur de 1936, puis de 1950, avait assigné à l'extension expliquait cela. Pour réguler la concurrence et devenir la loi de la profession, la convention collective étendue devait en effet viser des activités homogènes sur un plan économique. A défaut, la branche n'aurait pu servir de cadre à cette fonction régulatrice puisqu'elle n'aurait présenté plus aucun lien avec la réalité économique¹⁷⁴⁸.

Au niveau interprofessionnel, en revanche, l'exigence de caractéristiques économiques communes ne se rencontre pas. Nous avons démontré que c'est au contraire l'absence de déterminants économiques et sociaux communs qui caractériserait l'interprofession¹⁷⁴⁹. L'approche économique ne semble donc pas d'une grande utilité pour définir l'interprofession car si elle permet de souligner que cette dernière regroupe des branches disparates, elle ne permet pas, contrairement à la branche, d'en tracer les contours¹⁷⁵⁰.

2- La notion d'interprofession en droit rural

287. Organisations interprofessionnelles. Comme le souligne Pascal Caillaud, le concept d'« interprofessions » retenu dans l'agriculture doit également être écarté pour tenter

¹⁷⁴⁵V. Cass. soc. 21 oct. 2009, *JCP S* 2010, 1039, comm. Alexis BUGADA (supra note n°1341).

¹⁷⁴⁶V. étude 193 supra.

¹⁷⁴⁷V. études 103 et s., supra.

¹⁷⁴⁸Nous rappelons également qu'en l'absence d'une identité parfaite des activités regroupées, le Conseil d'Etat s'est fondé sur l'existence d'une unité de nature d'activité pour admettre que la branche envisagée au sens large, c'est-à-dire le groupement de branches, puisse servir de cadre à l'extension, compte tenu des finalités de cette dernière.

¹⁷⁴⁹V. étude 249 supra.

¹⁷⁵⁰Nous rappelons, à ce propos, les réserves émises par le Professeur Bugada sur l'utilisation des codes APE de l'INSEE pour définir le champ d'application des accords interprofessionnels (V. supra note n°1344).

de définir l'interprofession en droit du travail¹⁷⁵¹. Les « interprofessions » dont il est question visent, en effet, les organisations interprofessionnelles de producteurs qui sont structurées par produit ou groupe de produits et qui ont pour mission d'organiser les filières de production et de négoce agricoles¹⁷⁵². Elles n'ont pas pour vocation de représenter des employeurs liés à des salariés dans le cadre d'un contrat de travail.

288. Accords interprofessionnels. De la même façon, il convient de distinguer l'accord interprofessionnel régi par le Code rural de l'accord interprofessionnel régi par le Code du travail. En application des articles L. 631-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, des « *accords interprofessionnels à long terme* » peuvent, en effet, être conclus par les organisations professionnelles « *les plus représentatives pour un produit défini* » mais ces accords ont pour objet de fixer les grandes orientations de la commercialisation du produit (adaptation quantitative et qualitative de la production aux besoins des marchés, régulation des prix, conditions générales de transaction...) et non de régir des relations de travail¹⁷⁵³. Ces accords interprofessionnels peuvent, une fois adoptés, faire l'objet d'une homologation par arrêté ministériel¹⁷⁵⁴ en vue d'être étendus à l'ensemble des opérateurs de la filière¹⁷⁵⁵ mais cette extension ne doit pas être confondue avec celle que prononce le ministre de l'agriculture, au titre de l'article L. 2261-15 du Code du travail, pour les conventions de branche et les accords professionnels de travail conclus dans le secteur des professions agricoles¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵¹V. Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.60.

¹⁷⁵²L'article L. 632-1 du Code rural et de la pêche maritime dispose « *Les groupements constitués à leur initiative par les organisations professionnelles représentant la production agricole, y compris les groupements constitués par des organisations de producteurs ou des associations d'organisations de producteurs, et, selon les cas, la transformation, la commercialisation et la distribution peuvent, s'ils représentent une part significative de ces secteurs d'activité, faire l'objet d'une reconnaissance en qualité d'organisations interprofessionnelles par l'autorité administrative compétente après avis du Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire soit au niveau national, soit au niveau d'une zone de production, par produit ou groupe de produits déterminés [...]* ». L'article L. 632-2 du même code précise : « *Il ne peut être reconnu qu'une organisation interprofessionnelle par produit ou groupe de produits* ».

¹⁷⁵³Les accords interprofessionnels agricoles peuvent notamment définir des contrats type de vente agricole (V. Jean-Jacques BARBIÉRI, « Négoce agricole et filières », *RD rur.* 2010, n°386, étude 17 ; Etienne FABRÈGUE, « La "contractualisation" dans la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche. À la lumière de l'exemple du secteur laitier », *RD rur.* 2011, n°396, dossier 23).

¹⁷⁵⁴V. *C. rur. pêche marit.*, art. L. 631-9.

¹⁷⁵⁵V. *C. rur. pêche marit.*, art. L. 631-10, L. 632-3 et L. 632-4.

¹⁷⁵⁶Nous rappelons que pour les professions agricoles, les attributions conférées au ministre chargé du travail en matière de conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail sont exercées par le ministre chargé de l'agriculture (V. *C. trav.*, art. R. 2231-1 du Code du travail).

289. Objet. La négociation interprofessionnelle et la représentativité des organisations portent donc ici sur des produits. Elles n'ont pas pour objet les relations collectives de travail et ne permettent pas en cela d'appréhender la notion d'interprofession au sens de notre étude¹⁷⁵⁷.

B. L'approche institutionnelle

290. Constat. Nous avons indiqué qu'à l'instar de la branche, le Code du travail ne définit pas l'interprofession¹⁷⁵⁸. Nous pouvons d'ailleurs constater que le vocable d'interprofession n'est pas utilisé par le législateur qui ne vise que les accords interprofessionnels, contrairement à celui de branche que le Code du travail emploie expressément, tout en le distinguant désormais de la notion de convention collective de branche.

Ce silence législatif n'empêche pas pour autant d'examiner si une distinction similaire est possible à l'échelon interprofessionnel (1). L'apport du paritarisme de gestion pourra également servir à alimenter cette réflexion (2).

1- La distinction entre l'accord interprofessionnel et l'interprofession

291. Norme et entité. Nous avons souligné que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, le Code du travail distingue expressément la notion de branche, de celle de convention collective de branche¹⁷⁵⁹. En assignant à la branche, et aux organes dont elle doit se doter en application de la loi, des missions autres que la seule activité conventionnelle, le législateur invite désormais à distinguer le concept de « branche norme », qui s'incarne dans la convention collective de branche, du concept de « branche entité », qui consacre une approche institutionnelle de la notion tendant à la définir au travers de ses missions d'intérêt général et de ses organes de gouvernance¹⁷⁶⁰. Le législateur semble vouloir confirmer cette dichotomie lorsqu'il distingue expressément le champ d'application géographique de la branche, de celui des conventions de branche et des accords professionnels ou lorsqu'il élabore un dispositif de

¹⁷⁵⁷Nous rappelons malgré tout que la problématique de l'existence d'une interprofession propre aux professions agricoles en droit du travail a été soulevée par la doctrine et plus particulièrement par Jacques Barthélémy (V. étude 253 supra).

¹⁷⁵⁸V. étude 241 supra.

¹⁷⁵⁹V. études 65 et s., supra.

¹⁷⁶⁰V. étude 78 supra.

restructuration reposant sur la fusion ou le regroupement conventionnel des champs d'application de plusieurs conventions collectives au sein d'une branche¹⁷⁶¹.

292. Contribution législative. La question se pose dès lors de savoir si une telle dichotomie peut être constatée au niveau interprofessionnel et si, en pareille hypothèse, son apport est suffisant pour contribuer à la définition de l'interprofession.

Nous pouvons tout d'abord constater qu'à la différence de la branche, l'interprofession ne se voit pas assigner, en tant que telle, des missions générales par le Code du travail. Il n'existe pas en effet, à l'échelon interprofessionnel, une disposition similaire à l'article L. 2232-5-1 du Code du travail qui dispose : « *La branche a pour missions : 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles. 2° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application.* ».

De même, les dispositions sur l'institution d'une Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation semblent spécifiquement réservées à la branche si l'on s'en tient à une lecture littérale de l'article L. 2232-9 du Code du travail, ce qui interroge sur l'existence de cette commission, pourtant en charge d'accueillir la négociation des accords susceptibles d'extension, au niveau interprofessionnel¹⁷⁶². Or, la CPPNI se voit assigner à son tour, par ce même article L. 2232-9, des « *missions d'intérêt général* » qui visent spécifiquement le périmètre de la branche et qui dépassent la seule production conventionnelle. Ces missions, qui portent sur la représentation de la branche auprès des pouvoirs public et sur l'appui aux entreprises, permettent d'envisager la branche, dotées de ses organes paritaires¹⁷⁶³, comme une entité affectée de missions générales et distincte de la convention collective, confortant en cela la théorie de la branche norme et de la branche entité.

L'absence de telles dispositions à l'échelon interprofessionnel rend une transposition du raisonnement difficile. L'appréhension de l'interprofession en tant qu'entité distincte de l'accord interprofessionnel ne peut, de prime abord, se déduire directement des dispositions du

¹⁷⁶¹V. études 65 et 67 supra.

¹⁷⁶²V. supra note n°1390. Il nous semble, comme nous l'avons indiqué, qu'il s'agit d'une mauvaise construction des textes due à l'assimilation des régimes juridiques d'extension des accords de branche et des accords interprofessionnels. Aux termes de l'article L. 2261-19 du Code du travail, l'accord interprofessionnel devra avoir été négocié et conclu au sein de cette commission pour pouvoir être étendu. Pour autant, la lettre de l'article L. 2232-9 ne vise que la branche et les missions dévolues à la CPPNI, en dehors de la négociation des accords extensibles, sont spécifiques à celle-ci.

¹⁷⁶³Nous devons ajouter les observatoires paritaires de la négociation collective institués par convention ou accord au niveau des branches en application de l'article L. 2232-10 du Code du travail (V. supra note n°323).

Code du travail, contrairement à la branche. Ce constat est par ailleurs conforté par l'absence de dispositions législatives établissant une dichotomie entre le champ d'application territorial de l'interprofession et celui de l'accord¹⁷⁶⁴, contrairement à la branche pour laquelle le législateur établit, là encore, une distinction¹⁷⁶⁵.

293. Contribution conventionnelle. Dans l'ANI du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation »¹⁷⁶⁶, les organisations signataires sont convenues « *d'instituer un espace de dialogue social permettant de faire, en temps réel, des points de situation économique et sociale, de confronter des points de vue, et d'anticiper un certain nombre de mutations ayant des conséquences notamment sur l'emploi et le travail, et de définir les chantiers ou négociations à ouvrir au niveau national interprofessionnel [...]* »¹⁷⁶⁷. La construction d'un espace de dialogue « *autonome* » entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel semble être aux yeux de ces dernières, une des conditions de réussite d'un dialogue social se voulant lui-même « *autonome et ambitieux* »¹⁷⁶⁸ et distinct des invitations à négocier adressées par le Gouvernement dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail¹⁷⁶⁹. Cette institutionnalisation conventionnelle d'un « espace » réunissant les organisations interprofessionnelles sur divers sujets pourrait peut-être permettre d'opérer une assimilation avec la branche entité, en considérant que cet espace formalise l'interprofession en tant que cadre préexistant, doté de missions générales, et distinct de l'accord lui-même... Pour autant, cette matérialisation ne nous permet pas de définir les contours de l'interprofession et semble donc, là encore, présenter un intérêt très limité dans notre recherche d'une définition de l'interprofession.

¹⁷⁶⁴V. étude 189 supra.

¹⁷⁶⁵Nous rappelons toutefois les réserves émises sur la distinction des champs d'application territoriaux des conventions de branche et des branches, opérée par les articles L. 2232-5 et L. 2232-5-2 du Code du travail depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 (V. étude 65 supra).

¹⁷⁶⁶V. Sabine IZARD, « Une vision partagée du paritarisme de négociation », *SSL* 2022, n°1997, p.2 ; « Paritarisme : ce que prévoit l'accord national interprofessionnel », *Liaisons soc. quotidien - Le dossier juridique*, n°112/2022, 17 juin 2022.

¹⁷⁶⁷ANI 14 avr. 2022, art. 4.1.

¹⁷⁶⁸*Ibidem*.

¹⁷⁶⁹Dans le but d'instaurer un « *dialogue social continu* » au niveau interprofessionnel, les signataires prévoient également, à l'article 4.2 de l'accord, la formalisation d'un « *agenda économique et social autonome* », construit par les seuls partenaires sociaux (donc distinct, même si le texte conventionnel ne le mentionne pas expressément, de l'agenda partagé avec les pouvoirs publics prévu à l'article L. 3 du Code du travail ; V. supra note n°1138).

2- L'apport du paritarisme de gestion

294. Déduction. L'absence d'indication dans les textes législatifs empêche, comme nous venons de le constater, d'affirmer avec certitude qu'une distinction puisse être établie entre l'interprofession - vocable ignoré par le Code du travail - et l'accord interprofessionnel, contrairement à la branche¹⁷⁷⁰. Néanmoins, puisque les organes paritaires de la branche et les missions qui leur sont attribuées en dehors de la seule négociation collective permettent d'envisager une entité distincte de la norme conventionnelle et de consacrer en cela une définition institutionnelle et non plus seulement conventionnelle de la branche, le paritarisme de gestion, très présent au niveau interprofessionnel, peut donc constituer, de la même manière, un apport à l'approche institutionnelle de l'interprofession.

295. Distinction. Nous avons indiqué que le paritarisme recouvrait deux champs d'intervention des partenaires sociaux, à savoir la négociation collective (également appelée « paritarisme de négociation » ou de « décision ») et la mise en œuvre des normes issues de cette négociation, qui est confiée à des institutions dites « paritaires », gérées à égalité par les parties signataires (ou « paritarisme de gestion »)¹⁷⁷¹. Au niveau interprofessionnel, le mécanisme est donc le même qu'au niveau de la branche, à savoir que l'accord peut créer des instances qui prolongeront, pendant la vie de la convention, cet accord et permettront de matérialiser un espace de rencontre des organisations syndicales et patronales, doté de missions « gestionnaires » et distinct de l'espace de négociation. Pour autant, ce paritarisme « pur »¹⁷⁷² s'inscrit dans les limites territoriales et professionnelles de l'accord. En effet, les institutions chargées de mettre en œuvre les décisions prises par les partenaires sociaux au travers de l'accord auront une compétence territoriale et professionnelle limitée au champ d'application de l'accord¹⁷⁷³. Leur existence même est dépendante de l'accord qui les fait naître et la détermination du champ de l'interprofession, matérialisée au travers de ces institutions, reste ainsi conditionnée par la délimitation de l'espace territorial mais surtout professionnel de négociation. Autrement dit, la communauté professionnelle d'application de l'accord et la

¹⁷⁷⁰Nous persistons malgré tout à adopter une position réservée sur l'apport réel de cette distinction législative dans l'appréhension du périmètre de la branche, pour lequel nous avons démontré qu'il dépendait avant tout de la délimitation de l'espace professionnel de négociation au travers des questions relatives au champ d'application de la convention collective.

¹⁷⁷¹V. étude 224 supra.

¹⁷⁷²V. études 227 et s., supra.

¹⁷⁷³A titre exemple, les champs d'intervention de l'AGIRC-ARRCO ou de l'UNEDIC étaient à l'origine circonscrits aux professions relevant du champ d'application des conventions de 1947, 1958 et 1961, qui ont créé ces institutions. Si leur compétence est désormais « universelle », c'est uniquement parce que la convention s'inscrit elle-même dans le champ d'application du régime légal qu'elle est chargée de mettre en œuvre.

communauté professionnelle relevant du champ d'action de ces institutions demeure la même et la possibilité de matérialiser un cadre distinct de l'accord lui-même n'apporte en réalité que peu de chose à l'appréhension des limites de l'interprofession.

Cette approche ne permet donc pas, à notre sens, de caractériser pleinement une interprofession qui s'incarnerait au travers de ces institutions et de leurs missions et que l'on pourrait détacher de l'approche conventionnelle dans le but d'en cerner plus finement les limites.

296.Participation. Nous avons également souligné que le paritarisme de gestion recouvre en réalité plusieurs formes d'intervention des partenaires sociaux. Ainsi, au-delà du paritarisme de gestion « pur », issu de l'ANI, les organisations syndicales et patronales présentes au niveau national et interprofessionnel participent à la gestion ou gèrent directement de nombreuses institutions sur délégation de l'Etat. Dans cette forme de paritarisme, qualifié de « paritarisme de participation », l'origine des institutions est, comme nous l'avons indiqué, légale ou réglementaire, contrairement aux instances paritaires relevant du paritarisme « pur » qui sont nées de l'accord ¹⁷⁷⁴. La possibilité d'envisager l'existence d'une interprofession universelle qui prospérerait en dehors du cadre conventionnel prend alors tout son sens puisque ces institutions ne fonctionnent pas par l'intermédiaire de l'ANI et sont donc détachées des vicissitudes tenant à la délimitation du champ d'application de l'accord, contrairement à l'approche conventionnelle de la notion. La communauté professionnelle relevant du champ de compétence de ces institutions peut dès lors réunir l'ensemble des professions en application de la loi, nonobstant la capacité limitée des organisations interprofessionnelles à représenter toutes les branches.

Le paritarisme de participation permet ainsi d'envisager l'interprofession en dehors du cadre conventionnel et de contribuer à une approche institutionnelle de la notion. Pour autant, la difficulté se déplacera alors vers l'identification des acteurs autorisés à siéger dans ces instances qui, par-delà les mécanismes classiques de représentation, pourront engager par leur décision l'ensemble des secteurs¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷⁴V. études 233 et s., supra.

¹⁷⁷⁵V. infra.

C. L'appréhension de l'interprofession au travers du « hors champ »

297. Nos interrogations sur les limites de l'interprofession peuvent également se nourrir d'un raisonnement *a contrario* consistant à appréhender non pas les secteurs inclus dans cette communauté professionnelle mais au contraire les secteurs exclus de celle-ci. L'appréhension de ces secteurs, que l'on a pu qualifier de « hors champ », permettrait ainsi de fournir une définition en creux de l'interprofession. Après avoir clarifié la notion de « hors champ » (1), nous tenterons d'en dresser les contours (2).

1- La notion de « hors champ »

298. Une notion floue. Comme le souligne un auteur, la notion de hors-champ « *ne connaît aucune consécration législative ou réglementaire* »¹⁷⁷⁶. Elle correspondrait, pour certains, à une « *notion des plus floues de la négociation interprofessionnelle* »¹⁷⁷⁷. Il semble qu'elle soit apparue dans le domaine du droit de la formation professionnelle (a) avant de recevoir une définition juridique de la part de la doctrine (b).

a) La formation professionnelle, berceau du « hors champ »

299. Emergence. Un éminent spécialiste rappelle qu'en application de la loi fondatrice du 16 juillet 1971, les partenaires sociaux avaient été invités à prendre l'initiative de négocier à propos de la formation professionnelle qui était considérée comme une « garantie sociale » au sens de la loi du 13 juillet 1971 sur la négociation collective, adoptée concomitamment par

¹⁷⁷⁶Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.56.

¹⁷⁷⁷Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.33.

le Parlement¹⁷⁷⁸. Or, le CNPF avait clairement manifesté dès 1972, son hostilité à l'idée même de gestion paritaire dans le domaine de la formation professionnelle, au nom du pouvoir unilatéral du chef d'entreprise¹⁷⁷⁹. C'est par conséquent en dehors de la sphère d'influence du CNPF que se sont développés à partir de 1972 les fonds d'assurance formation prévus par la loi du 16 juillet 1971¹⁷⁸⁰. Comme l'indique l'auteur, des fonds ont ainsi été créés « *sur le fondement de l'autonomie conventionnelle par des organisations syndicales de salariés et d'employeurs considérés comme "hors champ" : le secteur agricole (Fafsea), l'économie sociale (Uniformalion), le secteur sanitaire et social associatif (unifaf), le secteur culturel (Afdas), ainsi que quelques fonds d'assurance formation d'entreprise (le Plaza Athénée...) ou territoriaux* »¹⁷⁸¹. La notion de « hors champ » semble donc avoir émergé pour désigner les secteurs représentés par des organisations patronales non adhérentes du CNPF et plus particulièrement au travers de la question de la gestion paritaire de la formation professionnelle¹⁷⁸². Elle désignerait ainsi des secteurs autres que les secteurs traditionnels de

¹⁷⁷⁸V. Jean-Marie LUTTRINGER, « Réforme de la formation professionnelle : Delors 1971, Macron 2018. Le contexte, La vision, le droit. », *Chronique* 133, 2018, p.8, <http://www.jml-conseil.fr>. L'auteur précise que Joseph Fontanet, ministre du Travail du gouvernement Chaban-Delmas, avait indiqué à l'occasion des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi de 1971 que la notion de « garanties sociales » englobait l'assurance-chômage, les retraites complémentaires, et l'éducation permanente. Nous rappelons toutefois que la loi du 4 mai 2004 a depuis expressément inscrit la formation professionnelle dans la liste des domaines de la négociation collective visés par l'article L. 2221-1 du Code du travail (V. supra note n°160). Elle s'ajoute donc aux « garanties sociales » visées par ce même article depuis la loi du 13 juillet 1971 proclamant le droit à la négociation collective. Il semble ainsi que le législateur n'assimile plus directement la formation aux garanties sociales puisqu'il prend le soin de la distinguer de ces dernières dans les matières générales de la négociation collective. Nous rappelons, par ailleurs, que la doctrine considère que les régimes de retraite complémentaire basés sur la répartition se distinguent des garanties sociales (V. supra note n°773). S'agissant de la formation professionnelle, Jacques Barthélémy considère que l'accord collectif relatif à la formation s'assignant comme objet de créer des droits individuels au travailleur sous forme de congés pour suivre des stages et de prise en charge par l'entreprise du coût des formations est un accord collectif de travail classique au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail mais qu'en revanche, l'accord collectif interprofessionnel organisant l'assurance formation est une « convention collective de sécurité sociale », à l'instar des ANI de retraite complémentaire et d'assurance chômage (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « L'assurance formation, une garantie sociale », *Dr. soc.* 2008, p.1199).

¹⁷⁷⁹Les organisations syndicales étaient également divisées : la CGT était hostile nom de la « collaboration de classe », alors que la CFDT voyait l'avenir dans l'autogestion. Seule la CGT-FO défendait avec conviction cette vision que partageaient également la CFTC et la CFE-CGC. Nous rappelons que des désaccords entre les partenaires sociaux existaient également avant la parution de la loi du 16 juillet 1971 (malgré la signature de l'ANI préfigurateur du 9 juillet 1970) expliquant que cette dernière ait dû créer une contribution financière à la charge de l'employeur et de nature fiscale, contrairement au système de cotisations partagées entre employeurs et salariés en vigueur dans le système originel d'assurance chômage et dans les régimes de retraite complémentaire (V. supra note n°1534).

¹⁷⁸⁰Les secteurs professionnels relevant de la sphère du CNPF (MEDEF) avaient créé de leur côté des ASFO (association patronale de formation) qui ne bénéficiaient pas du principe de mutualisation et ne fonctionnaient pas selon les règles du paritarisme de gestion jusqu'à la refonte de leur fonctionnement, imposé par la loi quinquennale du 20 décembre 1993 (V. Jean-Marie LUTTRINGER, *op. cit.*, p.9). Nous rappelons que la CGPME avait pour sa part créé dès 1972 un fonds d'assurance formation interprofessionnel et national à destination des petites et moyennes entreprises : l'AGEFOS-PME (V. supra note n°1193).

¹⁷⁸¹Jean-Marie LUTTRINGER, *op. cit.*, p.9.

¹⁷⁸²Le thème de la formation professionnelle peut être considéré comme un catalyseur de la construction du dialogue social au sein de certains de ces secteurs « hors champ », ainsi que de la structuration d'un syndicalisme patronal (tout particulièrement dans le secteur de l'économie sociale et solidaire ; V. infra).

l'industrie et du commerce qui constituaient la sphère d'influence originelle du CNPF, même si les statuts de l'actuel MEDEF ont, comme nous l'avons souligné, une vocation à rassembler les entreprises de toute taille et de tout secteur d'activité¹⁷⁸³.

b) La définition juridique du « hors champ »

300. Conceptualisation. Nous venons de voir que la notion de « hors champ » a émergé dans le domaine du droit de la formation professionnelle. C'est essentiellement dans ce domaine que le concept a été appréhendé sur un plan juridique par la doctrine avant que la notion ne soit reprise, comme nous le verrons dans la suite de notre étude, dans les débats parlementaires préalable à l'adoption de la loi du 5 mars 2014 sur la représentativité patronale¹⁷⁸⁴.

Ainsi, dans un article consacré à l'analyse du volet formation de la loi du 4 mai 2004 et des stipulations de l'ANI préfigurateur du 20 septembre 2003¹⁷⁸⁵, Jean-Marie Luttringer indique : « *Sont dans le champ de l'ANI, toutes les entreprises relevant d'une organisation patronale signataire (les entreprises adhérentes aux branches regroupées au sein du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA). Toutes les autres entreprises du secteur privé sont réputées hors champ. Juridiquement, l'ANI ne leur est pas applicable. Un éventuel arrêté d'extension n'aurait d'effet qu'à l'intérieur du champ pour les entreprises non adhérentes aux organisations signataires* »¹⁷⁸⁶. Le hors champ regroupe donc, selon cette approche, toutes les entreprises du secteur privé qui ne sont pas dans le champ d'un ANI, c'est-à-dire qui ne relèvent pas d'une organisation patronale signataire. L'auteur prend soin d'ajouter que l'extension de l'ANI n'aura aucun effet à l'égard de ces entreprises puisqu'elle ne permettra de rendre l'accord applicable qu'aux entreprises non adhérentes des organisations patronales signataires mais comprises dans le champ d'application, conformément à la lettre de l'article L. 2261-15 du Code du travail.

301. Complément. Cette définition, datant de 2004, peut être utilement enrichie par la jurisprudence Michelin de 2005 qui est venue préciser, comme nous l'avons vu, que le champ d'application de l'ANI étendu est déterminé en regard de la représentativité de l'organisation

¹⁷⁸³V. supra note n°1350.

¹⁷⁸⁴V. infra.

¹⁷⁸⁵Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003, relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle, *Dr. soc.* 2004, p.527 ; *adde* Vincent MERLE, « Un accord historique ? » *Dr. soc.* 2004, p.455.

¹⁷⁸⁶Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p.472.

interprofessionnelle signataire au sein des branches. Ainsi, en application de ce principe, Lydie Dauxerre souligne : « Une organisation à caractère interprofessionnel, signataire d'un accord de même nature, mais dont la représentativité pour un secteur d'activité n'est pas établie, ne saurait l'engager ; il demeure hors du champ d'application de l'accord, lequel ne saurait être modifié par un arrêté d'extension »¹⁷⁸⁷.

Le « hors champ » recouvre donc les secteurs ou branches exclus du champ d'application d'un ANI étendu.

L'ancien Directeur Général du Travail, Jean-Denis Combrexelle, en donne d'ailleurs la définition suivante dans son rapport préfigurant la réforme de la représentativité patronale issue de la loi du 5 mars 2014 : « Sont visés par cette notion de "hors champ" les secteurs qui, du fait de l'absence d'affiliation de leurs organisations à l'une des trois confédérations interprofessionnelles représentatives au niveau national, ne sont pas couverts par un accord national interprofessionnel (ANI) même étendu »¹⁷⁸⁸.

302. Limites. A l'instar de l'interprofession, la notion de « hors champ » reçoit donc une définition liée à la délimitation du champ d'application de l'ANI. L'interprofession regroupe les secteurs ou branches d'activité compris dans le champ d'application de l'ANI et le « hors champ », par une définition « en miroir », ceux ou celles exclus du champ. L'extension n'a pour seul effet que d'accroître le nombre d'entreprises du champ auxquelles l'ANI s'appliquera mais en aucun cas de modifier les périmètres sectoriels de l'interprofession et du « hors champ ». La représentativité de l'organisation patronale signataire dans les branches restera dans tous les cas le marqueur des limites de l'interprofession et du « hors champ » (justifiant que l'on s'intéresse plus précisément à l'apport de la représentativité à la notion d'interprofession dans la suite de notre étude).

L'élargissement permet certes d'exporter l'accord en dehors de son champ d'application et de le rendre, de prime abord, applicable aux secteurs « hors champ »¹⁷⁸⁹. Jean-Denis Combrexelle indique d'ailleurs à ce propos : « il existe une procédure d'élargissement qui permet de rendre applicable l'ANI étendu à l'ensemble des secteurs y compris à ceux des

¹⁷⁸⁷Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S* 2006, 1609.

¹⁷⁸⁸Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.33.

¹⁷⁸⁹Nous rappelons la position du Professeur Despax qui tend à considérer qu'au-delà d'une exportation de l'accord en dehors de son champ d'application, l'élargissement emporterait une modification de ce champ (V. supra note n°1418). En indiquant expressément que l'élargissement a pour effet de « *Rendre obligatoire dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans son champ d'application un accord interprofessionnel étendu* », l'article L. 2261-17 3° semble toutefois contredire cette position, au moins pour le niveau interprofessionnel (V. supra note préc.).

*secteurs dits "hors champ" »*¹⁷⁹⁰, tout en soulignant que « *L'application du dispositif de la loi du 31 janvier 2007 a rendu cette procédure sans objet dès lors que la plupart des ANI sont maintenant transposés dans une loi* »¹⁷⁹¹. Si l'on peut effectivement constater une certaine obsolescence de cette procédure dès lors que les ANI font la plupart du temps l'objet d'une transposition législative¹⁷⁹², l'utilisation de l'élargissement pour « régler » la question du « hors champ » présente également des limites puisqu'il ne pourra intervenir, comme nous l'avons à maintes reprises souligné, que dans des situations de carence de la négociation collective que l'on ne rencontre pas forcément dans tous ces secteurs « hors champ »... Il n'est donc pas exact de soutenir que l'élargissement permet de rendre l'ANI étendu applicable « *à l'ensemble des secteurs* » et de gommer par là-même la question du « hors champ ». A l'instar du constat que nous avons dressé pour l'interprofession¹⁷⁹³, nous pouvons conclure, au contraire, que les limites de l'extension ne sont pas compensées par l'apport de l'élargissement dans une définition du « hors champ ». Nous ne pouvons dès lors que souscrire à la remarque de l'ancien DGT lorsqu'il indique que « *Les secteurs dits "hors champ" correspondent à un ensemble aux contours mouvants* »¹⁷⁹⁴ ...

2- Les contours du « hors champ »

303. Synthèse. Le hors champ peut donc se définir comme l'ensemble des secteurs ou branches exclus du champ d'application de l'ANI même étendu ou, autrement dit, comme l'ensemble des secteurs ou branches au sein desquels les organisations patronales signataires ne sont pas représentatives. Si un travail d'inventaire a pu être entrepris (a), cette référence au champ d'application de l'ANI, qui demeure gouverné par la relativité des effets du contrat, rend délicate toute tentative d'approche exhaustive (b).

¹⁷⁹⁰Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.33.

¹⁷⁹¹*Idem*, p.34.

¹⁷⁹²Nous avons indiqué que la transposition législative des ANI explique la faiblesse du nombre de contentieux liés à leur élargissement (V. supra notes n°s 1719 et 1738). La procédure d'élargissement demeure toutefois d'actualité, comme nous l'avons à maintes reprises souligné, pour les ANI de retraite complémentaire et a fait l'objet d'une « réactualisation » au niveau de la branche puisque le Code du travail en fait un outil à la disposition du ministre dans le chantier de restructuration des branches professionnelles (V. *C. trav.*, art. L. 2261-32 II.).

¹⁷⁹³V. étude 282 supra.

¹⁷⁹⁴Jean-Denis COMBREXELLE, *op. cit.*

a) L'inventaire des secteurs « hors champ »

304. Référence textuelle. Bien que la notion ne soit pas appréhendée en tant que telle par le législateur, Pascal Caillaud soutient que l'on pourrait identifier le « hors champ » en se référant au Code du travail dans sa rédaction antérieure à la recodification du 1^{er} mai 2008¹⁷⁹⁵. Comme nous l'avons précédemment souligné, certaines dispositions de l'ancien Code du travail ont pu, en effet, faire l'objet de modifications rendues nécessaires par les objectifs assignés par les lois d'habilitation, malgré un principe de recodification à droit constant¹⁷⁹⁶. Tel a été le cas de l'ancien article L. 131-2 du Code du travail qui listait les différents secteurs que les réformes successives avaient progressivement intégrés dans le champ d'application des règles relatives à la négociation collective¹⁷⁹⁷ mais que l'article L. 2211-1, issu de la recodification de 2008, a considérablement simplifié¹⁷⁹⁸.

Dans sa dernière rédaction, l'article L. 131-2 était ainsi rédigé : « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux professions industrielles et commerciales, aux professions agricoles qui utilisent les services des salariés définis par l'article L. 722-20 du code rural, aux professions libérales, aux offices publics et ministériels, aux employés de maison, aux concierges et gardiens d'immeubles à usage ou non d'habitation ou à usage mixte, aux travailleurs à domicile, aux assistants maternels, aux assistants familiaux, au personnel des sociétés civiles, des syndicats professionnels, des sociétés mutualistes, des organismes de sécurité sociale qui n'ont pas le caractère d'établissements publics et des associations ou de tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet. / Elles s'appliquent aux entreprises publiques, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial dans les conditions définies au chapitre*

¹⁷⁹⁵V. Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. pp.56-57.

¹⁷⁹⁶V. études 146 et 147 supra.

¹⁷⁹⁷Nous rappelons que la loi du 24 juin 1936 avait été pensée pour l'industrie et le commerce et que les autres secteurs demeuraient exclus des dispositions relatives aux conventions collectives susceptibles d'extension (V. étude 26 supra). Des réformes successives ont progressivement intégrés ces secteurs dans le champ du droit commun de la négociation collective, notamment la loi du 11 février 1950 (V. André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4e éd., Dalloz, 1951, n°197, pp.255-256).

¹⁷⁹⁸L'article L. 2211-1 du Code du travail fixant le champ d'application des règles relatives à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail dispose : « *Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. / Elles sont également applicables : 1° Aux établissements publics à caractère industriel et commercial ; 2° Aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé* ».

IV du présent titre. / Elles s'appliquent également aux entreprises adaptées et aux centres de distribution du travail à domicile ».

En énumérant les différents champs d'activité du secteur privé, l'ancien article L. 131-2 du Code du travail permettrait ainsi, selon Pascal Caillaud, d'identifier les secteurs que l'on qualifie de « hors champ », c'est-à-dire « *les secteurs professionnels échappant au champ d'application des ANI signés par le Medef, la CGPME et l'UPA, ces dernières étant représentatives dans les professions industrielles et commerciales* »¹⁷⁹⁹.

Fort de cette référence textuelle, l'auteur dresse alors la liste des secteurs professionnels « hors champ » en 2012, année de la rédaction de son étude :

*« Les professions agricoles (qui utilisent les services des salariés définis par l'article L. 722-20 du Code rural) ; les professions libérales ; les offices publics et ministériels ; les employés de maison, concierges et gardiens d'immeubles à usage ou non d'habitation ou à usage mixte ; les travailleurs à domicile, assistants maternels, assistants familiaux ; les personnels des sociétés civiles ; les syndicats professionnels ; les sociétés mutualistes ; les organismes de sécurité sociale (qui n'ont pas le caractère d'établissements publics) ; les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet »*¹⁸⁰⁰.

Selon cette approche, le « hors champ » pourrait donc être « légalement » identifié et comprendrait finalement toutes les professions soumises au droit de la négociation collective autres que les professions industrielles et commerciales (au sein desquelles le MEDEF, la CGPME et l'UPA seraient représentatives), les entreprises publiques, les EPIC et les EPA y compris lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé, ainsi que les entreprises adaptées et les centres de distribution du travail à domicile que l'auteur ne semble pas reprendre dans sa liste.

Si cet inventaire a le mérite de prendre position sur cette délicate question, cette méthode d'identification du « hors champ » nous semble cependant trop figée. En effet, cette liste sera tout d'abord susceptible d'évoluer au gré des alliances patronales qui, nous y reviendrons, permettront à certains de ces secteurs « hors champ » de rejoindre le « plein champ », c'est-à-dire l'interprofession¹⁸⁰¹. Par ailleurs, le raccourci tendant à considérer que les professions industrielles et commerciales sont forcément dans le champ de l'ANI au motif que le MEDEF, la CGPME et l'UPA en seraient représentatives souffre de la démonstration contraire fournie

¹⁷⁹⁹Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p. 57.

¹⁸⁰⁰*Ibidem*.

¹⁸⁰¹Nous visons notamment les professions libérales qui ont depuis rejoint l'interprofession au sein de l'U2P (V. infra).

par l'arrêt Michelin : la branche du caoutchouc et des polymères, bien que relevant de l'industrie, demeure hors du champ d'application de l'ANI puisque son organisation patronale représentative n'est pas adhérente d'une organisation interprofessionnelle signataire¹⁸⁰². Enfin, les EPIC et les EPA employant du personnel dans les conditions du droit privé, qui sont soumis aux règles de droit commun de la négociation collective, ne doivent-ils pas être considérés comme « hors champ » dès l'instant où ils n'adhèrent pas à une organisation interprofessionnelle signataire ?

305. Approche administrative. Dans une instruction du 8 décembre 2009 relative à la mise en œuvre des dispositions de l'avenant n°4 à l'ANI sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008, la Direction Générale du Travail semble également prendre position sur la liste des secteurs « hors champ ».

Il convient tout d'abord de rappeler que l'ANI du 11 janvier 2008 a instauré dans son article 12 a) le principe d'une rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée soumise à l'homologation de l'administration du travail et en a fixé les conditions et modalités¹⁸⁰³. L'article en question prévoyait une indemnisation du salarié ayant accepté de rompre conventionnellement son contrat de travail sous forme d' « *une indemnité spécifique non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux et dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité de rupture prévue à l'article 11 ci-dessus* »¹⁸⁰⁴. Or, l'article 11 de l'ANI instituait, dans l'objectif de rationaliser le calcul des indemnités de rupture du contrat à durée indéterminée, une « *indemnité de rupture interprofessionnelle unique dont le montant ne peut être inférieur, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, à partir de 1 an d'ancienneté dans l'entreprise, à 1/5 de mois par année de présence* ». La référence à l'application de dispositions conventionnelles plus favorables étant sujette à discussion dans la détermination de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle¹⁸⁰⁵, certaines organisations signataires ont précisé dans un procès-verbal d'interprétation du 15 décembre 2008 que les dispositions en question visaient les indemnités de licenciement prévues par la convention collective

¹⁸⁰²Nous rappelons toutefois qu'à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, la question de l'existence d'une présomption de représentativité des organisations interprofessionnelles dans l'ensemble des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services se pose (V. étude 276 supra).

¹⁸⁰³V. notamment Françoise FAVENNEC-HÉRY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord », *Dr. soc.* 2008, p.311 ; Xavier PRÉTOT, « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Dr. soc.* 2008, p.316.

¹⁸⁰⁴ANI 11 janv. 2008, art. 12 a).

¹⁸⁰⁵V. Stéphane BÉAL, « Difficultés d'interprétation de l'Ani du 11 janvier 2008 », *SSL* 2009, n°1386, p.3.

applicable¹⁸⁰⁶. Les parties signataires ont ensuite sécurisé le dispositif en signant, le 18 mai 2009, un avenant interprétatif stipulant : « *A l'article 12 a, à la fin du premier tiret du paragraphe relatif à l'accès aux indemnités de rupture, après les mots "prévues à l'article 11 ci-dessus", il est ajouté le membre de phrase suivant : "ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective applicable" »*¹⁸⁰⁷. Cet avenant, soumis à l'extension¹⁸⁰⁸, confirme donc que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsque cette dernière est supérieure à l'indemnité légale de licenciement¹⁸⁰⁹.

En l'absence d'une transposition complète de l'accord et plus particulièrement des stipulations relatives au versement plus favorable de l'indemnité conventionnelle de licenciement¹⁸¹⁰, le ministère du Travail a souhaité clarifier le régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée. Ainsi, dans son instruction du 8 décembre 2009¹⁸¹¹, la Direction Générale du Travail apporte la précision suivante : « *Dans le cadre de l'ANI [du 11 janvier 2008] précité, trois organisations patronales (MEDEF, CGPME et UPA) ont conclu un avenant (n°4, signé le 18 mai 2009, étendu par arrêté en date du 26 novembre 2009) stipulant que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsque cette dernière est supérieure à l'indemnité légale de licenciement. Depuis la signature de l'avenant, tout employeur adhérent aux organisations patronales précitées est soumis à cette obligation. A compter du 28 novembre 2009 (lendemain de la publication au Journal officiel de l'arrêté*

¹⁸⁰⁶Le procès-verbal indique que l'article 12-a) de l'ANI « *prévoit qu'en cas de rupture conventionnelle, le salarié doit bénéficier d'une indemnité spécifique dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité de rupture prévue à l'article 11 dudit accord qui prévoit que celui-ci est égal à 1/5^{ème} de mois par année d'ancienneté, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. Les dispositions conventionnelles plus favorables auxquelles il est ainsi fait référence visent les dispositions relatives au montant des indemnités de licenciement prévues par la convention collective applicable. C'est donc bien le montant des indemnités de licenciement prévues par la convention collective applicable auquel renvoie l'article 12-a) précité et qui, lorsqu'il est supérieur au montant de l'indemnité légale de licenciement, doit constituer le plancher de l'indemnité spécifique due en cas de rupture conventionnelle* ».

¹⁸⁰⁷Avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'accord du 11 janvier 2008 relatif aux indemnités de rupture en cas de licenciement, art. 2 (NOR : aset0950631m).

¹⁸⁰⁸Arr. 26 nov. 2009 portant extension d'un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JORF 27 nov. 2009.

¹⁸⁰⁹La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail et résultant de l'ANI du 11 janvier 2008 (V. supra note n°1494) avait entre-temps consacré légalement le dispositif de rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée aux articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail. Dans ce cadre, l'article L. 1237-13 du Code du travail dispose que le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du même code.

¹⁸¹⁰V. supra note n°1495.

¹⁸¹¹Instruction DGT n°2009-25 du 8 décembre 2009 relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, B.O. Emploi, Travail, Formation professionnelle, Cohésion sociale, n°12, 30 déc. 2009, 1 / 68.

d'extension de l'avenant), il en est de même pour les autres employeurs, à l'exception des professions agricoles et des professions libérales, du secteur de l'économie sociale et du secteur sanitaire et social, et enfin du particulier employeur (qui demeurent hors du champ de l'avenant et donc soumis aux seules dispositions légales). En application du principe de faveur, le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est celui de l'indemnité conventionnelle lorsque celle-ci est supérieure à l'indemnité légale ».

En détaillant l'effet de l'avenant n°4 à l'ANI du 11 janvier 2008 et de son extension, l'administration confirme donc que le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement supérieure à l'indemnité légale s'impose dans les entreprises comprises dans le champ d'application de l'ANI et de ses avenants mais pas dans les secteurs situés en dehors du champ, qui ne sont soumis en la matière qu'aux seules dispositions de l'article L. 1237-13 du Code du travail¹⁸¹². Si elle suit en cela fidèlement les dispositions de l'article L. 2261-15 du Code du travail relatives aux effets de l'extension, la DGT estime toutefois devoir en préciser les limites professionnelles en soulignant qu'elle rend l'accord applicable aux « *autres employeurs* » (sous-entendu aux autres employeurs que ceux syndiqués mais compris dans le champ d'application de l'accord), « *à l'exception* » de certains secteurs qui « *demeurent hors du champ de l'avenant* » et dont elle entreprend de dresser la liste. Sont ainsi expressément visés : les professions agricoles, les professions libérales, le secteur de l'économie sociale, le secteur sanitaire et social, ainsi que le secteur du particulier employeur. Cette énumération paraît au demeurant limitative, si l'on en juge par l'emploi de l'adverbe « *enfin* ».

Le « hors champ » correspondrait donc à ces secteurs selon le ministère du Travail.

306. Une liste non limitative. La question du caractère limitatif ou non de la liste fournie par l'instruction de la DGT du 8 décembre 2009 a toutefois donné lieu à plusieurs contentieux et suscité un débat entre les juges du fond. La cour d'appel de Rennes a déduit que

¹⁸¹²V. supra note n°1495. La Cour de cassation a été amenée à confirmer cette solution en lui donnant une portée maximale. Elle a jugé, tout d'abord, qu'en raison de la rédaction limitative de l'article L. 1237-13 du Code du travail, les entreprises des secteurs hors champ sont soumises à la seule indemnité légale de licenciement de droit commun prévue par l'article L. 1234-9 du Code du travail pour le calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, y compris lorsque des dispositions légales ou réglementaires prévoient des indemnités de licenciement plus favorables dans certaines de ces professions (V. Cass. soc., 3 juin 2015, *RJS* 2015, n°564 ; *D.* 2015, p.1276 et p.1384, chron. Emmanuelle WURTZ, Fanélie DUCLOZ, Catherine SOMMÉ, Sabine MARIETTE et Nathalie SABOTIER ; *Dr. soc.* 2015, p.746, obs. Jean MOULY ; *RDT* 2015, p.458, obs. Gilles AUZERO ; *Légipresse* 2015, p.396 et p.480, comm. Frédéric GRAS ; *Cah. soc.* juill. 2015, n°116q4, p.375, obs. Julien ICARD ; Cass. soc., 30 sept. 2020, *D.* 2020, p.1959 ; *BJT* nov. 2020, n°114g9, p.20, note Julien ICARD). La Chambre sociale a jugé, ensuite, que dans les entreprises relevant du champ de l'ANI de 2008 et de son avenant, le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement doit être retenu comme le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, y compris lorsque l'accord collectif réserve son application à certains motifs de licenciement (V. Cass. soc., 5 mai 2021, *JCP E* 2021, act. 362 ; *JCP S* 2021, 1190, comm. Jean-Philippe TRICOIT ; *Dr. soc.* 2021, p.748, obs. Jean MOULY ; *BJT* juin 2021, n°200f7, p.16, note Julien ICARD).

cette liste était limitative et que les secteurs non expressément visés étaient tenus de verser au moins l'indemnité conventionnelle de licenciement¹⁸¹³. D'autres cours d'appel ont, en revanche, souligné le caractère non limitatif des dispositions de l'instruction pour refuser d'accorder au salarié une indemnité calculée par référence aux dispositions conventionnelles. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a relevé, dans un litige opposant la société TF1 à une de ses salariées, que cette société « *ne fait partie d'aucune branche dûment constituée représentée par une des organisations patronales signataires* [de l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008] » et qu'il n'était pas démontré, contrairement à ce que soutenait la salariée, que « *le MEDEF est représentatif parmi les entreprises de l'audiovisuel* ». Les juges ont considéré ensuite qu'il « *n'est pas démontré que cet accord national interprofessionnel a vocation à s'appliquer dans tous les secteurs d'activité* » et qu'« *Une instruction de la Direction générale du travail du 8 décembre 2009 a d'ailleurs énoncé les secteurs professionnels dans lesquels l'avenant étendu ne s'appliquait pas sans que cette liste soit limitative* »¹⁸¹⁴. La Cour d'appel de Nancy a jugé, de son côté, que « *la convention collective de l'Edition est exclue du champ d'application de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, conformément à la position de la direction générale du travail du 28 juillet 2010 relative à l'instruction DGT n° 2009-25 du 8 décembre 2009 afférente au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle qui énonce une liste non exhaustive des secteurs a priori exclus du champ d'application de l'avenant n° 4 précité* »¹⁸¹⁵.

Saisie dans une affaire à rebondissements, la Cour de Cassation a mis un terme à cette question en donnant raison à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté un salarié, dont l'employeur relevait du secteur de l'audiovisuel, de sa demande de versement de l'indemnité conventionnelle, au motif que « *l'avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective*

¹⁸¹³CA Rennes, 2 sept. 2016, n°14/03330, *FRS* 27/16, p.23, note Jeannie CREDOZ-ROSIER. Dans l'affaire en question, les juges du fond ont condamné une association sportive à verser à un de ses salariés ayant accepté la rupture conventionnelle de son contrat de travail, le montant de l'indemnité conventionnelle prévue par la Convention collective du sport, plus favorable que l'indemnité légale, au motif que la liste établie par l'instruction ministérielle était opposable à l'employeur. La Cour d'appel considérait ainsi que le secteur associatif, qui n'était pas expressément visé par l'instruction, relevait des dispositions de l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008. Elle concluait donc en cela que seuls les secteurs expressément visés par l'instruction étaient hors champ. Nous nous interrogeons toutefois sur une possible confusion des juges du fond qui, au-delà de la question du caractère limitatif ou non de la liste, auraient peut-être dû considérer qu'une association sportive à but non lucratif relevait du secteur de l'économie sociale et solidaire (V. infra).

¹⁸¹⁴CA Versailles, 20 mai 2014, n° 12/02809.

¹⁸¹⁵CA Nancy, 30 août 2017, n°16/02668, *RJS* 2017, n°731 ; *FRS* 18/17, p.8. Nous soulignons que la DGT avait été saisie dans cette affaire et avait conclu que le secteur de l'Edition ne relevait pas du champ d'application de l'ANI et donc que la liste des secteurs hors champ qu'elle avait elle-même établie n'était pas exhaustive.

de branche signée par une fédération patronale adhérente du Mouvement des entreprises de France (le MEDEF), de l'Union professionnelle artisanale (l'UPA) ou de la Confédération des petites et moyennes entreprises (la CGPME) »¹⁸¹⁶. La Cour de cassation confirme ainsi, comme elle l'avait jugé à propos de l'ANI du 17 mars 1975 et de ses avenants dans l'affaire Michelin, que l'arrêté d'extension ne rend pas l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 applicable dans les entreprises qui ne relèvent pas du champ d'application territorial et professionnel de l'accord tel que délimité par la représentativité de ses signataires¹⁸¹⁷. Cela étant, en jugeant ainsi à propos du secteur de l'audiovisuel que l'instruction de la DGT du 8

¹⁸¹⁶Cass. soc., 27 juin 2018, *RJS* 2018, n°592 ; *FRS* 16/18, p.5 ; 21/18, p.15, note Jeannie CREDOZ-ROSIER et Inès MAROIE (V. supra note n°1698). En l'espèce, un salarié, journaliste à France Télévisions, avait conclu une rupture conventionnelle avec son employeur en 2010. Il avait contesté devant le juge prud'homal le montant de l'indemnité de rupture qui lui avait été alloué, calculé par référence au montant de l'indemnité légale de licenciement. En sa qualité de journaliste, il estimait pouvoir prétendre à l'indemnité spécifique de licenciement des journalistes, prévue par l'article L. 7112-3 du Code du travail, et nettement plus favorable que l'indemnité légale de licenciement. Ces prétentions avaient cependant été rejetées par la Cour de Cassation qui avait jugé que, pour le calcul du minimum de l'indemnité de rupture conventionnelle, il faut se référer aux dispositions de l'article L 1234-9 du Code du travail, relatif à l'indemnité de licenciement « de droit commun » (V. Cass. soc. 3 juin 2015, supra note n°1812). L'affaire ayant été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, le salarié avait repris devant cette dernière ses demandes initiales et formé une nouvelle demande indemnitaire. Il faisait en effet valoir, à titre subsidiaire, qu'à défaut de lui verser l'indemnité spécifique des journalistes l'employeur aurait dû, a minima, lui accorder l'indemnité conventionnelle de licenciement, en application de l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008.

¹⁸¹⁷Nous avons souligné que la Cour de cassation admettait ici que la signature de la convention collective de branche, dont relève l'employeur du fait de son activité, par une fédération patronale adhérente d'une organisation interprofessionnelle signataire de l'ANI constituait un indice de cette représentativité (V. étude 275 supra). Dès l'instant où l'activité de l'employeur ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente d'une des trois organisations interprofessionnelles signataires de l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008, l'employeur se trouve exclu du champ de l'avenant et l'extension de ce dernier ne peut donc l'atteindre puisqu'elle n'a d'effet que dans le champ.

décembre 2009 ne vise pas expressément, la Cour de cassation confirme également que la liste des secteurs hors champ fournie par cette instruction n'est pas limitative¹⁸¹⁸.

b) La difficulté d'une approche exhaustive du « hors champ »

307. Contingence. Dans son approche initiale du « hors champ »¹⁸¹⁹, Jean-Marie Luttringer indique : *« C'est en réalité la loi qui « généralise » les dispositions de l'ANI, aux entreprises et branches du « hors champ » soit environ 4 millions de salariés (25 % du secteur privé). Des secteurs aussi importants que l'Agriculture, l'Économie sociale, le spectacle et l'audiovisuel, la presse écrite, des entreprises publiques (EDF-GDF, SNCF, RATP), les organismes de Sécurité sociale, sont "hors champ" »*¹⁸²⁰. Effectivement, comme le souligne l'auteur, seule une transposition de l'accord dans la loi permettra de ramener totalement le hors champ dans le champ. Les difficultés à cerner le périmètre exact de l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI et de ses vecteurs de dilatation que sont l'extension et

¹⁸¹⁸Dans les prémices de cette affaire, la DGT avait également été saisie par l'employeur et elle avait indiqué, dans une lettre du 15 février 2010, que la Société France Télévisions *« ne relève désormais d'aucune branche dûment constituée. L'association des employeurs du service public audiovisuel (AESPA) ayant été dissoute, France Télévisions ne serait adhérente qu'au syndicat des éditeurs publics de programmes (ESPP), qui lui-même n'est adhérent à aucune organisation interprofessionnelle signataires de l'avenant n°4. Dans l'hypothèse où les négociations en cours aboutiraient à une branche nouvelle regroupant les secteurs audiovisuels public et privé, les deux organisations patronales représentatives du secteur audiovisuel privé, à savoir le syndicat des télévisions privées (STP pour TF1, M6, Canal+) et ACCESS (pour les chaînes du câble et du satellite), ne sont pas non plus adhérentes au MEDEF ou à la CGPME », et qu'« en conséquence France Télévisions est placée hors du champ de l'avenant n°4 et n'est donc soumise qu'aux dispositions légales en matière de rupture conventionnelle »* (V. Cass. soc., 27 juin 2018, préc.). De même, dans une autre lettre datée du 4 juin 2010, la DGT avait indiqué que le secteur professionnel de la presse - auquel le salarié revendiquait son appartenance en tant que journaliste - était a priori exclu du champ de l'avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 puisqu'aucune organisation patronale représentative dans le secteur de la presse n'était adhérente à l'une des organisations interprofessionnelles signataires (V. Frédéric GRAS, *Légipresse* 2015, p.480, comm. sous Cass. soc. 3 juin 2015 préc.). La Cour d'appel de Paris intervenant sur renvoi après le premier arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2015 (V. supra notes n°s 1812 et 1816) avait d'ailleurs expressément visé les entreprises du secteur de la presse en complément de la liste fournie par l'instruction de la DGT, tout en soulignant que cette liste n'était pas limitative : *« Selon l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 précité, le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur au montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale de licenciement. Cet avenant, étendu par arrêté du 26 novembre 2009, régit tous les employeurs et tous les salariés compris dans le champ d'application de cet accord national interprofessionnel. Toutefois, il ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), de l'Union professionnelle artisanale (UPA) ou de la Confédération des petites et moyennes entreprises (CGPME). Ainsi ne sont notamment pas soumis à ces dispositions les particuliers employeurs, les employeurs des professions agricoles et des professions libérales, du secteur de l'économie sociale, du secteur sanitaire et social et les entreprises relevant du secteur de la presse. »* (CA Paris, 1^{er} fév. 2017, n°15/05990).

¹⁸¹⁹Nous rappelons que l'expression « hors champ » a émergé dans les écrits d'auteurs spécialistes du droit de la formation et plus particulièrement ceux de Jean-Marie Luttringer (V. supra).

¹⁸²⁰Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p.472.

l'élargissement se retrouvent logiquement, comme nous l'avons précédemment souligné¹⁸²¹, dans notre approche du « hors champ ». Malgré sa vocation à embrasser l'ensemble des branches professionnelles et son aspect de « quasi-règlement » - pour reprendre à nouveau la formule de Jacques Barthélémy - l'ANI conserve indéniablement une nature contractuelle expliquant que la délimitation entre l'interprofession et le « hors champ » soit contingente. Premièrement, si au stade de sa conclusion l'ANI ne s'applique qu'aux entreprises adhérentes aux organisations signataires, une application volontaire ou une adhésion à l'accord en application des articles L. 2261-3 et suivants du Code du travail¹⁸²² permettront à des entreprises du « hors champ » d'appliquer ses dispositions, ce qui impactera le tracé d'une ligne de démarcation avec l'interprofession¹⁸²³. Deuxièmement, et inversement, l'extension nécessitera un engagement volontaire de la branche, matérialisé par l'adhésion de son organisation patronale représentative à l'organisation interprofessionnelle signataire, pour que les entreprises appartenant à cette branche se voient appliquer les stipulations de l'ANI, cette manifestation de volonté modelant, là encore, la frontière entre l'interprofession et le « hors champ » (le débat sur le caractère limitatif ou non de la liste des secteurs « hors champ » établie par la DGT à propos des effets de l'extension de l'avenant à l'ANI du 11 janvier 2008 illustrant parfaitement cela...). Troisièmement, enfin, l'élargissement ne permettra pas, contrairement à ce qui a été parfois soutenu, d'abattre la frontière entre l'interprofession et le « hors champ » puisqu'une carence de la négociation collective ne pourra pas être démontrée dans l'ensemble des secteurs se situant en dehors du champ d'application naturel de l'ANI (c'est-à-dire dans toutes les branches où les organisations patronales interprofessionnelles signataires ne sont pas représentatives). Une frontière sera au contraire dressée et ses contours fluctueront en fonction de la persistance d'une impossibilité de conclure un accord au sein des branches se situant en dehors du champ d'application de l'ANI, conformément aux exigences de l'article L. 2261-17 du Code du travail¹⁸²⁴.

¹⁸²¹V. étude 302 supra.

¹⁸²²V. études 200 à 202 supra.

¹⁸²³Nous pouvons citer, à titre d'exemple, la procédure d'adhésion aux ANI des 5 décembre 2003 et 7 janvier 2009 entamée par le syndicat employeur de l'économie sociale (V. Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p. 58).

¹⁸²⁴V. étude 281 supra. L'application forcée de l'ANI dans les secteurs « carencés » semble par ailleurs susceptible d'évolution si l'on s'en tient aux dispositions de l'article L. 2261-30 du Code du travail qui prévoient que l'arrêté d'élargissement devient caduc dès lors qu'une convention ou qu'un accord est ultérieurement conclu dans le secteur considéré. Nous rappelons toutefois nos interrogations sur l'application de ces dispositions au cas précis de l'élargissement d'un ANI (V. supra note n°1424).

308. Constat. Les effets de l'extension et de l'élargissement conservant un caractère limité en raison de la nature contractuelle de l'ANI, il semble donc difficile de lister de manière exhaustive les secteurs relevant du champ, c'est à dire de l'interprofession, et ceux « hors champ ». Les manifestations de volonté des organisations patronales de branche d'adhérer aux organisations interprofessionnelles signataires de l'ANI ou de se livrer à une activité conventionnelle au sein de la branche influenceront directement sur le tracé de la ligne démarcation. La mouvance dont fait état Jean-Denis Combrexelle semble donc bien caractériser le « hors champ »¹⁸²⁵.

309. Approche non exhaustive. Nous pouvons tenter, malgré tout, de répertorier un certain nombre de secteurs « hors champ » en compilant les différentes sources doctrinales, administratives et jurisprudentielles que nous venons d'examiner.

Ainsi, dans son article pionnier, Jean-Marie Luttringer cite « *l'Agriculture, l'Économie sociale, le spectacle et l'audiovisuel, la presse écrite, des entreprises publiques (EDF-GDF, SNCF, RATP) et les organismes de Sécurité sociale* »¹⁸²⁶.

Dans son rapport sur la représentativité patronale, Jean-Denis Combrexelle dresse la liste suivante : « [...] (*professions libérales, professions agricoles, économie sociale, assistants maternels et salariés des particuliers employeurs, presse...*) »¹⁸²⁷.

La liste fournie par l'instruction de la DGT du 8 décembre 2009 à propos de l'application de l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 comporte, quant à elle, les professions agricoles, les professions libérales, le secteur de l'économie sociale, le secteur sanitaire et social, ainsi que le secteur du particulier employeur¹⁸²⁸. A cette liste, qu'ils ont jugée non limitative, les juges du fond et la Cour de cassation ont ajouté les secteurs de la presse, de l'édition et de l'audiovisuel¹⁸²⁹. Par ailleurs, en jugeant, toujours à propos du montant de l'indemnité de rupture conventionnelle, que le personnel des Offices publics de l'habitat devait percevoir l'indemnité de licenciement de droit commun en application des dispositions de l'article L. 1237-13 du Code du travail et à l'exclusion des dispositions réglementaires propres

¹⁸²⁵V. supra note n°1794.

¹⁸²⁶Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p.472 (V. supra note n°1820).

¹⁸²⁷Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.33. Cette énumération n'est bien évidemment pas exhaustive selon l'auteur, qui prend le soin de terminer son énumération par trois points de suspension. S'agissant des professions libérales, nous rappelons que ces dernières ont rejoint l'interprofession depuis la création de l'U2P (V. infra).

¹⁸²⁸V. étude 305 supra.

¹⁸²⁹V. étude 306 supra.

à ce secteur en matière de licenciement¹⁸³⁰, la Cour de cassation a été amené à confirmer que ce secteur se situait également hors du champ de l'avenant du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008¹⁸³¹.

Enfin, il convient de rappeler que dans l'affaire Michelin, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la branche du caoutchouc et des polymères était hors champ de l'ANI du 17 mars 1975 signé par le CNPF, devenu par la suite le MEDEF.

310. Bilan. Dans l'acception la plus communément admise, la notion de « hors champ » désigne donc les secteurs professionnels ou branches d'activité qui échappent au champ d'application des accords signés par les organisations patronales interprofessionnelles, y compris lorsque ces accords sont étendus. Autrement formulée, la définition du « hors champ » s'entend comme l'ensemble des branches d'activité au sein desquelles les organisations patronales interprofessionnelles ne sont pas représentatives et que l'extension ne peut donc atteindre. S'agissant de l'élargissement, ce dernier permet d'exporter l'accord étendu en dehors de son champ d'application et donc d'atteindre le « hors champ » mais uniquement dans les branches souffrant d'une carence conventionnelle. Le « vrai hors champ » recouvrirait donc ces branches ou secteurs résiduels qui ne se verront jamais appliquer les dispositions d'un accord interprofessionnel, même élargi¹⁸³².

Appréhendée au travers de la question de la délimitation du champ d'application de l'ANI, la notion de « hors champ » est donc l'antonyme de la notion d'interprofession. Un travail d'inventaire des secteurs « hors champ » est, en toute logique, utile à l'appréhension des limites de l'interprofession mais il se heurte aux mêmes difficultés tenant à la nature foncièrement contractuelle de l'ANI.

Le recensement partiel auquel nous nous sommes livrés s'appuie essentiellement sur des décisions de justice portant sur le champ d'application de certains ANI étendus, relayées par la doctrine. Cette liste est donc susceptible d'être plus large en pratique mais elle devra

¹⁸³⁰V. Décr. n°2011-636 du 8 juin 2011 portant dispositions relatives aux personnels des offices publics de l'habitat, art. 45, JORF 10 juin 2011.

¹⁸³¹V. Cass. soc., 30 sept. 2020, *D.* 2020, p.1959 ; *BJT* nov. 2020, n°114g9, p.20, note Julien ICARD (supra note n°1812).

¹⁸³²Nous réservons bien évidemment le cas d'une demande d'adhésion des secteurs « hors champ » à l'ANI - que Jacques Barthélémy qualifie, nous le rappelons, d'« élargissement conventionnel » - mais qui nécessitera une acceptation des organisations signataires et la conclusion d'un nouvel accord, conformément aux dispositions de l'article L. 2261-5 du Code du travail (V. études 201 et 202 supra). Nous réservons également le cas d'une transposition législative complète des stipulations de l'ANI, qui aura pour effet de gommer la frontière entre « le champ » et le « hors champ », mais les dispositions conventionnelles auront alors transmué juridiquement.

également être réévaluée à la lumière des effets escomptés de la réforme de la représentativité patronale opérée par la loi du 5 mars 2014¹⁸³³.

Conclusion du chapitre II

311. En l'absence de définition légale, nous avons démontré que l'interprofession se caractérise par la réunion de plusieurs professions ne présentant pas des caractéristiques économiques et sociales communes mais qu'elle ne réunit pas l'ensemble de ces dernières, autorisant en cela un débat sur son unicité. Les discussions doctrinales se basant sur l'apport de la jurisprudence relative à la détermination du champ d'application de l'ANI - ou souhaitant s'en détacher - ne permettent pas en effet de cerner avec précision les contours de l'interprofession et de conclure avec certitude à l'existence d'une « mono » ou d'une « pluri-interprofession ». Les éléments communément admis pour cerner l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI présentent au contraire certaines limites tenant à la nature foncièrement contractuelle de l'accord, expliquant que la notion peut recouvrir un périmètre plus ou moins étendu en fonction du pouvoir d'engagement des organisations patronales signataires. L'examen d'autres voies de définition ne permet pas davantage de cerner avec précision les limites de l'interprofession.

¹⁸³³V. infra.

CONCLUSION DU TITRE II

312. Définir la notion d'interprofession représente un enjeu à la fois conventionnel et institutionnel. La vocation par essence universelle de la négociation nationale et interprofessionnelle, ainsi que les attributions des différentes instances paritaires évoluant à ce niveau, plaident en effet pour une notion recouvrant l'ensemble des branches d'activité du territoire national. Or, la vocation omni-branches de l'ANI se heurte aux règles de détermination de son champ d'application dont le caractère limité ne peut être pleinement compensé par les techniques juridiques au service de son rayonnement. L'approche de la notion d'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI révèle ainsi son caractère mouvant et des limites qui dépendront du pouvoir d'engagement et de la représentativité des organisations patronales nationale et interprofessionnelle au sein des branches. Cette approche reste toutefois la plus communément admise et l'exploration d'autres voies de définition ne permet pas de tracer avec davantage de précision les frontières de l'interprofession.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

313. Nous avons démontré que la notion d'interprofession est liée au développement d'une négociation se situant au-delà du cadre historique de la branche d'activité, que le législateur a progressivement consacrée en lui reconnaissant une place particulière dans l'élaboration du droit du travail et de la protection sociale. Cette place stratégique de la négociation nationale et interprofessionnelle au sein de notre ordonnancement juridique voudrait qu'elle réunisse l'ensemble des professions. Or, le domaine d'application de l'ANI contrarie cette vocation universelle et ne permet pas à l'interprofession de couvrir tous les secteurs professionnels. La capacité des organisations patronales interprofessionnelles à engager les branches au moyen de leur représentativité conditionnera en effet les limites de l'interprofession, nous invitant désormais à approfondir l'apport de la réforme de la représentativité patronale à la notion d'interprofession.

DEUXIEME PARTIE : L'APPORT DE LA REFORME DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE A LA NOTION D'INTERPROFESSION

314. Représentation. Nous avons vu que l'identification de la partie patronale à l'accord collectif permet de cerner la collectivité d'application de ce dernier et de marquer en cela les contours de l'entreprise, de la branche ou de l'interprofession. Ces notions accèdent ainsi à la juridicité « *grâce à l'entité patronale couvrant leur champ* »¹⁸³⁴. Au niveau de l'interprofession, la représentation patronale contribue donc à déterminer les secteurs d'activité qui composent cette dernière et à en tracer ainsi les limites. Ce rôle structurant de la représentation patronale s'explique, comme nous l'avons à maintes reprises souligné, par les mécanismes civilistes qui guident l'engagement patronal, contrairement aux salariés qui se verront appliquer automatiquement la convention ou l'accord signé par l'employeur, ou l'organisation à laquelle il adhère, en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail¹⁸³⁵. Les organisations syndicales de salariés n'ont ainsi aucun rôle à jouer dans la délimitation des espaces professionnels de négociation ou, autrement dit, dans la détermination des secteurs ou branches d'activité qui composent l'interprofession¹⁸³⁶. Ces effets asymétriques attachés à la représentation salariale et à la représentation patronale justifient donc que l'on s'intéresse plus particulièrement à cette dernière pour les besoins de notre étude, les organisations syndicales de salariés se reconnaissant quant à elles « *par reflet* »¹⁸³⁷ dans les secteurs d'activité qui forment l'interprofession.

315. Représentativité. De prime abord, le droit de la représentativité ne devrait pas interférer dans le tracé des champs de la négociation collective. Du côté des salariés, la représentativité a une fonction de légitimation de l'effet *erga omnes* attaché aux conventions et accords collectifs ordinaires en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail. En dotant les syndicats du pouvoir exorbitant d'engager par leur signature l'ensemble des salariés des

¹⁸³⁴Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », *JCP S* 2010, 1039.

¹⁸³⁵V. notamment étude 31 supra.

¹⁸³⁶Nous rappelons toutefois que Jacques Barthélémy suggère de se référer à la qualité de la partie salariée, structurée en fédération ou en confédération, pour marquer la différence entre l'interbranche et l'interprofession (V. étude 248 supra).

¹⁸³⁷Alexis BUGADA, *op. cit.*

entreprises dans lesquelles l'accord s'applique, le législateur a souhaité en effet réserver cette prérogative aux organisations les plus aptes à représenter l'intérêt de la collectivité et opérer ainsi une sélection au travers de la représentativité¹⁸³⁸. La question du renforcement des critères permettant de garantir cette légitimité n'a d'ailleurs cessé de préoccuper le législateur jusqu'à la réforme du 20 août 2008, qui a fait de l'élection démocratique la pierre angulaire du système de représentativité syndicale et permis ainsi de « *tisser un lien plus étroit entre représentants et représentés* »¹⁸³⁹.

Or, ce besoin de légitimation ne se rencontre pas du côté patronal puisque l'employeur n'engage que lui-même par sa signature et qu'au niveau de la branche ou de l'interprofession, l'organisation patronale ne peut l'engager que s'il adhère volontairement à cette dernière, c'est-à-dire que s'il lui donne effectivement mandat pour le représenter. Ce mandat confié à la fédération patronale de branche et à la confédération interprofessionnelle circonscrit ainsi le périmètre de l'engagement patronal et permet donc de vérifier l'appartenance de l'entreprise et de ses salariés à la branche et à l'interprofession. Le simple effet *inter partes* attaché à la signature de l'organisation patronale explique que la représentativité de cette dernière n'a pas a priori à être vérifiée¹⁸⁴⁰ et que cette question de la qualité représentative ne se pose pas « *avec urgence* »¹⁸⁴¹ puisque l'accord de branche ou interprofessionnel n'engage que les entreprises membres des organisations signataires¹⁸⁴². Le champ de compétence de l'organisation patronale défini par ses statuts et matérialisé par la liste de ses entreprises et branches adhérentes devrait ainsi suffire à délimiter l'interprofession. Pour autant, un besoin de légitimité apparaît au stade de l'extension et de l'élargissement de l'accord qui vont conférer à ce dernier un rayonnement beaucoup plus intense, ne dépendant plus exclusivement de la force de représentation de l'organisation patronale. L'effet *erga omnes* que l'arrêté ministériel d'extension confère à l'accord au sein de son champ d'application, puis l'effet amplifiant que l'arrêté d'élargissement

¹⁸³⁸V. étude 32 supra.

¹⁸³⁹Patrice ADAM, « La négociation des conventions et accords collectifs de travail - A propos de la gestation des volontés collectives », *RJS* 06/2016, chron.

¹⁸⁴⁰V. supra note n°277.

¹⁸⁴¹Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *JCP S* 2012, 1239.

¹⁸⁴²Le juge judiciaire a ainsi confirmé que l'article L. 2231-1 du Code du travail relatif à la capacité de négociier (L. 132-2 anc.) n'exige pas que l'organisation syndicale d'employeurs signataire de la convention ou de l'accord collectif de travail soit une organisation représentative et qu'il s'ensuit que, quelle que soit sa représentativité, une fédération a qualité pour conclure une convention dont le champ d'application est du domaine de sa compétence professionnelle telle que fixée par ses statuts (CA Paris, 19 déc.1994, 1^{er} ch. A, CSNRBD c/ FICG et autres, *RJS* 1995, n°346). Confirmant dans une autre affaire cette solution, le Conseil d'Etat a considéré qu'il résulte des dispositions de l'article L. 2231-1 du Code du travail, ainsi que de celles de l'article L. 2262-1 du même code en vertu desquelles l'application d'un accord collectif est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires, qu'un accord collectif peut être valablement conclu sans que les organisations d'employeurs signataires aient à justifier de leur représentativité dans le champ d'application de cet accord (CE, 31 déc. 2008, n°311501).

confère à l'accord étendu à l'extérieur de son champ, justifient en effet que la représentativité de l'organisation patronale signataire soit, à ce stade, également vérifiée¹⁸⁴³. Mais en exigeant que l'accord susceptible d'extension soit négocié et conclu par des organisations patronales représentatives dans son champ d'application, l'article L. 2261-19 du Code du travail confère dans le même temps à la représentativité patronale une fonction de délimitation de ce champ, au-delà d'une seule fonction de légitimation. En effet, puisque l'accord extensible doit dès sa conclusion être signé par une ou des organisations patronales représentatives dans le champ d'application, l'identification de ces organisations représentatives signataires délimite par là-même ce champ. Néanmoins, contrairement aux organisations syndicales de salariés, la représentativité des organisations d'employeurs « *a paru insuffisante pour leur donner le pouvoir de s'exprimer au nom de tous les chefs d'entreprise* »¹⁸⁴⁴. A l'occasion de l'extension, l'administration et le juge vont en effet se livrer à un « *véritable travail de "tri" et de construction* »¹⁸⁴⁵ du périmètre de la branche et de l'interprofession en vérifiant la représentativité réelle de l'organisation patronale signataire vis-à-vis des entreprises et des branches, c'est-à-dire sa capacité à les engager. Comme le souligne un auteur, « *l'enjeu de la reconnaissance de représentativité [patronale] dépasse donc le seul cadre des relations conventionnelles du travail : elle détermine, en partie, la structuration de l'économie par secteurs d'activités* »¹⁸⁴⁶.

316. Plan de deuxième partie. En octroyant pour la première fois un cadre légal à la représentativité patronale, la loi du 5 mars 2014 n'a pu donc qu'avoir des effets sur l'identification de l'interprofession. En fixant expressément les niveaux auxquels est appréciée la représentativité des organisations d'employeurs et en définissant les critères de cette représentativité à chacun de ces niveaux, le législateur est venu effectivement apporter des réponses à la question de la délimitation des espaces professionnels de négociation.

Ainsi, la clarification opérée sur les modalités de reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel permet de mieux appréhender la notion

¹⁸⁴³Nous rappelons qu'il en est de même pour l'agrément des accords de chômage et le dispositif « spécifique » d'extension-élargissement des accords de retraite complémentaire.

¹⁸⁴⁴Philippe LANGLOIS, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p.283 et spéc. p.292.

¹⁸⁴⁵Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1079.

¹⁸⁴⁶*Ibidem*. Nous rappelons que le rôle structurant de la représentativité peut être souligné dès la parution de la loi de 1936 qui avait pour objectif d'organiser les professions via la procédure d'extension, c'est-à-dire de reconnaître des secteurs économiques au sein desquels s'épanouissait la négociation collective, tout en égalisant les conditions de la concurrence. C'est à l'occasion de contentieux sur les limites professionnelles de l'extension, conditionnées par la représentativité des organisations patronales, que la jurisprudence forgera, comme nous l'avons souligné supra, la notion de branche puis celle d'interprofession.

d'interprofession. La création en parallèle d'une représentativité spécifique - et donc différente - pour les secteurs « hors champ » contribue également à l'identification de l'interprofession. Un examen attentif des dispositions de la loi démontrera toutefois que de nombreuses questions restent en suspens et ne permettent pas de clore de façon satisfaisante le débat sur la définition de l'interprofession.

Titre I : Une clarification de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel.

Titre II : Une représentativité spécifique pour les secteurs « hors champ ».

TITRE I : UNE CLARIFICATION DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE AU NIVEAU NATIONAL ET INTERPROFESSIONNEL

317. Dans son rapport préfigurant la réforme de la représentativité syndicale du 20 août 2008, l'ancien Président de la section sociale Conseil d'Etat, Raphaël Hadas-Lebel, écrivait à propos de la représentativité des organisations patronales : « *La représentativité des organisations d'employeurs n'est véritablement définie par aucun texte. Au niveau interprofessionnel, ces organisations sont de façon incontestée le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME), et l'Union professionnelle artisanale (UPA). D'autres existent, comme l'Union nationale des associations de professions libérales (UNAPL) pour les professions libérales, « Unir et Fédérer » (UNIFED) pour les établissements sanitaires et sociaux à but non lucratif et l'Union des syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale (USGERES) pour l'économie sociale* »¹⁸⁴⁷.

Si l'on peut effectivement noter que le Code du travail ne visait pas expressément la représentativité des organisations patronales jusqu'à la réforme opérée par la loi du 5 mars 2014, il n'en demeurait pas moins, malgré tout, que les règles générales relatives à la représentativité avaient vocation à régir aussi bien les organisations d'employeurs que les organisations syndicales de salariés¹⁸⁴⁸. Comme l'avait souligné en son temps la plus éminente doctrine, les règles du Code du travail relatives au droit syndical assimilent en effet le régime juridique des syndicats patronaux et des syndicats de salariés¹⁸⁴⁹ et ces règles n'établissaient aucune distinction formelle en matière de représentativité jusqu'à la réforme de 2014¹⁸⁵⁰. Pour autant, la question de la représentativité patronale était restée pendant longtemps relativement peu discutée¹⁸⁵¹ et semblait pour certains faire « *consensus* »¹⁸⁵², là où d'autres y voyaient au

¹⁸⁴⁷Raphaël HADAS-LEBEL, « *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, p.31.

¹⁸⁴⁸V. supra note n°280.

¹⁸⁴⁹V. Paul DURAND, « Le régime juridique des syndicats patronaux », *Dr. soc.* 1946, p.372.

¹⁸⁵⁰Même si l'institutionnalisation croissante du syndicalisme français - confrontée au problème du pluralisme syndical - avait conduit à prendre une mesure spécifique pour les organisations de salariés avec l'instauration du système de représentativité présumée (V. étude 29 supra).

¹⁸⁵¹V. étude 12 supra.

¹⁸⁵²Franck HÉAS, « État des lieux de la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.198 et spéc. p.200.

contraire l'existence d'un sujet « *tabou* »¹⁸⁵³. Ce silence s'expliquait probablement parce que la représentativité des employeurs n'est pas « *une condition de validité de la norme conventionnelle* »¹⁸⁵⁴ et qu'en cela « *le droit semble moins exigeant à l'endroit de la représentativité patronale, par rapport à celle des organisations de travailleurs* »¹⁸⁵⁵. Mais il s'expliquait également par un système de reconnaissance de la représentativité renvoyant largement aux parties prenantes elles-mêmes, qui souhaitaient maintenir un « *statu quo* »¹⁸⁵⁶ et qui furent longtemps opposées « *à toute idée de réglementation* »¹⁸⁵⁷. Sous l'influence de plusieurs facteurs, une clarification des règles de la représentativité patronale semblait malgré tout de plus en plus nécessaire (**chapitre I**), conduisant le législateur à définir expressément dans la loi du 5 mars 2014 les critères de la représentativité patronale aux différents niveaux où celle-ci était exigée. A l'échelon national et interprofessionnel, cette clarification a permis de définir de façon plus précise la notion d'interprofession (**chapitre II**).

¹⁸⁵³Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S* 2006, 1609.

¹⁸⁵⁴Franck HÉAS, *op. cit.*

¹⁸⁵⁵Franck HÉAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *RDT* 2011, p.91.

¹⁸⁵⁶Jean-Denis COMBEXELLE, « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, 1156.

¹⁸⁵⁷Jean-Pierre LE CROM, « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », *Dr. soc.* 2014, p.239.

CHAPITRE I : UNE CLARIFICATION DEVENUE NÉCESSAIRE

318. Avant la loi du 5 mars 2014, l'organisation de la représentativité patronale reposait sur un système où « *l'empirisme l'emportait* »¹⁸⁵⁸ (**section 1**). Les écueils de ce système, combinés à d'autres facteurs, ont révélé le besoin d'une réforme (**section 2**).

Section 1. Un accès à la représentativité patronale peu encadré par le droit positif antérieur

319. Les enseignements de l'histoire démontrent que la représentativité patronale, tout particulièrement au niveau national et interprofessionnel, semble avoir été progressivement concédée à certaines organisations en dehors de tout encadrement juridique (§ 1). Cette « pratique sociale » ne souffrait d'exceptions que dans l'hypothèse d'une contestation de représentativité (§ 2).

§ 1. Une représentativité concédée

320. Dans son rapport préfigurant la réforme du 5 mars 2014, Jean-Denis Combrexelle, constatait que « *le mode d'établissement privilégié et accepté de la représentativité des organisations d'employeurs repose sur le principe de la reconnaissance mutuelle* »¹⁸⁵⁹. Au niveau national et interprofessionnel, ce principe s'est traduit par une reconnaissance de fait (A) de la représentativité de certaines organisations (B).

¹⁸⁵⁸Albert ARSEGUEL, « La place de la négociation collective dans l'élaboration du droit du travail », *Annales de l'Université Toulouse 1 Capitole*, t. LVII, 2016/2017, p.23.

¹⁸⁵⁹Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.20.

A. De la reconnaissance mutuelle au « label » de représentativité

321. Principe. Dans le principe de la reconnaissance mutuelle, « *les organisations qui sont légitimes pour négocier sont celles qui s'accordent pour se reconnaître réciproquement la qualité d'interlocuteur* »¹⁸⁶⁰. Au nom de ce principe, également en vigueur au niveau européen¹⁸⁶¹, la représentativité découle alors de cette reconnaissance des partenaires sociaux entre eux et la question n'est réellement abordée sur un plan juridique que lorsqu'une organisation revendique sa représentativité ou que celle-ci lui est contestée¹⁸⁶². Jusqu'à la loi du 5 mars 2014, la composition de la très grande majorité des collèges employeurs au sein des branches découlait de la mise en œuvre de ce principe¹⁸⁶³.

322. Variante. Au niveau interprofessionnel, la reconnaissance mutuelle semblait avoir cours¹⁸⁶⁴ mais il s'agissait également d'une « *reconnaissance de facto par l'Etat* »¹⁸⁶⁵ de la représentativité de certaines organisations patronales. Certains auteurs ont ainsi estimé que le système de reconnaissance de la représentativité patronale au niveau interprofessionnel correspondait davantage à une « *variante de la reconnaissance mutuelle de représentativité* », que l'on pouvait qualifier de « *consensus social* »¹⁸⁶⁶, et qui consistait à admettre que certaines organisations étaient représentatives du monde patronal à ce niveau. Reprenant l'expression formulée par la doctrine à propos la représentativité octroyée aux cinq confédérations syndicales de salariés par l'arrêté du 31 mars 1966¹⁸⁶⁷, le sociologue Jean Bunel en concluait que ces organisations avaient été dotées par les pouvoirs publics d'un « *label de représentativité* »¹⁸⁶⁸ qui en faisait les « *interlocuteurs exclusifs* »¹⁸⁶⁹ du gouvernement et de l'administration, ainsi que les partenaires des confédérations de salariés dans la négociation collective. Pour autant, et à l'inverse des organisations syndicales de salariés, cette

¹⁸⁶⁰*Ibidem*.

¹⁸⁶¹V. supra note n°1078.

¹⁸⁶²V. infra.

¹⁸⁶³V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.20.

¹⁸⁶⁴V. Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », *Dr. soc.* 2014, p.228 et spéc. p.229.

¹⁸⁶⁵Éric AUBRY, *op. cit.*

¹⁸⁶⁶Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

¹⁸⁶⁷V. étude 29 supra.

¹⁸⁶⁸Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.7. Dans un article de 1972, le Professeur Gérard Adam avait utilisé l'expression de « label de représentativité » à propos de la représentativité accordée par les pouvoirs publics à certaines confédérations syndicales de salariés au niveau national (V. supra note n°100).

¹⁸⁶⁹*Ibidem*.

reconnaissance « *de fait* »¹⁸⁷⁰ n'a reposé sur aucun acte formel, ce qui a pu entraîner, comme nous le verrons, certaines difficultés compte tenu des prérogatives octroyées aux organisations présentes à ce niveau.

B. Les organisations « labellisées »

323. Le label de représentativité au niveau national et interprofessionnel a été reconnu progressivement à trois organisations patronales : le MEDEF (1), la CGPME (2) et l'UPA (3).

1- Le MEDEF

324. Genèse. La doctrine s'accorde à reconnaître que la première organisation patronale à avoir été reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel est la *Confédération générale de la production française* (CGPF), créée à l'initiative du ministre des finances Etienne Clémentel, le 31 juillet 1919¹⁸⁷¹. Créée afin d'offrir au Gouvernement un interlocuteur patronal unifié¹⁸⁷², la Confédération obtient de désigner tous les délégués patronaux au Conseil national économique, dont la constitution en 1925 marque l'entrée du concept de représentativité dans le droit national¹⁸⁷³. Signant seule, en tant qu'organisation la plus représentative du patronat français, l'Accord de Matignon préfigurant les lois sociales de 1936¹⁸⁷⁴, la confédération - à laquelle on reprochait de représenter essentiellement la grande industrie et le grand commerce alors qu'elle engageait par cette intervention tous les milieux patronaux - est amenée par la suite à réviser ses statuts afin de représenter davantage les petites et moyennes entreprises et change

¹⁸⁷⁰Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.22.

¹⁸⁷¹V. notamment Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.5 ; Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 15 ; Alain CHATRIOT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1006.

¹⁸⁷²Il n'existait pas jusqu'alors un mouvement patronal national, comme il en existait déjà pour les confédérations ouvrières avec la CGT (créée en 1895) et la CFTC (créée en 1919). En effet, les groupements patronaux s'étaient constitués sous la forme de fédérations professionnelles entre la fin du XIX^{ème} siècle (après le vote de la loi du 21 mars 1884) et les débuts du XX^{ème} siècle, comme par exemple la puissante UIMM, créée en 1901 et qui conservera pendant longtemps un monopole de fait sur la négociation collective au plan national et interprofessionnel. C'est donc sur une initiative d'origine gouvernementale que cette première confédération nationale patronale est créée, regroupant alors 21 fédérations professionnelles qui réunissent elles-mêmes 1200 syndicats locaux.

¹⁸⁷³V. étude 25 supra.

¹⁸⁷⁴V. étude 108 supra.

pour cela sa dénomination en *Confédération générale du patronat français*¹⁸⁷⁵. Dissoute en novembre 1940, au profit de l'organisation corporatiste du régime de Vichy¹⁸⁷⁶, la CGPF n'est pas reconstituée en tant que telle au lendemain de la guerre mais le CNPF lui succède le 21 décembre 1945¹⁸⁷⁷. Comme le souligne un auteur : « *Les statuts de cette association (loi 1901) entendent tenir compte de la "diversité patronale" : le CNPF regrouperait toutes les entreprises françaises, grandes et petites, de la production et du commerce, publiques et privées, nationales et régionales* »¹⁸⁷⁸. Ainsi, sur 500 sièges à l'assemblée générale, 275 sont réservés aux représentants des fédérations industrielles, 75 à ceux des organisations commerciales, 75 à ceux des organisations interprofessionnelles régionales et 75 à ceux de la CGPME¹⁸⁷⁹. L'organisation groupe donc dès sa création l'industrie et le commerce mais également, pour certains, « *les services* »¹⁸⁸⁰.

325. Réformes. Conçu à l'origine comme un « *organisme de représentation, de liaison et de coordination* »¹⁸⁸¹, le CNPF adopte dans un premier temps une stratégie défensive peu propice au développement des relations sociales, même si il signe en tant qu'organisation patronale interprofessionnelle, les ANI de protection sociale complémentaire en 1947, 1958 et 1961¹⁸⁸². Après les événements de mai 1968, l'association patronale se réorganise et

¹⁸⁷⁵Pour une évocation exhaustive de la constitution de l'organisation patronale : André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4e éd., Dalloz, 1951, n°174, p.218 et s. ; Jean BUNEL, « *La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME* », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, p.42 et s. ; Marion RABIER, *op. cit.* ; Clotilde DRUELLE-KORN, « *La CGPF* », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1093 et s. ; Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.131 et s.

¹⁸⁷⁶En application d'une loi du 16 août 1940 concernant l'organisation provisoire de la production industrielle (JORF 18 août 1940, p.4731), le régime de Vichy dissout, par décrets du 9 novembre 1940 (JORF 12 nov. 1940, pp. 5653-5654), tous les groupements syndicaux interprofessionnels. Du côté patronal, des comités d'organisation sont institués dans chaque branche d'activité industrielle ou commerciale pour organiser la production. A ces comités d'organisation seront adjoints, par la Charte du travail de 1941, des comités sociaux chargés de traiter les questions sociales au sein des professions (V. supra note n°355). Pour l'organisation des comités sous le régime de Vichy : Jean-Pierre LE CROM, « *Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social* », Apr. 2003, Caen, France, alshs-00256587, <https://shs.hal.science/halshs-00256587>.

¹⁸⁷⁷V. André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle (Droit du Travail)*, coll. *Petits Précis*, 4e éd., Dalloz, 1951, n°174, p.220. Comme le souligne Marion Rabier, c'est à nouveau l'État, en 1944, qui prend l'initiative de reformer une association interprofessionnelle nationale. Robert Lacoste, ministre socialiste de la production industrielle, aidé de représentants patronaux désignés par le Gouvernement, est chargé de mettre en œuvre ce regroupement. En décembre 1945, une assemblée générale consultative mandate 52 personnes pour élaborer les statuts, et le 12 juin 1946 ces statuts sont adoptés, donnant naissance au Conseil national du patronat français sous la forme d'une association de loi 1901 (V. Marion RABIER, « *La représentation patronale en France* », BS 4/08, Etude, 19 ; adde Jean BUNEL, « *La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME* », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, p.44 ; Michel OFFERLÉ, « *Le CNPF* », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1115 et s.).

¹⁸⁷⁸Marion RABIER, *op. cit.*

¹⁸⁷⁹V. infra.

¹⁸⁸⁰Paul HUVELIN, « *La réforme du CNPF* », *Revue des deux mondes* 1970, n°6, p.514.

¹⁸⁸¹*Ibidem*.

¹⁸⁸²V. études 114 et 115 supra.

accompagne le développement de la politique contractuelle voulue par le Gouvernement et concrétisée par la signature des grands accords nationaux interprofessionnels de la fin des années 1960 et des années 1970¹⁸⁸³. Une réforme statutaire est pour cela approuvée le 28 octobre 1969 et, selon son président de l'époque : « *L'article 2 des nouveaux statuts officialise notamment le droit de négocier du CNPF, déjà reconnu dans le passé, même s'il l'entoure de certaines précautions jugées indispensables* »¹⁸⁸⁴. La nouvelle assemblée permanente est ainsi habilitée à « *donner au président de l'organisation patronale, dans des domaines autres que celui des salaires qui reste réservé, conformément à la loi, aux fédérations professionnelles, un mandat lui permettant de mener des négociations, soit avec les pouvoirs publics, soit avec les organisations syndicales, dans des conditions clairement précisées par les statuts* »¹⁸⁸⁵. Au-delà de ses fonctions de liaison et de représentation, le CNPF se serait dès lors affirmé davantage comme une confédération dotée « *d'une capacité d'action comportant dans certains cas la négociation* »¹⁸⁸⁶. Cette réforme marquerait ainsi, pour la doctrine, l'obtention par l'organisation d'un véritable mandat de négociation des ANI¹⁸⁸⁷.

Le CNPF deviendra par la suite, en 1998, le MEDEF avec la volonté affichée de représenter non plus le patronat en tant que tel mais les entreprises et les entrepreneurs de tous secteurs et de toutes tailles confondus et de porter la voix de l'entreprise sein du débat public sur l'ensemble des sujets de société¹⁸⁸⁸. Pour certains auteurs, cette vocation générale de

¹⁸⁸³V. études 128 et s. supra.

¹⁸⁸⁴Paul HUVELIN, *op. cit.*, p.515.

¹⁸⁸⁵Paul HUVELIN, *op. cit.*, p.516. L'article 2 des statuts précise que les professions qui « *entendent s'exclure du champ d'application de l'un ou l'autre de ces accords doivent faire connaître leur décision avant sa signature* » (V. Jean BUNEL « *La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME* », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, p.51).

¹⁸⁸⁶Paul HUVELIN, *op. cit.*, p.515.

¹⁸⁸⁷Michèle Tallard et Catherine Vincent soulignent ainsi : « *En dehors de l'établissement des régimes paritaires, le président du CNPF n'obtient réellement un mandat pour négocier des accords interprofessionnels qu'à partir de 1969* » (Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Continuités et mutations de la régulation paritaire en France - Éléments pour une analyse des stratégies patronales », REMEST 2014, vol. 9, n°1, p.95 et spéc. p.100 ; adde Jean BUNEL, « *La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME* », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, pp.50-51 ; Nicolas BRICHE, *La représentativité des organisations patronales*, mémoire Master Droit du travail, Lille 2, 2005, p.15 ; Michel OFFERLÉ, « Le CNPF », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1117).

¹⁸⁸⁸V. étude 151 supra. S'agissant de l'intervention dans le champ de la négociation interprofessionnelle, les statuts actuels du MEDEF indiquent : art. 3.2. : « *Les questions liées à l'exercice d'une profession relèvent de la responsabilité de la ou des organisations professionnelles concernées, le Mouvement des entreprises de France ayant dans ce cadre une vocation essentiellement interprofessionnelle* » ; art. 3.3 : « *Dans le domaine social, hormis les salaires, le Mouvement des entreprises de France peut exceptionnellement être mandaté pour négocier et signer des accords. Ces mandats relèvent d'une décision du conseil exécutif prise dans les conditions fixées à l'article 15 ci-après. L'ensemble des organisations professionnelles adhérentes au Mouvement des entreprises de France en sont informées ; celles qui entendent s'exclure du champ d'application des accords doivent faire connaître leur décision avant signature* » ; art. 15 : « *[Le conseil exécutif] décide de mandater le Mouvement des entreprises de France pour engager des négociations et signer des accords avec les confédérations syndicales* » (<https://www.medef.com>).

l'organisation patronale à représenter les entreprises « *quels que soit leur taille et leur secteur* »¹⁸⁸⁹ en ferait d'ailleurs la seule organisation réellement apte à représenter l'ensemble de l'interprofession, contrairement à l'UPA et à la CGPME qui, bien qu'ayant été également reconnues représentatives à ce niveau, ne pourraient intervenir que « *dans une partie de l'interprofession nationale [...] réduite à l'artisanat ou aux petites et moyennes entreprises* »¹⁸⁹⁰.

2- La CGPME

326. Si la « *littérature sur cette seconde organisation patronale est bien moins fournie que celle portant sur le MEDEF* »¹⁸⁹¹, il semble que l'histoire de la représentation des petites et moyennes entreprises commence lors de la signature de l'Accord de Matignon par la CGPF, qui aurait cristallisé le sentiment que les spécificités des PME n'étaient pas réellement prises en compte par la confédération patronale, qui aurait accepté des charges trop lourdes pour celles-ci¹⁸⁹². Un « comité de la petite et moyenne industrie et du petit et moyen commerce » se constitue alors au sein de la CGPF et les questions spécifiques aux petites et moyennes entreprises feront également l'objet d'une considération particulière sous le régime de Vichy, qui créera un « comité d'études des problèmes des PME » aux côtés des comités d'organisation¹⁸⁹³. Les personnalités de ce comité constituent, en octobre 1944, la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME), en optant pour une forme associative régie par la loi du 1^{er} juillet 1901¹⁸⁹⁴. En juin 1946, elle adhère au CNPF, nouvellement créé, qui lui réserve 75 sièges à son assemblée générale¹⁸⁹⁵. Revendiquant son autonomie dès 1948, la CGPME peine cependant à avoir une action propre faute de moyens matériels suffisants mais surtout car les syndicats patronaux adhérents continuent d'appartenir également au CNPF par le biais de leurs fédérations de branche¹⁸⁹⁶. La « *séparation de*

¹⁸⁸⁹MEDEF, statuts, art. 2 (supra note n°1350).

¹⁸⁹⁰Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6 ; *adde* « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 et spéc. p.642 (V. étude 258 supra).

¹⁸⁹¹Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 36.

¹⁸⁹²V. étude 324 supra. Sur la constitution de l'organisation : Sylvie GUILLAUME, « La CGPME », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1110 et s. ; Marion RABIER, *op. cit.* ; Jean BUNEL, « La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, p.71 et s.

¹⁸⁹³V. supra note n°1876.

¹⁸⁹⁴La CGPME, avant la création du CNPF, sera ainsi la seule organisation représentative du patronat pendant quelques mois après guerre (V. Marion RABIER, *op. cit.*).

¹⁸⁹⁵V. étude 324 supra.

¹⁸⁹⁶V. Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 37.

droit »¹⁸⁹⁷ intervient en octobre 1969, après les événements de 1968 et la réforme des statuts du CNPF¹⁸⁹⁸, même si les deux organisations acceptent la double appartenance¹⁸⁹⁹. La CGPME signera, à partir de là, les ANI en tant qu'organisation patronale interprofessionnelle autonome¹⁹⁰⁰. Elle deviendra, en 2016, la CPME (Confédération des petites et moyennes entreprises).

3- L'UPA

327. Comme l'ont souligné des auteurs, la reconnaissance de la représentativité de cette organisation s'apparente à « *un chemin long et difficile* »¹⁹⁰¹. L'Union professionnelle artisanale (UPA) est issue du regroupement, en 1975, de la Confédération de l'artisanat et des entreprises du bâtiment (CAPEB), de la Confédération de l'artisanat des métiers et des services (CNAMS) et de la Confédération générale de l'alimentation de détail (CGAD). Constituée à l'origine sur la base d'un simple protocole d'accord, ses statuts seront élaborés en 1982, sous la forme d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901¹⁹⁰². L'objectif de ce regroupement était d'affirmer la spécificité de l'artisanat auprès des pouvoirs publics et de « *se faire reconnaître en tant qu'interlocuteur social* »¹⁹⁰³.

Pour la doctrine, la représentativité de la nouvelle union est officiellement reconnue par les pouvoirs publics dès 1983, lorsqu'elle est « *inscrite au Code du travail en qualité d'organisation syndicale représentative de l'artisanat* »¹⁹⁰⁴. L'inscription à laquelle il est fait référence correspond à la publication du décret du 8 juin 1983 relatif à la composition de la commission nationale de la négociation collective, pris en application de la loi du 13 novembre

¹⁸⁹⁷Sylvie GUILLAUME, « La CGPME », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1111.

¹⁸⁹⁸V. étude 325 supra.

¹⁸⁹⁹La problématique de la multi-adhésion resurgira lors du vote de la loi de 2014 (V. infra).

¹⁹⁰⁰Elle participe notamment aux « accords » de Grenelle, prémices des grandes négociations interprofessionnelles des années 1970, en siégeant à part entière dans la délégation patronale, qui comprend également le CNPF (V. supra note n°859).

¹⁹⁰¹Michel OFFERLÉ et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », *RDT* 2010 p.269.

¹⁹⁰²Sur la constitution de l'organisation : Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 47-48.

¹⁹⁰³Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Continuités et mutations de la régulation paritaire en France - Éléments pour une analyse des stratégies patronales », *REMEST* 2014, vol. 9, n°1, p.95 et spéc. p.100.

¹⁹⁰⁴Marion RABIER, *op. cit.*, 49 ; *adde* Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.5 ; Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.98.

1982¹⁹⁰⁵. Si l'article R. 136-3 du Code du travail, issu du décret, prévoit effectivement que trois membres « *représentant les employeurs artisans* » sont nommés par le ministre chargé du travail « *sur proposition de l'union professionnelle artisanale (U.P.A)* »¹⁹⁰⁶, il convient également de noter que l'article L. 136-1 du même Code dispose que la CNNC, dans sa composition de l'époque, comprend « *en nombre égal, des représentants des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au plan national, d'une part, et des représentants des organisations d'employeurs les plus représentatives au plan national, dont les représentants des agriculteurs et des artisans, et des entreprises publiques, d'autre part* »¹⁹⁰⁷. Or, la notion d'« organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel » ne figure pas dans ce texte, qui lui préfère, selon la formule consacrée à l'époque, la notion d'« *organisations les plus représentatives au niveau national* »¹⁹⁰⁸. Selon la liste fixée par l'article R. 136-3 du Code du travail - dans sa rédaction issue du décret du 8 juin 1983 - ces organisations comprennent ainsi du côté patronal : le CNPF, proposant 9 membres de la Commission, dont il est expressément précisé qu'ils représentent « *les diverses catégories d'entreprises de l'industrie, du commerce et des services, parmi lesquels deux représentants au titre des petites et moyennes entreprises* » ; les représentants des entreprises publiques (2 membres proposés après consultation du CNPF) ; la CGPME (2 membres) ; les représentants des « *professions agricoles* », dont un membre sur proposition de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et un membre sur proposition de la Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricoles (CNMCCA) et, enfin, les trois membres « *représentant les employeurs artisans* » sur proposition de l'UPA. L'analyse de ces textes semble donc indiquer que l'UPA est l'organisation « *la plus représentative au niveau national* » des employeurs artisans et qu'en cela sa représentativité est effectivement reconnue par les pouvoirs publics dès 1983. En revanche, rien ne permet d'affirmer qu'elle bénéficie à cette date d'une reconnaissance de représentativité au niveau national et interprofessionnel, pas

¹⁹⁰⁵Décr. n°83-461 du 8 juin 1983 pris pour l'application des art. L. 136-1 et L. 136-3 du code du travail (issus de la loi 82-957 du 13-11-1982 (art. 9) relatif à la composition de la commission nationale de la négociation collective et des deux sous-commissions constituées en son sein, JORF 9 juin 1983, p.1729.

¹⁹⁰⁶C. trav., art. R. 136-3, 3° anc., réd. L. 13 nov. 1982, Décr. 8 juin 1983.

¹⁹⁰⁷C. trav., art. L. 136-1 anc., réd. L. 13 nov. 1982.

¹⁹⁰⁸Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 2271-1 du Code du travail relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle mentionne toujours la notion d'organisations représentatives « *au niveau national* » mais les dispositions réglementaires établissent désormais une distinction entre, d'une part, les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel, qui sont pleinement titulaires au sein de la Commission et, d'autre part, des organisations syndicales de salariés et des organisations patronales présentes au niveau national qui assistent à la Commission sans voix délibérative (V. C. trav., art. R. 2272-1 à R. 2272-9). V. infra.

plus que n'en bénéficient par ailleurs les représentants des professions agricoles¹⁹⁰⁹. Au demeurant, cette reconnaissance par les pouvoirs publics au cas spécifique de la CNNC n'implique pas une reconnaissance par les autres organisations.

L'organisation patronale engage dès lors des négociations avec les cinq confédérations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, qui aboutissent à la signature d'un accord sur la formation continue des entreprises artisanales le 5 mars 1985¹⁹¹⁰. Comme le souligne Jean Bunel, par la signature de cet accord avec la seule UPA, ce sont « *les confédérations syndicales de salariés, toutes réunies pour une fois* » qui ont « *légitimé la représentativité et l'autorité de la dernière née des organisations patronales* »¹⁹¹¹. Pour autant, l'acceptation de l'UPA sur la scène sociale nationale « *n'a pas été aisée* »¹⁹¹². En effet, le CNPF et la CGPME, qui ont vocation à représenter également les très petites entreprises, sont très réticents à l'intégrer dans les instances de négociation et dans le paritarisme de gestion. S'estimant représentatif de l'ensemble des entreprises quelle que soit leur taille, le CNPF propose dans un premier temps que l'UPA participe aux négociations interprofessionnelles mais au sein de sa délégation et sans capacité autonome de signature¹⁹¹³. Ce n'est qu'en 1988, face au refus du gouvernement d'agréer un accord sur les conventions de conversion dans le cadre de l'assurance chômage du fait que l'UPA n'avait pas été conviée à la table de négociation, que le CNPF et la CGPME sont contraints d'accepter sa présence pleine et entière à une négociation interprofessionnelle¹⁹¹⁴. A partir de là, l'organisation accèdera, parfois au prix de conflits avec ses homologues, « *peu à peu à toutes les instances paritaires* »¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁹Nous verrons que la jurisprudence refusera de reconnaître le fait de siéger à la CNNC comme un critère de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, bien que cette confusion ait souvent été faite (V. infra).

¹⁹¹⁰V. Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.98.

¹⁹¹¹Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.9.

¹⁹¹²Nicolas BRICHE, *La représentativité des organisations patronales*, mémoire Master Droit du travail, Lille 2, 2005, p.32.

¹⁹¹³V. Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.98.

¹⁹¹⁴V. Thomas AMOSSE et al., *op. cit.*. Nous rappelons, à ce propos, que la Confédération nationale artisanale (CNA), ancêtre de la Confédération de l'artisanat des métiers et des services (CNAMS) ayant fondé l'UPA, n'avait pas eu de telles faveurs lors de son contentieux sur l'agrément de la convention d'assurance chômage du 31 décembre 1958, signée par le seul CNPF. Le Conseil d'Etat avait en effet dénié aux entreprises artisanales le droit de disposer d'une représentation distincte et considéré que la CNA ne pouvait être regardée comme « *l'une des organisations les plus représentatives d'employeurs pour la signature de la convention nationale interprofessionnelle en cause* » (CE, 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p.545, concl. Pierre NICOLAY ; *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX).

¹⁹¹⁵Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 49.

Après l'adhésion de l'Union nationale des professions libérales (UNAPL), l'UPA se transformera, en 2016, en Union des entreprises de proximité (U2P)¹⁹¹⁶.

§ 2. Une représentativité contestée

328. Si la représentativité au niveau national et interprofessionnel des trois organisations précitées a pu paraître « *incontestée* »¹⁹¹⁷, une pareille affirmation s'est toutefois peu à peu heurtée à une remise en cause de cette situation de fait. En effet, les organisations d'employeurs représentant « *des intérêts spécifiques, voire divergents* »¹⁹¹⁸, des contestations ont pu naître entre les trois organisations elle-mêmes (A), mais également de la part d'organisations patronales de branche qui refusaient de se voir ainsi représentées (B).

A. Des problèmes de frontière

329. Flou textuel. La représentativité au niveau national et interprofessionnel concédée progressivement à certaines organisations patronales n'avait fait l'objet d'aucune reconnaissance formelle, contrairement aux cinq confédérations syndicales de salariés qui avaient bénéficié d'une reconnaissance de représentativité par la décision gouvernementale du 8 avril 1948, modifiée par l'arrêté du 31 mars 1966¹⁹¹⁹, dont il avait été admis qu'elle valait à tous les niveaux de la négociation collective¹⁹²⁰. Cette absence de reconnaissance formelle n'avait pas empêché le Conseil d'Etat de considérer que la représentativité du CNPF devait être appréciée au niveau national et interprofessionnel, correspondant au champ d'application de la convention d'assurance chômage du 31 décembre 1958, et qu'il était de ce fait représentatif de l'artisanat - dont il n'était pas démontré qu'il soit exclu du champ d'application de ladite convention - mais qu'en revanche la Confédération nationale artisanale ne pouvait prétendre,

¹⁹¹⁶V. infra.

¹⁹¹⁷Raphaël HADAS-LEBEL, « *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, p.31 (V. supra note n°1847).

¹⁹¹⁸Jean-Pierre LE CROM, « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », *Dr. soc.* 2014, p.239 et spéc. p.241.

¹⁹¹⁹V. étude 29 supra.

¹⁹²⁰V. CE, avis du 23 nov. 1978, *Dr. soc.* 1979, p.259, obs. Michel DESPAX.

de son côté, à une représentativité à ce niveau¹⁹²¹. Avec la reconnaissance progressive par les pouvoirs publics de nouveaux acteurs patronaux, l'hégémonie du CNPF, devenu MEDEF, a cependant été remise en question. Si la CGPME puis l'UPA ont été admises à signer les conventions d'assurance chômage, puis de façon générale l'ensemble des ANI¹⁹²², des « *problèmes de frontière* »¹⁹²³ entre les trois organisations sont apparus et ont dû être tranchés par les juridictions.

330. Absence de présomption. Une illustration parfaite de ces difficultés se trouve dans un long contentieux qui a opposé le MEDEF et la CGPME d'une part, à l'UPA d'autre part, à propos du financement du dialogue social dans l'artisanat. Alors qu'elle avait été reconnue comme une organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel depuis plusieurs années¹⁹²⁴, l'UPA avait signé le 12 décembre 2001 un accord avec les cinq confédérations syndicales de salariés représentatives au même niveau, qui fût étendu le 25 avril 2002¹⁹²⁵. Cet accord relatif au développement du dialogue social dans les entreprises artisanales prévoyait un certain nombre d'actions dont le financement était assuré par une contribution patronale de 0.15 % de la masse salariale des entreprises comprises dans son champ d'application. Toujours selon l'accord, cette somme était mutualisée au niveau national et répartie entre les organisations patronales et syndicales représentatives de la façon suivante : une part de 0,08 % était partagée au niveau interprofessionnel, à parité entre les organisations d'employeurs et de salariés (la sous-répartition entre organisations de salariés s'effectuant à raison de 3/13^{èmes} pour la CFDT, la CGT et FO et 2/13^{èmes} pour la CFE-CGC et la CFTC) et une part de 0,07 % était partagée au niveau des branches professionnelles, selon des modalités

¹⁹²¹V. CE, 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p.544, concl. Pierre NICOLAY ; *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX (V. supra note n°1342 ; études 206 et 246 supra). Dans un arrêt du 24 octobre 1984, le Conseil d'Etat avait réaffirmé que la représentativité du CNPF s'appréciait au regard du champ d'application de la convention d'assurance chômage du 27 mars 1979, modifiant la convention du 31 décembre 1958 et que l'agrément d'un accord annexe à ladite convention et visant spécifiquement les personnels des casinos et cercles rémunérés au pourboire ne pouvait être entaché d'illégalité au motif qu'aucune entreprise exploitant un casino ne serait membre du CNPF (V. CE, 24 oct. 1984, n°26398).

¹⁹²²V. études 326 et 327 supra.

¹⁹²³Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », *Dr. soc.* 2014, p.228 et spéc. p.230.

¹⁹²⁴V. étude 327 supra.

¹⁹²⁵Arr. 25 avr. 2002 portant extension d'un accord relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat, JORF 3 mai 2002.

à définir par des accords de branche¹⁹²⁶. Bien que limité à l'artisanat, l'accord du 12 décembre 2001, communément appelé « accord UPA », posait en réalité la problématique du financement paritaire au niveau interprofessionnel, puisqu'il était signé à l'initiative d'une organisation d'employeurs représentative à ce niveau et qu'il organisait une répartition des financements à ce niveau. L'accord fût vivement contesté par le MEDEF et la CGPME, ainsi que par la Fédération française du bâtiment (FFB) et l'UIMM affiliées au MEDEF. Ces organisations patronales étaient en effet fermement décidées à s'opposer à l'extension de l'accord à toutes les entreprises artisanales, dénonçant une négociation sans concertation avec elles. Le MEDEF et la CGPME soulevèrent ainsi l'illégalité de l'arrêté d'extension au visa de l'article L. 133-1 du Code du travail (L. 2261-19) subordonnant l'extension de l'accord à la condition qu'il ait été négocié et conclu en commission paritaire composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré. Or, en l'espèce, ni le MEDEF ni la CGPME n'avaient été conviés aux négociations¹⁹²⁷. Suivant les conclusions de son Commissaire du Gouvernement, le Conseil d'Etat considéra toutefois, dans un arrêt du 30 juin 2003, que *« si, en vertu de l'article L. 132-2 du Code du travail, les organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au plan national, conformément à l'article L. 133-2 du même code, ainsi que celles qui sont affiliées à de telles organisations doivent être regardées comme représentatives, il ne résulte ni de ces dispositions, ni d'aucun autre texte applicable à l'extension des conventions ou accords collectifs de travail que, pour l'application des dispositions de l'article L. 133-1 selon lesquelles ces conventions et accords " doivent, pour pouvoir être étendus, avoir été négociés et conclus en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le*

¹⁹²⁶Il convient de préciser que dans le texte de l'accord (art. 5) seule l'UPA était visée en tant qu'organisation patronale bénéficiaire au niveau national et interprofessionnel mais que lors de l'extension, la réserve suivante avait été émise : *« les stipulations de l'article 5 sont étendues en tant que les droits attribués aux organisations professionnelles d'employeurs ne sont pas exclusifs d'une organisation interprofessionnelle représentative déterminée »* (art.1, arr. 25 avr. 2002 préc.). Il en résultait que si des organisations d'employeurs autres que l'UPA étaient ou venaient à être représentatives dans le champ de l'accord, elles bénéficiaient également de la répartition des sommes collectées.

¹⁹²⁷Nous rappelons que si l'article L. 2261-27 du Code du travail (art. L. 133-11 anc.) permet, sous certaines conditions, l'extension d'un texte qui n'a pas été signé par la totalité des organisations les plus représentatives intéressées, le Conseil d'Etat veillait à ce que toutes les organisations représentatives aient bien été associées aux travaux de la commission (V. CE, 20 mai 1988, n°74551) ou que les négociations ne se soient pas poursuivies en marge de celle-ci (V. CE, 26 oct. 1988, n°64675). Dans un arrêt *Confédération nationale des radios libres* du 14 octobre 2002 (n°228067), la haute juridiction avait ainsi annulé un arrêté d'extension au motif que l'accord initial signé par ladite confédération avait été étendu dans une version renégociée par d'autres organisations lors d'une nouvelle réunion qui ne précisait pas qu'il s'agissait d'une réunion de la commission et pour laquelle la Confédération, représentative dans ce secteur, n'apparaissait pas dans liste des organisations convoquées. Dans sa jurisprudence actuelle, le Conseil d'Etat exige que toutes les organisations syndicales et patronales représentatives dans le champ de l'accord aient été invitées à la négociation, même si elles ne l'ont pas toutes signé, et que les étapes essentielles de la négociation se soient déroulées en présence de toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord (V. étude 269 supra).

*champ d'application considéré », les organisations syndicales d'employeurs seraient dispensées de faire la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord dont l'extension est en cause »*¹⁹²⁸. Par cette décision, le Conseil d'Etat refusait donc de reconnaître une présomption de représentativité aux organisations requérantes au motif que le système de représentativité présumée, alors en vigueur, ne concernait que les organisations syndicales de salariés et qu'il leur appartenait donc de prouver leur représentativité dans le champ de l'accord, ce qu'elles ne démontraient pas puisqu'elles se contentaient de procéder par simple affirmation, en se prévalant de leur caractère d'organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel¹⁹²⁹.

Poursuivant le contentieux devant le juge judiciaire (sur la validité de l'accord lui-même, conformément au principe de séparation des pouvoirs), le MEDEF et la CGPME n'obtiendront pas davantage gain de cause. La Chambre sociale de la Cour de cassation mettra en effet un terme au conflit en 2007, en jugeant « *qu'abstraction faite des conditions posées par l'article L. 133-1 du Code du travail pour qu'un accord puisse être étendu, un accord collectif*

¹⁹²⁸CE, 30 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p.1112, concl. Pascale FOMBEUR ; *RJS* 2003, n°1197 ; *D.* 2004, p.1701, note Xavier PRETOT et Dominique CHELLE.

¹⁹²⁹Pour Xavier Prétot et Dominique Chelle la solution aurait toutefois été rendue en des « *termes quelque peu elliptiques* » qui susciteraient l'interrogation. En effet, l'article L. 132-2 du Code du travail (actuel L. 2231-1) sur lequel se base dans un premier temps l'arrêt concerne le droit commun de la négociation collective et procède à la distinction entre les parties signataires de toute convention ou accord collectif de travail ordinaire. La représentativité est exigée pour la partie salarié avec le renvoi exprès au système de représentativité présumée, alors en vigueur. En revanche, la représentativité n'est pas exigée par le texte du côté employeur, comme nous l'avons à maintes reprises souligné. Or, s'agissant des dispositions relatives à l'extension, et plus particulièrement l'article L. 133-1 du Code du travail (actuel L. 2261-19) également visé par l'arrêt, aucune distinction n'est établie entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs qui doivent être représentatives dans le champ d'application considéré. Le système de représentativité présumée des organisations de salariés n'est pas visé par ce texte, contrairement à d'autres dispositions du Code du travail de l'époque qui y faisaient expressément référence (exercice du droit syndical dans l'entreprise et désignation des institutions représentatives du personnel). En exigeant des organisations patronales qu'elles démontrent leur représentativité pour participer à la commission chargée de négocier et conclure les accords susceptibles d'extension, tout en admettant que les organisations syndicales de salariés puissent, de leur côté, exciper des mécanismes de représentativité découlant des dispositions l'article L. 132-2 du Code du travail, le Conseil d'Etat aurait procédé à une « *interprétation asymétrique des termes de l'article L. 133-1* », qui n'emporterait pas la « *conviction* » au regard de la rédaction des dispositions du Code du travail relatives à la détermination des parties à la négociation collective (Xavier PRETOT et Dominique CHELLE, note préc., *D.* 2004, p.1701).

*peut être conclu sans que toutes les organisations patronales représentatives dans son champ d'application aient été invitées à la négociation »*¹⁹³⁰.

Au-delà de l'extension des accords collectifs, le principe dégagé par l'arrêt du 30 juin 2003 a été repris par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 9 février 2005 dans lequel il a refusé à la CGPME - sur requête de l'UPA - de figurer dans la liste des confédérations et fédérations habilitées à présenter des candidats aux élections dans les chambres des métiers et de l'artisanat, au motif qu'elle ne démontrait pas qu'elle était représentative des métiers et de l'artisanat au plan national¹⁹³¹.

B. Une contestation des branches

331. A l'inverse des organisations syndicales de salariés dans le régime antérieur à la loi du 20 août 2008, la reconnaissance de la représentativité des trois organisations patronales au niveau national et interprofessionnel n'impliquait pas nécessairement une présomption de représentativité au niveau des branches.

En effet, si la représentativité des syndicats de salariés à l'échelon interprofessionnel « *rejaillissait* »¹⁹³² automatiquement sur les niveaux inférieurs, il avait été jugé qu'au contraire une organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel pouvait ne pas l'être dans un champ professionnel plus restreint. Ainsi, le Conseil d'Etat avait jugé, comme nous venons de le voir, que la représentativité du MEDEF et de la CGPME ne devait pas être

¹⁹³⁰Cass. soc., 4 déc. 2007, *RJS* 2008, n°206, *Dr. soc.* 2008, p.460, note Philippe LANGLOIS ; *RDT* 2008, p.189, obs. Sophie NADAL. Nous pouvons souligner, à l'instar de la doctrine, une certaine incongruité dans cette décision. En effet, dans un arrêt du 17 septembre 2003 (*RJS* 2003, n°1297), la Chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives de salariés aient été invitées à la négociation. Ce principe peut se comprendre, puisque cet accord va régir la totalité des salariés, même en l'absence d'extension. En revanche, un accord collectif ordinaire ne s'appliquant qu'aux entreprises appartenant aux organisations patronales signataires, il n'est pas nécessaire que participent à la négociation des organisations dont les adhérents ne seront pas tenus par l'accord conclu. C'est pourtant ce rappel que semble opérer la Cour de cassation en indiquant qu'en dehors des dispositions de l'article L. 133-1 (L. 2261-19) du Code du travail relatives aux conditions de négociation et de conclusions d'un accord soumis à l'extension, l'accord est valable même si toutes les organisations patronales représentatives dans son champ d'application n'ont pas été invitées à la négociation. Au demeurant, le renvoi à la notion d'organisation patronale représentative interroge puisque dans le droit commun de la négociation collective (c'est-à-dire en dehors des dispositions spécifiques de l'article L. 2261-19 du Code du travail relatives à l'extension), l'exigence de représentativité de la partie patronale pour la conclusion des conventions et accords collectifs de travail n'est pas formulée (V. C. trav., art. L. 2231-1).

¹⁹³¹V. CE, 9 fév. 2005, *RJS* 2005, n°757.

¹⁹³²Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, « *La construction de la représentativité patronale* », rapport non publié, présenté par une équipe pluridisciplinaire sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM, p.256.

considérée comme acquise dans le secteur spécifique de l'artisanat¹⁹³³. De la même façon, les entreprises de la branche du caoutchouc et des polymères avaient pu contester avec succès la représentativité du MEDEF au sein de cette branche. Dans l'affaire Michelin, maintes fois évoquée, la Chambre sociale de la Cour de cassation a en effet dénié au MEDEF une présomption de représentativité dans les branches. Sur la base d'un raisonnement emprunté au Conseil d'Etat, le juge judiciaire a considéré qu'en l'absence d'adhésion de la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative dans la branche en question, au MEDEF, signataire de l'ANI du 19 mars 1975 et de ses avenants, les entreprises de cette branche n'étaient pas tenues d'appliquer l'accord malgré son extension¹⁹³⁴. Le MEDEF, seul signataire de l'ANI et de ses avenants, ne pouvait pas en effet être considéré comme représentatif au sein de cette branche au seul motif de sa représentativité au niveau national et interprofessionnel. La représentativité du MEDEF au sein de la branche du caoutchouc devait au contraire être démontrée et le fait que l'organisation patronale représentative de cette branche ne soit pas adhérente de celui-ci suffisait, selon la Cour de cassation, à placer les entreprises de cette branche en dehors du champ d'application de l'ANI, que l'extension ne pouvait modifier.

Même si la doctrine a pu voir dans cette solution une remise en cause de la portée du mécanisme de l'extension pour les ANI¹⁹³⁵, l'arrêt Michelin est venu avant tout confirmer l'absence d'une présomption de représentativité dans les branches des organisations patronales qui bénéficiaient du label de représentativité au niveau national et interprofessionnel¹⁹³⁶. C'est

¹⁹³³V. étude 330 supra.

¹⁹³⁴V. notamment étude 207 supra.

¹⁹³⁵V. Franck HEAS, comm. sous Cass. Soc., 16 mars 2005, *JCP E* 2005, 699 ; Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 (V. étude 260 supra) ; *adde* Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », *Dr. soc.* 2014, p.228 et spéc. p.230.

¹⁹³⁶L'arrêt du Conseil d'Etat du 24 octobre 1984 (V. supra note n°1921) ne doit pas, à notre sens, être interprété comme une solution contraire à la jurisprudence dominante. En effet, comme nous l'avons précédemment souligné, le Conseil d'Etat avait considéré dans cet arrêt que la représentativité du CNPF devait être appréciée au regard du champ d'application de la convention d'assurance chômage du 27 mars 1979, modifiant la convention du 31 décembre 1958, dont il était signataire et que, par suite, l'agrément d'un accord annexe à ladite convention et visant spécifiquement les personnels des casinos et cercles rémunérés au pourboire ne pouvait être entaché d'illégalité au motif qu'aucune entreprise exploitant un casino ne serait membre du CNPF. Le Conseil d'Etat jugeait donc que le CNPF était représentatif des entreprises de casinos et cercles de jeu dans le champ d'application de la convention d'assurance chômage et que l'agrément rendait automatiquement l'accord applicable aux entreprises de ce secteur, même si aucune d'entre elles n'était adhérente de l'organisation signataire. Cette solution paraît, de prime abord, contredire la logique qu'adoptera la Cour de cassation en 2005 dans l'arrêt Michelin (en ce sens : Franck MOREL, « Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ? », *JCP S* 2013, 1460), elle-même reprise du raisonnement du Conseil d'Etat dégagé à propos des groupements de branche dans les années 1960. Pour autant, il convient de rappeler que l'obligation d'assurance chômage avait été étendue à tous les employeurs compris dans le champ d'application territorial de la convention du 31 décembre 1958 par l'ordonnance du 13 juillet 1967, puis par la loi du 16 janvier 1979 (V. étude 179 supra). De par l'effet de la loi, tous les employeurs du territoire national entraient donc dans le champ d'application de la convention d'assurance chômage et le secteur des casinos ne pouvait s'en extraire au seul motif qu'il n'était pas adhérent du CNPF signataire. La solution prévalant pour les ANI classiques n'est pas en cela transposable aux conventions collectives de sécurité sociale dont le champ d'application des régimes qu'elles mettent en œuvre est fixé par la loi.

d'ailleurs en ce sens que la haute juridiction elle-même a présenté sa décision, en indiquant : « *Par cet arrêt la Chambre sociale tranche la question des effets d'un arrêté d'extension d'un accord collectif interprofessionnel, en l'absence de présomption légale de représentativité des confédérations patronales* »¹⁹³⁷.

Section 2. Les facteurs d'une réforme

332. Plusieurs facteurs rendaient nécessaire une réforme de la représentativité patronale. Certains d'entre eux étaient communs à tous les niveaux où cette représentativité était exigée (§ 1) et d'autres plus spécifiques au niveau national et interprofessionnel (§ 2).

§ 1. Les facteurs généraux de la réforme de la représentativité patronale

333. La multiplication des contestations ou contentieux portant directement ou indirectement sur des questions de représentativité patronale imposait une clarification des règles (A). De même, la mise en place de critères objectifs, démocratiques et vérifiables pour la représentativité des organisations syndicales de salariés par la loi du 20 août 2008 appelait un réexamen des règles admises jusqu'alors pour la partie patronale (B).

A. Une régulation juridique croissante des questions liées à la représentativité patronale

334. Nous avons vu que la reconnaissance de la représentativité patronale basée sur le consensus a fait l'objet d'une remise en question au niveau national et interprofessionnel où des contestations sont apparues. Cette tendance à la judiciarisation des rapports entre les organisations professionnelles semble s'être fortement développée à partir des années 2000¹⁹³⁸. C'est précisément en cas de désaccord que les voies de reconnaissance de la représentativité patronale (1) ont pu montrer les limites du système admis jusqu'alors (2).

¹⁹³⁷Cass., Rapport annuel 2005, p.252.

¹⁹³⁸V. Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.31 ; Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », *Dr. soc.* 2014, p.228 et spéc. p.230.

1- Les voies de reconnaissance de la représentativité patronale

335. Pratiques administratives. En cas de contestation, l'administration est intervenue sur la base de l'article L. 2121-2 du Code du travail (L. 133-3 anc.) qui dispose : « *S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête. / L'organisation intéressée fournit les éléments d'appréciation dont elle dispose* ».

Si la pratique des enquêtes dites de représentativité est ancienne et remonte à la mise en œuvre de la loi du 24 juin 1936, sa légalisation est le fruit de l'article 8 de la loi du 13 novembre 1982¹⁹³⁹. La doctrine souligne que cette enquête intervient majoritairement en cas de demande d'une organisation de participer aux réunions de la commission paritaire chargée de négocier les accords susceptibles d'extension ou d'une contestation par une autre organisation de sa capacité à y participer¹⁹⁴⁰. Le juge administratif a toutefois interprété largement les dispositions du Code du travail quant aux pouvoirs de l'administration de procéder à une enquête de représentativité, que ce soit à l'occasion de l'extension¹⁹⁴¹ ou en dehors de celle-ci¹⁹⁴². Sans entrer dans le détail de la procédure¹⁹⁴³, la pratique administrative semble ici « *nullement encadrée* »¹⁹⁴⁴. Les articles R. 2121-1 et R. 2121-2 du Code du travail se contentent en effet d'indiquer que les enquêtes sont diligentées par le ministre chargé du travail (et par le ministre chargé de l'agriculture pour les professions agricoles) et que le silence ministériel pendant plus de six mois vaut décision de rejet.

¹⁹³⁹V. Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119.

¹⁹⁴⁰V. notamment Franck HÉAS, « État des lieux de la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.198 et spéc. p.201 ; Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords*, coll. Droit Vivant, Wolters Kluwer, Paris, 6e éd., 2018, p.145.

¹⁹⁴¹CE, 14 oct. 1996, *RJS* 1997, n°187 : « *Il résulte de l'ensemble des dispositions des articles L 133-1 à L 133-3 du Code du travail qu'il appartient au ministre du travail d'apprécier, suivant la procédure définie à l'article L 133-3 et dans le respect des critères énoncés à l'article L 133-2, la représentativité d'une organisation syndicale d'employeurs ou de salariés non seulement lorsqu'il détermine la composition d'une commission mixte dont il provoque la réunion ou lorsqu'il envisage de procéder à l'extension d'une convention signée, mais également dans l'hypothèse où est contestée, dans le cadre d'une négociation engagée sur le fondement de l'article L 133-1, al. 1^{er} la représentativité d'une organisation syndicale au regard du champ d'application de la convention collective susceptible d'être étendue ou de celui d'un avenant ou d'une annexe à une telle convention* ».

¹⁹⁴²Une enquête de représentativité a pu être diligentée dans le cadre de la demande d'une organisation patronale d'intégrer certaines instances de représentation nationales (V. CE, 26 oct. 2012, n°336737) ou de participer aux aux concertations et éventuelles négociations prévues par l'article L. 1 du Code du travail (V. CAA Paris, 8^och., 25 juin 2012, n°11PA01477).

¹⁹⁴³V. Jean-Pierre LE CROM, *op. cit.* ; Nicolas BRICHE, *La représentativité des organisations patronales*, mémoire Master Droit du travail, Lille 2, 2005, pp.50-51.

¹⁹⁴⁴Franck HÉAS, *op. cit.*

336. Contentieux. Les juridictions administratives ont été amenées à trancher de nombreux litiges relatifs à la représentativité patronale, ces contentieux émergeant là encore pour l'essentiel lors de l'extension d'un accord de branche ou interprofessionnel¹⁹⁴⁵, même s'ils ont pu naître à d'autres occasions¹⁹⁴⁶. Il convient également de rappeler que si en application du principe de séparation des pouvoirs, l'appréciation de la représentativité des syndicats signataires d'un accord soumis à l'extension relève du juge administratif, le juge judiciaire a également été amené à se prononcer sur cette question à l'occasion de contentieux portant sur l'application d'un accord étendu¹⁹⁴⁷.

2- Les limites du système de reconnaissance de la représentativité patronale

337. Preuve. En l'absence d'un système de reconnaissance préétabli (hormis l'entente mutuelle reposant sur une reconnaissance de fait), l'appréhension de la représentativité patronale par le droit intervenait donc essentiellement en cas de contestation donnant lieu à une enquête administrative suivie éventuellement d'un contentieux ou directement devant le

¹⁹⁴⁵Nous rappelons que le Conseil d'Etat a conféré une large portée aux enquêtes de représentativité en les rendant obligatoires aux différents stades de la procédure d'extension (V. supra note n°1941). La décision explicite ou implicite de rejet suite à une enquête de représentativité est une décision administrative susceptible d'un recours devant les juridictions de l'ordre administratif. Il est à noter toutefois que l'absence de demande d'enquête avant l'adoption d'un arrêté d'extension ne fait pas obstacle à la contestation de la représentativité de l'organisation à l'appui d'un recours tendant à faire annuler cet arrêté pour excès de pouvoir (V. CE, 30 déc. 2013, n°352901, *Lebon* 2013 ; *Lexbase soc.* 2014, n°555, comm. Gilles AUZERO).

¹⁹⁴⁶Le Conseil d'Etat a par exemple été amené à se prononcer sur la représentativité d'une organisation patronale souhaitant participer à des émissions télévisées d'audience nationale (V. CE, 25 nov. 1991, n°115993), à certaines élections professionnelles telles que celles des chambres des métiers et de l'artisanat (V. CE, 9 fév. 2005, n°276064, *RJS* 2005, n°757) ou à des instances de représentation nationales telles que le Conseil économique, social et environnemental (V. CE, 8 oct. 2012, n°343082), la Commission nationale de la négociation collective, le Conseil supérieur de la prud'homie et l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (V. CE, 26 octobre 2012, n° 336737).

¹⁹⁴⁷Comme nous l'avons à maintes reprises souligné, une ligne de départage entre les deux ordres de juridictions a pu être tracée depuis l'arrêt *Le Peignage de Reims* du 4 mars 1960 (V. notamment étude 85 supra). Dans ce cadre, l'appréciation de la représentativité des syndicats signataires d'un accord soumis à l'extension relève du ministre du travail sous le contrôle du juge administratif (V. Philippe LANGLOIS, « La séparation des pouvoirs en droit du travail », *Dr. soc.* 1979, p.339 et spéc. p.341). La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé qu'en procédant à l'extension, le ministre a nécessairement apprécié la représentativité de l'organisation dans le secteur d'activité considéré et que celle-ci ne peut plus être contestée devant le juge judiciaire (V. Cass. soc., 5 mars 2008, n°s 06-44.829 et 06-44.830). Toujours au nom du principe de la séparation des pouvoirs, la Chambre sociale a opéré un revirement partiel de jurisprudence en réduisant le périmètre de contrôle du juge judiciaire sur le champ d'application d'un accord professionnel étendu afin d'éviter un double contrôle de représentativité (V. études 269 et s. supra). Pour autant, le juge judiciaire est resté compétent pour vérifier la représentativité dans une branche d'activité d'une organisation patronale signataire d'un ANI étendu ne précisant pas son champ d'application, du moins dans le système antérieur à la loi du 5 mars 2014 (V. études préc.).

juge¹⁹⁴⁸. Puisqu'elle « *n'est aucunement automatique* »¹⁹⁴⁹, la représentativité patronale devait être démontrée et établie à l'occasion de ces contestations. En effet, en l'absence d'un système de représentativité présumée, l'organisation patronale devait apporter la preuve de sa représentativité au niveau professionnel et territorial où cette qualité et les prérogatives associées étaient revendiquées, conformément au principe de concordance¹⁹⁵⁰. En application de l'article L. 2121-2 du Code du travail, l'organisation patronale faisant l'objet d'une enquête de représentativité devait ainsi fournir « *les éléments d'appréciation dont elle dispose* », le juge administratif refusant de reconnaître la représentativité d'une structure patronale n'apportant pas « *les précisions suffisantes* »¹⁹⁵¹.

338. Dispense. Il semble toutefois que le Conseil d'Etat avait admis une exception à cette règle pour les structures locales d'employeurs qui devaient être regardées comme représentatives du seul fait de leur affiliation à une organisation représentative au niveau national¹⁹⁵², consacrant en cela un système de représentativité par affiliation similaire à celui des organisations de salariés¹⁹⁵³. Les structures patronales couvrant un champ territorial et professionnel plus restreint bénéficiaient donc d'une présomption de représentativité à l'échelon territorial et professionnel considéré en raison de leur affiliation à une organisation représentative au niveau national¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁸Il faut cependant réserver les cas où des textes spécifiques visant la composition de telle ou telle instance reconnaissaient expressément la représentativité d'une organisation patronale admise à y siéger (par exemple, les dispositions du Code du travail sur la composition de la Commission nationale de la négociation collective reconnaissant la représentativité des organisations patronales admises à désigner des représentants en son sein ; V. étude 327 supra).

¹⁹⁴⁹Franck HÉAS, « État des lieux de la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.198 et spéc. p.201.

¹⁹⁵⁰V. étude 30 supra.

¹⁹⁵¹CE, 31 mai 2002, n°229574, *Lebon* 2002.

¹⁹⁵²V. CE, 26 mars 2004, n° 253534, *Lebon* 2004 ; 30 juin 2006, n°263752, *JCP S* 2006, 1609, note Lydie DAUXERRE.

¹⁹⁵³V. étude 29 supra. Le Conseil d'Etat a bâti son raisonnement sur une lecture *a contrario* l'article L. 2121-2 du Code du travail (L. 133-3 anc.) relatif aux enquêtes administratives de représentativité qui dispose, comme nous l'avons indiqué supra : « *S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête* ». Ces dispositions visant aussi bien les organisations professionnelles d'employeurs que les organisations syndicales de salariés, le Conseil d'Etat en a déduit que l'affiliation à une organisation représentative au niveau national suffisait à conférer le caractère d'organisation représentative aux organisations patronales, sans qu'il soit besoin de diligenter une enquête de représentativité (V. également sur ce point : Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436).

¹⁹⁵⁴Les décisions précitées concernaient : une union départementale d'artisans boulangers-pâtisseries dont la représentativité avait été admise dans le champ d'un accord départemental propre à ce secteur et soumis à l'extension, en raison du seul fait qu'elle soit affiliée à la Confédération nationale de la boulangerie, représentative dans cette branche au niveau national (CE, 26 mars 2004, préc.) ; la Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles (FDSEA) du Calvados qui devait être regardée comme représentative des entreprises de producteurs de champignons dans le département en question du fait de son affiliation à la FNSEA, représentative des entreprises de ce secteur au niveau national en raison de l'adhésion de la Fédération nationale des producteurs de champignons (CE, 30 juin 2006, préc.).

339. Critères. La question des conditions d'appréciation de la représentativité patronale dans le système antérieur à la loi de 2014 faisait débat. L'opinion dominante jugeait en effet que ces conditions n'étaient « *pas claires* »¹⁹⁵⁵ car les critères de représentativité posés par l'ancien article L. 133-2 du Code du travail avaient avant tout été pensés pour les organisations de salariés et correspondaient « *bien mieux* »¹⁹⁵⁶ à la réalité de ces dernières qu'à celle des organisations patronales. Comme l'indique l'historien Jean-Pierre Le Crom, la question de l'application des critères de représentativité aux organisations patronales s'est posée dès la parution des premières circulaires ayant introduit le système de critérisation¹⁹⁵⁷ et a continué à susciter le débat une fois ces critères intégrés dans le Code du travail par la loi du 11 février 1950¹⁹⁵⁸. Dans ses enquêtes, l'administration basait essentiellement son analyse sur le critère des effectifs, associé à celui des cotisations, lorsqu'il s'agissait d'apprécier la représentativité d'une organisation patronale et refusait de reconnaître cette dernière lorsqu'un seuil d'adhérents de 5 % n'était pas atteint¹⁹⁵⁹. Or, cette invocation du seuil de 5 % ne reposait « *en réalité sur rien* »¹⁹⁶⁰. Le Conseil d'Etat avait admis de son côté que les critères légaux de représentativité n'avaient pas été fixés par le législateur uniquement pour les organisations de salariés¹⁹⁶¹ - et avait été rejoint sur ce point par la Cour de Cassation¹⁹⁶² - mais le critère des effectifs demeurait « *l'élément essentiel et principal* »¹⁹⁶³ de son appréciation de la représentativité d'une organisation patronale. Ce n'est en effet qu'exceptionnellement que le juge administratif

¹⁹⁵⁵ Anne COURRÈGES, « Aménagement du temps de travail dans le secteur du remorquage portuaire » (concl. sous CE, 21 mai 2008), *Dr. soc.* 2008, p.794.

¹⁹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁵⁷ V. Jean-Pierre LE CROM, « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », *Dr. soc.* 2014, p.239. Sur les différentes circulaires parues à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1936 : V. étude 28 supra.

¹⁹⁵⁸ Nous rappelons, à ce propos, les interrogations du Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolaÿ dans ses conclusions préalables à l'arrêt *Confédération Nationale Artisanale*, rendu par le Conseil d'Etat le 2 mars 1962 (V. supra note n°280).

¹⁹⁵⁹ V. Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119 et spéc. p.129.

¹⁹⁶⁰ Jean-Pierre LE CROM, *op. cit.*, p.130.

¹⁹⁶¹ V. CE, 2 mars 1962 (*Confédération Nationale Artisanale*), *Dr. soc.* 1962, p.544, concl. Pierre NICOLAY ; *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX.

¹⁹⁶² V. Cass., Rapport annuel 2005, p.252.

¹⁹⁶³ Franck HÉAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *RDT* 2011, p.91.

fondait explicitement son analyse sur le cumul des critères légaux¹⁹⁶⁴, de surcroît avec une opinion changeante sur l'application de certains d'entre eux¹⁹⁶⁵.

¹⁹⁶⁴Ainsi, dans ses conclusions préalables à l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1963, le Commissaire du Gouvernement Jean-François Henry concluait à la représentativité d'une organisation patronale au regard de ses effectifs, de son ancienneté, de son activité, de son attitude patriotique pendant l'occupation et de son indépendance politique (V. Jean-François HENRY, concl. sous CE, 11 janv. 1963, *Dr. soc.* 1963, p.398). Dans un arrêt inédit du 12 mai 1997 (n°160541), le Conseil d'Etat avait considéré « *qu'aux termes de l'article L. 133-2 du code du travail, les critères qui déterminent la représentativité des organisations syndicales sont "les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique sous l'occupation" ; que la décision attaquée précise que la Fédération française de l'esthétique cosmétique a été reconnue représentative "notamment au regard du critère des effectifs et de l'activité" ; qu'il ne résulte pas de cette formulation que le ministre n'a pas tenu compte de tous les critères susmentionnés pour apprécier la représentativité de la fédération dont s'agit ; qu'il ressort des pièces du dossier que cette dernière groupe un nombre important d'entreprises ayant pour activité principale la parfumerie de détail ; qu'ainsi, la fédération requérante n'est pas fondée à soutenir que le ministre aurait entaché sa décision d'erreur de droit ou d'erreur d'appréciation en estimant que la Fédération française de l'esthétique cosmétique devait être considérée comme représentative pour le secteur de la parfumerie de détail* ». Enfin, dans son arrêt du 9 février 2005 confirmant l'absence de présomption de représentativité des organisations patronales nationales et interprofessionnelles (V. supra note n°1931), le Conseil d'Etat avait expressément rappelé « *qu'aux termes de l'article L 133-2 du Code du travail : "La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : les effectifs ; l'indépendance ; les cotisations ; l'expérience et l'ancienneté du syndicat ; l'attitude patriotique pendant l'occupation"* ». En l'absence de présomption, la CGPME, en l'espèce, devait donc prouver sa représentativité dans le secteur des métiers et de l'artisanat au regard des critères définis par l'ancien article L. 133-2 du Code du travail.

¹⁹⁶⁵L'application du critère de l'indépendance aux organisations patronales a fait l'objet d'un long débat. Dans ses conclusions préalables à l'arrêt du Conseil d'Etat *Confédération Nationale Artisanale* du 2 mars 1962, Pierre Nicolaÿ avait souligné - sans l'exclure cependant - que ce critère « *ne concerne bien évidemment dans l'esprit de ceux qui l'ont introduit que les organisations ouvrières dont on souhaite l'indépendance par rapport aux employeurs* » (Pierre NICOLAY, concl. sous CE, 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p.545 et spéc. p.548). Ce n'est qu'en 2008 que le Conseil d'Etat prendra officiellement position en considérant, dans un arrêt *Société nouvelle de remorquage du Havre*, que « *si l'article L. 133-2 du code du travail mentionne, parmi les critères de représentativité des organisations syndicales, celui de leur indépendance, ce critère ne vise que l'indépendance des syndicats de salariés par rapport aux employeurs et ne saurait, par suite, s'appliquer aux organisations d'employeurs* » (CE, 21 mai 2008, *Dr. soc.* 2008, p.794, concl. Anne COURRÈGES ; *AJDA* 2008, p.1689, note Aurélien ANTOINE ; *AJDA* 2009, p.521, chron. Laurent RICHER, Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY). En 2011, le Conseil d'Etat opérera toutefois un revirement de jurisprudence en considérant « *qu'aux termes de l'article L 133-2 du Code du travail, en vigueur à la date des décisions litigieuses : " La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : / - les effectifs ; / - l'indépendance ; / - les cotisations ; / - l'expérience et l'ancienneté du syndicat ; / - l'attitude patriotique pendant l'occupation " ; que ces dispositions s'appliquent tant aux organisations d'employeurs qu'aux syndicats de salariés, y compris pour ce qui est du critère d'indépendance ; que la satisfaction à ce critère par une organisation d'employeurs suppose de vérifier que les conditions de son organisation, de son financement et de son fonctionnement permettent d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'elle entend représenter, notamment dans le cadre de la négociation des conventions et accords collectifs* » (CE, 2 mars 2011, *RJS* 2011, n°537 ; *AJDA* 2011, p.1046 ; *RDT* 2011, p.582, obs. Sophie NADAL). Dans cette dernière décision le Conseil d'Etat a suivi les conclusions du Rapporteur public Claire Landais qui avait relevé malgré tout qu'« *Il est donc tout à fait exact de dire que les critères de l'article L 133-2 ont été pensés pour les organisations syndicales de salariés et que le critère de l'indépendance avait essentiellement pour objet d'écarter les syndicats maison* » (Claire LANDAIS, « La représentativité des organisations patronales », *RJS* 2011, études et chron., p.453, concl. sous CE, 2 mars 2011). Tout en explicitant la façon dont il envisage la satisfaction du critère de l'indépendance pour une organisation patronale, le Conseil d'Etat semble également avoir voulu, par cette décision, clarifier sa jurisprudence en affirmant que le champ d'application de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail, qui visait de façon générale « *les organisations syndicales* », n'était pas limité aux seules organisations de salariés.

340. Relativité. Si l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat démontrait cette « *prévalence du critère des effectifs* »¹⁹⁶⁶, il semble qu'elle se contentait cependant de « *standards flous, lui laissant une large marge d'appréciation, en l'absence de disposition législative spécifique* »¹⁹⁶⁷. Les membres adhérents de l'organisation patronale étaient ainsi évalués et devaient représenter « *une part significative* »¹⁹⁶⁸, appréciée selon des méthodes de calcul variables¹⁹⁶⁹. Tout en retenant une « *approche quantitative* »¹⁹⁷⁰, le Conseil d'Etat appréciait malgré tout ce critère de manière relative par référence aux effectifs des autres organisations pour reconnaître la représentativité d'une organisation patronale¹⁹⁷¹. En revanche, « *l'insuffisance de ses effectifs* » appréciée par rapport aux autres organisations dans le champ d'application d'une convention soumise à l'extension, constituait un obstacle dirimant à la reconnaissance de la représentativité d'une organisation¹⁹⁷². Comme avait pu le souligner le Commissaire du Gouvernement Jean-François Henry, « *dans ce choix des organisations professionnelles les plus représentatives, tout est relatif et tout est affaire de proportion* »¹⁹⁷³...

Une autre question était de savoir si ce critère essentiel des effectifs ne devait prendre en compte que le nombre d'adhérents ou également la taille des entreprises affiliées, caractérisée notamment par le nombre de salariés. En effet, contrairement aux organisations de salariés, « *ce ne sont pas des personnes physiques qui adhèrent aux organisations patronales, mais des entreprises* »¹⁹⁷⁴. De ce fait, si les adhérents d'une organisation syndicale de salariés

¹⁹⁶⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, « La suspension de l'application de l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la branche de la production cinématographique par le juge des référés : prologue judiciaire ou clap de fin ? », *Dr. soc.* 2013, p.1016.

¹⁹⁶⁷Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436.

¹⁹⁶⁸CE, 9 fév. 2005, *RJS* 2005, n°757.

¹⁹⁶⁹Les effectifs pouvaient être appréciés en nombre d'adhérents (V. CE, 9 fév. 2005, préc.) ou en pourcentage sans qu'un seuil soit précisément défini. Le seuil minimal de 5 % d'adhérents, mobilisé sans fondement juridique dans les enquêtes administratives, semble trouver son origine dans les conclusions de deux commissaires du gouvernement en 1951 et 1979 (V. concl. M. ODENT sous CE, 27 juin 1951, *Dr. soc.* 1951, p.472 ; concl. B. GENEVOIS sous CE, 25 mai 1979, *Lebon* 1979, p.242, citées in Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119 et spéc. p.130 ; Nicole MAGGI-GERMAIN, « La suspension de l'application de l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la branche de la production cinématographique par le juge des référés : prologue judiciaire ou clap de fin ? », *Dr. soc.* 2013, p.1016, note de bas de page n°27). Dans une autre décision, le Conseil d'Etat a utilisé le nombre d'adhérents et la proportion d'entreprises affiliées et a considéré comme représentative, une organisation patronale qui comptait « *plus de 2000 adhérents représentant près de 60 % des entreprises du secteur des centres équestres* » (CE, 9 nov. 2007, n°257252).

¹⁹⁷⁰Franck HÉAS, « Représentativité patronale et extension d'une convention collective », *SSL* 2013, n°1604, p.11 et spéc. p.12 (*adde* *SSL* 2014, n°1619, p.106 et spéc. p.107).

¹⁹⁷¹V. notamment CE, 11 janv. 1963, *Dr. soc.* 1963, p.397 ; CE, 8 oct. 2012, n°343082.

¹⁹⁷²CE, 14 oct. 1996, *RJS* 1997, n°187.

¹⁹⁷³Jean-François HENRY, concl. sous CE, 11 janv. 1963, *Dr. soc.* 1963, p.398.

¹⁹⁷⁴Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.7.

sont « *tous égaux* »¹⁹⁷⁵, il en va différemment des adhérents d'une organisation patronale qui ont des tailles ou des poids économiques différents. L'importance des entreprises adhérentes sera ainsi prise en compte par le juge administratif dans son appréciation en retenant l'importance des effectifs salariés, associée au gré des décisions à d'autres éléments¹⁹⁷⁶.

Enfin, au-delà du critère des effectifs, l'implantation de l'organisation patronale dans les secteurs professionnels concernés a toujours constitué un élément déterminant pour le Conseil d'Etat¹⁹⁷⁷, de même que, parfois, son implantation géographique¹⁹⁷⁸.

Cette appréciation des critères s'opérait donc dans un « *cadre spécifique* »¹⁹⁷⁹ pour les organisations patronales, qui différait largement de celui s'appliquant à la représentativité des organisations de salariés. Le contenu des textes « *manifestement assez inadapté* »¹⁹⁸⁰ aux organisations patronales expliquait cette situation et la construction prétorienne des conditions d'appréciation de leur représentativité. En faisant du critère des effectifs le « *déterminant de la représentativité patronale* »¹⁹⁸¹, le juge avait souhaité développer « *un cadre plus simple et*

¹⁹⁷⁵Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436.

¹⁹⁷⁶Le Conseil d'Etat avait ainsi reconnu la représentativité d'un syndicat d'employeurs « *dès lors qu'il groupe le plus grand nombre des employeurs de la profession considérée dans la circonscription, et que les employeurs affiliés à ce syndicat emploient un pourcentage relativement important des travailleurs salariés employés dans cette profession* » (CE, 13 juil. 1966, n°62931, *Lebon* 1966). Le Conseil d'Etat a ensuite jugé qu'une organisation patronale dont le principal adhérent employait la majorité des salariés et assurait la majorité du chiffre d'affaires du secteur en France devait être regardée comme représentative dans le secteur en question (CE, 21 mai 2008, *Dr. soc.* 2008, p.794, concl. Anne COURRÈGES ; *AJDA* 2008, p.1689, note Aurélien ANTOINE ; *AJDA* 2009, p.521, chron. Laurent RICHER, Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY). Inversement dans un des derniers arrêts précédant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la production cinématographique pour défaut de représentativité de l'Association des producteurs indépendants (API), signataire de ladite convention, au motif que l'API « *ne compte comme membres que quatre sociétés sur plusieurs centaines de sociétés de production appartenant à des associations professionnelles ; que, si le ministre chargé du Travail soutient que le fait que cette organisation ait participé aux négociations ayant conduit à la convention en cause suffit à établir sa représentativité, il n'est pas contesté que ces quatre sociétés, si elles tiennent une place importante dans le secteur cinématographique français, n'ont, au cours des années récentes, assuré la production que d'environ 1 % du total des films d'initiative française représentant environ 5 % des salariés dans le secteur de la production de films ; qu'en outre, il apparaît que la part déterminante du chiffre d'affaires de ces sociétés relève d'autres activités que la production de films, notamment de la distribution de films et d'exploitation de salles de cinéma* » (CE, 6 sept. 2013, *Dr. soc.* 2013, p.1016, note Nicole MAGGI-GERMAIN ; *RDT* 2013, p.778, obs. Hélène TISSANDIER ; *SSL* 2013, n°1604, p.11, note Franck HÉAS).

¹⁹⁷⁷V. notamment CE, 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), *Dr. soc.* 1962, p.346 ; CE, 15 déc. 1978, *D.* 1979, I.R., p.332, obs. Philippe LANGLOIS. Nous rappelons que le juge judiciaire a rejoint sur ce point le juge administratif en refusant l'application d'un ANI étendu dans les branches où l'organisation patronale interprofessionnelle signataire n'est pas implantée et n'y est donc pas représentative (V. Cass. soc., 16 mars 2005, arrêt *Michelin* préc.).

¹⁹⁷⁸La présence de l'organisation patronale dans 70 départements a pu être considérée comme un élément d'appréciation de sa représentativité (V. CE, 9 nov. 2007, n°257252).

¹⁹⁷⁹Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, « *La construction de la représentativité patronale* », rapport non publié, présenté par une équipe pluridisciplinaire sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM, p.262.

¹⁹⁸⁰Pierre NICOLAY, concl. sous CE 2 mars 1962 (Confédération Nationale Artisanale), *Dr. soc.* 1962, p.545 et spéc. p.548.

¹⁹⁸¹Franck HÉAS, « État des lieux de la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.198 et spéc. p.202.

moins polymorphe »¹⁹⁸² que la représentativité salariée mais la diversité des argumentaires et solutions développés démontraient une « *absence de ligne directrice* »¹⁹⁸³ et une jurisprudence « *loin d'être unifiée* »¹⁹⁸⁴.

341. Morcellement. Nous avons vu que le principe de la liberté contractuelle - réinstauré par la loi du 11 Février 1950 après la période dirigiste de l'Occupation et de l'immédiat après-guerre - consistant à laisser aux parties le soin de définir le domaine professionnel et territorial des conventions collectives a conduit à un émiettement de la négociation collective, favorisé par l'éparpillement de la représentation patronale¹⁹⁸⁵. Bien que le Conseil d'Etat ait reconnu, au début des années 1960, le pouvoir du ministre du Travail de vérifier le périmètre de la branche lors de l'extension sans être strictement lié par la définition du champ d'application de la convention donnée par les parties¹⁹⁸⁶, la Haute juridiction a toutefois adopté une solution souple en adéquation avec la tendance libérale du législateur. En permettant, sur la base du critère de l'engagement, à une activité spécifique de s'extraire du champ de l'extension d'une convention regroupant plusieurs branches dès lors que cette activité constitue elle-même une branche d'activité distincte dotée d'une organisation patronale représentative¹⁹⁸⁷, le juge administratif a souhaité en effet préserver avant tout la volonté des organisations professionnelles, au risque de favoriser à son tour un certain morcellement du paysage conventionnel¹⁹⁸⁸. Comme l'indiquait le Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolay - maintes fois cité tant son rôle fût déterminant dans la formation de la doctrine du Conseil d'Etat - une autre position n'était de toute façon pas « *concevable tant que n'auraient pas été substituées aux règles contractuelles, qui restent malgré tout à la base de notre législation de l'extension, des dispositions législatives nouvelles qui auront défini la branche*

¹⁹⁸²Rapport sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM préc., p.262.

¹⁹⁸³*Ibidem*.

¹⁹⁸⁴*Ibid*.

¹⁹⁸⁵V. études 58 à 62 supra.

¹⁹⁸⁶V. CE, 4 mars 1960 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), *Dr. soc.* 1960, p.342, concl. Pierre NICOLAY (V. études 98 et s. supra).

¹⁹⁸⁷V. CE, 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), *Dr. soc.* 1962, p.346, concl. Pierre NICOLAY (V. étude 104 supra).

¹⁹⁸⁸Ainsi, les chimistes experts devaient être exclus du champ de l'extension de la convention collective des industries chimiques et de ses avenants dès lors qu'ils constituaient une branche d'activité distincte dotée d'une organisation patronale représentative non adhérente à l'Union des industries chimiques signataire de la convention soumise à l'extension (V. CE, 2 mars 1962, préc.). De même, l'arrêté du ministre étendant des accords conclus dans le cadre de la convention collective nationale du commerce de gros à des entreprises appartenant à une branche constituée par certaines activités de commerce en gros d'appareils pour le bâtiment devait être annulé dès lors que l'organisation patronale représentative de cette branche n'avait pas signé ces accords. Les activités en question étaient en effet exclues du champ professionnel de ces accords dès l'instant où aucune organisation représentative à l'égard de cette branche ne les avait signés (V. CE, 3 juin 1983, *D.* 1984, I.R., p.367, 1^{ère} espèce, obs. Philippe LANGLOIS).

*d'activité autrement que ne le fait aujourd'hui le code du travail, et auront découpé les corporations françaises comme cela a pu être fait dans le cadre de la loi du 16 août 1940 »*¹⁹⁸⁹.

La résultante de cette jurisprudence libérale est que « *l'extension d'une convention collective ne peut toucher des domaines d'activité qui ont constitué des organisations représentatives propres à leur activité* »¹⁹⁹⁰ et qu'il était donc tentant de vouloir échapper à l'application d'une convention collective étendue « *en arguant de la spécificité d'une activité, principalement prouvée par la création d'une organisation patronale représentative* »¹⁹⁹¹.

Comme le soulignait le Professeur Philippe Langlois, il est en effet « *acquis que l'architecture des organisations patronales et, spécialement leur multiplication, contribuent à l'émiettement de ces champs d'application puisqu'il est difficilement admissible qu'une convention collective régisse une activité quelconque pour laquelle a été créé un syndicat patronal représentatif non signataire* »¹⁹⁹².

En l'absence d'un système préétabli de reconnaissance de la représentativité patronale, le morcellement des branches était donc susceptible d'être aggravé par une prolifération d'organisations patronales reconnues représentatives à l'occasion d'une enquête ou d'un contentieux administratifs¹⁹⁹³. De même, en transposant la solution du Conseil d'Etat dans son arrêt Michelin, le juge judiciaire confirmait qu'une branche dont l'organisation patronale représentative n'était ni signataire, ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire

¹⁹⁸⁹Pierre NICOLAY, concl. sous CE, 2 mars 1962, préc., *Dr. soc.* 1962, p.347 et spéc. p.351.

¹⁹⁹⁰Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436.

¹⁹⁹¹*Ibidem*. Nous rappelons, à ce propos, que la jurisprudence a admis que le Crédit Agricole constituait une branche d'activité autonome au sein de l'activité bancaire et que les accords signés par la Fédération nationale du Crédit Agricole pouvaient être soumis à l'extension (V. étude 60 supra).

¹⁹⁹²Philippe LANGLOIS, *D.* 1984, I.R., p.367 (obs. sous CE, 3 juin 1983, 1^{ère} espèce, et 30 sept. 1983, 2^{ème} espèce).

¹⁹⁹³Comme le souligne Jean-Pierre Le Crom, une approche plus souple avait été également adoptée par les services du ministère du travail lors des enquêtes de représentativité, conformément à la tendance libérale réinstaurée par la loi de 1950 à propos de la définition de la branche (après l'époque dirigiste de la loi du 23 décembre 1946 au cours de laquelle ces mêmes services avaient fixé une liste autoritaire de 20 branches d'activité ; V. études 55 à 57 supra). Une organisation patronale dissidente, en désaccord avec une convention collective ou un avenant, pouvait donc tenter de créer une nouvelle branche en faisant valoir sa représentativité dans ce périmètre. Même si les services cherchèrent globalement, par la suite, à freiner l'émiettement de la négociation collective en limitant le nombre de branches et en favorisant leur regroupement par le biais d'une politique de reconnaissance ou de non reconnaissance de la représentativité des organisations patronales, l'absence de lignes directrices claires pouvait perturber cet objectif. Le ratio de 5 % d'adhérents utilisé par l'administration, en dehors de tout fondement légal, pouvait ainsi être parfois écarté selon des considérations subjectives tenant à la volonté de l'administration de développer le dialogue social dans tel secteur ou au contraire de freiner le morcellement de la négociation (V. Jean-Pierre Le CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119 et spéc. p.132 ; « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », *Dr. soc.* 2014, p.239 et spéc. p.243).

pouvait s'extraire du champ d'application d'un ANI malgré son extension, accentuant également à son tour l'« éclatement »¹⁹⁹⁴ de l'interprofession.

La multiplication des conflits et des contentieux avait ainsi la plupart du temps un effet négatif sur la négociation collective qui se trouvait morcellée, au risque de perdre son effet régulateur, dès l'instant où la composition du tour de table de la négociation dépendait de la représentativité reconnue à telle ou telle organisation patronale selon des modalités peu claires et où la définition du champ professionnel de l'accord en négociation ne pouvait aller au-delà des activités dont les organisations patronales signataires étaient représentatives¹⁹⁹⁵.

B. L'incidence de la réforme de la représentativité syndicale

342. Les nouvelles règles fondant la représentativité syndicale instaurée par la loi du 20 août 2008 (1) imposaient une clarification du système de reconnaissance de la représentativité patronale admis jusqu'alors (2).

1- La modernisation opérée par la loi du 20 août 2008

343. Nous avons vu en introduction de nos travaux que la loi du 20 août 2008 avait renouvelé en profondeur le système de reconnaissance de la représentativité syndicale¹⁹⁹⁶. Actant la disparition programmée du système de représentativité présumée des organisations syndicales de salariés et la généralisation corrélative du principe de concordance, la loi est venue substituer aux critères de représentativité fixés par l'ancien article L. 133-2 du Code du

¹⁹⁹⁴Michel OFFERLÉ et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », *RDT* 2010 p.269.

¹⁹⁹⁵Le Conseil d'Etat veillait toutefois à ce que l'activité qui souhaitait s'extraire du champ de l'extension d'une convention collective constitue bien une branche à part entière malgré la présence d'une organisation patronale arguant de sa représentativité à l'égard de cette activité. Il avait ainsi refusé cette possibilité aux activités de pose de vitres, de glaces et de vitrines représentées par l'Union des Chambres syndicales de miroitiers (V. CE, 2 mars 1962, *Union des Chambres syndicales de miroitiers*, *Dr soc.* 1962, p.604, concl. Pierre NICOLAY), aux activités d'entraînement des éleveurs-propriétaires-entraîneurs des chevaux de course de trot qui ne pouvaient être dissociées de l'ensemble des activités d'entraînement, contrairement à ce que soutenait l'organisation patronale qui se prétendait représentative de ces activités (V. CE, 30 sept. 1983, *D.* 1984, I.R., p.367, 2^{ème} espèce, obs. Philippe LANGLOIS) ou bien encore à l'activité de fabrication de classeurs, chemises, articles de signalisation et d'organisation et articles scolaires et de bureau en matière plastique qui ne constituait pas une branche détachable de la transformation des matières plastiques (V. CE, 3 avr. 1998, *RJS* 1998, n°887).

¹⁹⁹⁶V. étude 35 supra.

travail¹⁹⁹⁷, une liste de critères renouvelés¹⁹⁹⁸ dont le caractère cumulatif est désormais expressément précisé¹⁹⁹⁹.

Reposant sur un système ascendant dans lequel la représentativité appréciée au niveau supérieur de négociation découle de celle appréciée au niveau inférieur²⁰⁰⁰, le nouveau système consacre, par ailleurs, une reconnaissance *ex ante* de la représentativité²⁰⁰¹, établie en début de cycle électoral et formalisée par un arrêté ministériel de représentativité au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel²⁰⁰².

La représentativité est ainsi déterminée en amont pour une durée de quatre ans²⁰⁰³ sur la base de critères objectivement vérifiables²⁰⁰⁴ renforçant la légitimité des organisations syndicales, tout particulièrement avec la consécration légale du critère de l'audience reposant sur les résultats des élections professionnelles²⁰⁰⁵.

¹⁹⁹⁷Les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation. Nous rappelons que ces critères avaient été fixés par la circulaire Parodi du 28 mai 1945 et consacrés légalement par la loi du 11 février 1950 à l'article 31 f. du Code du travail (V. études 28 et 30 supra). L'article L. 133-2 succédant à l'article 31 f. lors de l'opération de recodification de 1973 avait ensuite été repris sans modification par la loi du 13 novembre 1982.

¹⁹⁹⁸Le respect des valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ; l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 du Code du travail ; l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; les effectifs d'adhérents et les cotisations. Un critère d'implantation territoriale équilibrée est par ailleurs ajouté au niveau de la branche, ainsi qu'un critère d'implantation dans les secteurs de l'industrie, de la construction, du commerce et des services au niveau national et interprofessionnel (V. notamment supra note n°257).

¹⁹⁹⁹Nous rappelons que dans l'ancien système d'appréciation de la représentativité prouvée des organisations syndicales, la jurisprudence considérait que les critères légaux n'étaient pas cumulatifs. Elle avait ainsi été amenée à en privilégier certains par rapport à d'autres, voire à en intégrer de nouveaux qui n'étaient pas expressément prévus par les textes tels celui de l'audience électorale qui venait en complément du critère des effectifs (V. étude 30 supra). L'article L. 2121-1 du Code du travail fixant les nouveaux critères en application de la loi du 20 août 2008 dispose à l'inverse de la position jurisprudentielle antérieure : « *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants [...]* ». Tout en confirmant que les critères doivent désormais être tous réunis, la Chambre sociale de la Cour de cassation a toutefois livré une interprétation relativement souple de cette exigence cumulative en distinguant les critères qui doivent être satisfaits de manière autonome et ceux devant faire l'objet d'une appréciation globale (V. supra note n°254).

²⁰⁰⁰V. supra note n°274.

²⁰⁰¹V. supra note n°602.

²⁰⁰²V. C. trav., art. L. 2122-11.

²⁰⁰³Nous rappelons que la jurisprudence a précisé que la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral (V. supra note n°273).

²⁰⁰⁴Outre l'audience qui est vérifiée par les résultats aux élections professionnelles, la transparence financière est, par exemple, attestée par les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication (V. C. trav., art. L. 2135-1) ou d'autres documents produits par le syndicat (V. Cass. soc., 29 fév. 2012, JCP S 2012, 1168, note Bernard GAURIAU).

²⁰⁰⁵V. supra note n°260.

2- Le constat d'une asymétrie entre les parties à la négociation collective

344. Interrogation. L'application de règles communes aux organisations syndicales de salariés et aux organisations professionnelles d'employeurs relatives à l'appréciation de la représentativité avait, comme nous l'avons vu, suscité un débat même si a priori aucune distinction n'était établie par le Code du travail. Cette question a revêtu une acuité particulière lors de l'adoption de la loi du 20 août 2008. En effet, la position commune du 9 avril 2008, qui a préfiguré la loi du 20 août 2008²⁰⁰⁶, évoquait uniquement et de façon expresse la représentativité des « *organisations syndicales de salariés* »²⁰⁰⁷. Ce texte laissait donc de côté la question de la représentativité des organisations d'employeurs et semblait même considérer que l'article L. 2121-1, qui avait remplacé en des termes identiques l'article L. 133-2 lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail le 1^{er} mai 2008²⁰⁰⁸, n'avait fixé les critères de représentativité que pour les organisations syndicales de salariés²⁰⁰⁹. Or, le projet de loi mentionnait quant à lui de façon générale « *La représentativité syndicale* » et reprenait au nouvel article L. 2121-1 du Code du travail en discussion la formule utilisée précédemment par l'article L. 133-2, à savoir les « *organisations syndicales* »²⁰¹⁰. Le rapporteur devant l'Assemblée Nationale s'était lui-même interrogé sur cette « *importante différence sémantique* » entre le texte de la position commune et celui du projet de loi et concluait à l'inapplication des critères de représentativité en cours de discussion aux organisations

²⁰⁰⁶V. supra note n°251.

²⁰⁰⁷Le titre du Code du travail proposé par la position commune s'intitule en effet « *La représentativité des organisations syndicales de salariés* » (Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, in Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* », Ass. Nat. 25 juin 2008, annexe 2, p.295).

²⁰⁰⁸V. C. trav., art. L. 2121-1, réd. L. n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JORF 22 janv. 2008.

²⁰⁰⁹Le Chapitre 1^{er} de la position commune, intitulé « *Les critères de représentativité* », indique en préambule : « *Pour tenir compte des évolutions intervenues depuis leur institution par la loi du 11 février 1950, d'une part, et pour renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective, d'autre part, les parties signataires de la présente position commune considèrent qu'il est nécessaire d'actualiser les critères de représentativité des organisations syndicales de salariés prévus à l'article L. 2121-1 du code du travail* » (Rapport préc., p.295).

²⁰¹⁰L'ancien article L. 133-2 - recodifié à l'article L. 2121-1 lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail - disposait en effet depuis son origine : « *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants [...]* » sans distinguer entre les organisations syndicales d'employeurs et de salariés, même s'il avait toujours été admis en doctrine que ces critères, sans être exclusivement réservés aux organisations de salariés, avaient malgré tout été pensés pour elles lors de l'adoption de la loi du 11 février 1950 (V. étude 339 supra).

d'employeurs²⁰¹¹. Poursuivant dans cette logique, le rapporteur présentera un amendement qui sera adopté en commission prévoyant que « *la représentativité des organisations d'employeurs est déterminée par accord entre les organisations interprofessionnelles représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national, dans un délai de trois ans après promulgation de la présente loi* »²⁰¹². Cet amendement ne sera toutefois pas retenu dans la version définitive du texte, pour des raisons semble-t-il plus politiques que techniques, ce qui alimentera encore le doute sur l'application du nouvel article L. 2121-1 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 aux organisations d'employeurs²⁰¹³.

345. Clarification. Nous avons indiqué qu'une clarification avait été effectuée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 mars 2011, rendu au visa de l'article L. 133-2 du Code du

²⁰¹¹Nous citons le texte intégral du rapport sur ce point qui conclue à l'inapplication du dispositif aux organisations d'employeurs : « *Il faut observer que l'intitulé de la position commune écarte la question des organisations d'employeurs puisqu'elle évoque uniquement la représentativité des "organisations syndicales de salariés". Le projet de loi mentionne quant à lui la représentativité des "organisations syndicales". On peut s'interroger sur cette importante différence sémantique entre le projet de loi et la position commune. Dès lors, doit-on considérer que les dispositions du nouvel article L. 2121-1 ne s'appliquent qu'aux syndicats de salariés ou, qu'à défaut de précision, elles s'appliquent également aux syndicats d'employeurs ? L'article L. 2111-1 précise clairement que "les dispositions du présent livre [relatif aux syndicats professionnels] sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés". Pour autant, le dernier alinéa de l'article L. 2121-1 dans sa rédaction issue du projet de loi ne s'applique clairement qu'aux syndicats de salariés. Or aucune autre disposition n'est consacrée à la représentativité des organisations patronales, alors même que la loi attache aussi de nombreux effets à la représentativité des syndicats patronaux : accords susceptibles ou non d'extension, par exemple. Il convient donc de prévoir des dispositions spécifiques pour les employeurs, en laissant se faire le jeu normal des négociations* » (Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* », Ass. Nat. 25 juin 2008, annexe 2, pp.83-84). Il convient de préciser, pour une parfaite compréhension, que dans sa version initiale issue du projet de loi, le dernier alinéa de l'article L. 2121-1 (7°) mentionné par le Rapporteur visait le critère de l'audience établie sur la base du résultat aux élections professionnelles (ce critère passera ensuite en cinquième position (5°) lors de l'adoption définitive du texte).

²⁰¹²V. Rapport préc., pp.92 et 227

²⁰¹³Nous citons le texte du rapport devant le Sénat qui semble également conclure à l'inapplication du dispositif aux organisations d'employeurs : « *Votre commission estime utile que les critères de représentativité des organisations patronales soient à leur tour précisés et modernisés. Aucun texte ne détermine les règles de représentativité qui leur sont applicables, ce qui conduit la jurisprudence à leur transposer, par défaut, les règles applicables aux syndicats de salariés. Le problème de la représentativité patronale ne se pose qu'au niveau de la branche ou au niveau national interprofessionnel. Les divergences entre l'UPA et les deux autres organisations d'employeurs au sujet de l'accord de 2001 montrent que cette question peut avoir des répercussions pratiques non négligeables. La validité d'un accord est en effet subordonnée à la représentativité des organisations signataires. Les fédérations de l'économie sociale estiment par ailleurs, en s'appuyant sur leurs résultats aux élections prud'homales, que leur représentativité devrait être reconnue. A l'Assemblée nationale, des amendements tendant à prévoir que les partenaires sociaux négocient, dans un certain délai, la fixation des règles de la représentativité patronale ont été débattus mais sans être adoptés. Le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Jean-Frédéric Poisson, a souligné que les partenaires sociaux restent défavorables à ce que la loi leur impose une telle obligation et le ministre du travail, Xavier Bertrand, a souligné que la position commune n'avait pas retenu cette suggestion. Votre commission estime toutefois qu'il est difficile de ne pas aborder sérieusement cette question dans les années qui viennent, au risque de fragiliser la démocratie sociale.* » (Alain GOURNAC, « *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* », Sénat, 15 juil. 2008, pp.23-24).

travail en vigueur à l'époque des faits, afin de trancher la question de l'applicabilité de l'ensemble des critères définis par cet article aux organisations patronales, malgré une jurisprudence qui privilégiait quasi exclusivement le critère des effectifs²⁰¹⁴. C'est à cette occasion que le Conseil d'Etat avait intégré le critère de l'indépendance dans l'appréciation de la représentativité patronale - après l'avoir expressément exclu dans un arrêt du 21 mai 2008²⁰¹⁵ - et confirmé que les dispositions de l'article L. 133-2 du Code du travail (le Conseil prenant soin d'énumérer la totalité des critères) s'appliquaient « *tant aux organisations d'employeurs qu'aux syndicats de salariés* »²⁰¹⁶. Or, dans ses conclusions préalables, le Rapporteur public au Conseil d'Etat Claire Landais s'était prononcé sur l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, bien qu'elle ne fût pas applicable au litige, et avait conclu à l'appui de son raisonnement tendant à l'application des critères aux organisations patronales : « *Et nous croyons que le législateur aurait expressément réservé aux organisations salariales les nouveaux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail issus de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale s'il avait estimé que cette application n'était pas opportune* »²⁰¹⁷. La Cour administrative d'appel de Paris reprendra à son compte ce raisonnement, dans une affaire postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 où elle sera amenée à statuer sur la représentativité de l'Union nationale des professions libérales au sens de l'article L. 1 du Code du travail²⁰¹⁸, en approuvant les premiers juges d'avoir indiqué que les « *critères de représentativité définis aux articles L. 2121-1 et L. 2122-9 [représentativité au niveau national et interprofessionnel] étaient applicables aussi bien aux organisations professionnelles d'employeurs qu'aux organisations professionnelles de salariés* »²⁰¹⁹. De même, toujours dans un litige concernant le secteur des professions libérales, le Conseil d'Etat considèrera en 2012 que « *la représentativité des organisations professionnelles appelées à désigner des représentants des professions libérales au CESE doit être appréciée au regard de l'ensemble des critères de représentativité,*

²⁰¹⁴V. supra note n°1965.

²⁰¹⁵V. supra note préc.

²⁰¹⁶CE, 2 mars 2011, *RJS* 2011, n°537 ; *AJDA* 2011, p.1046 ; *RDT* 2011, p.582, obs. Sophie NADAL.

²⁰¹⁷Claire LANDAIS, « La représentativité des organisations patronales », *RJS* 2011, études et chron., p.453, concl. sous CE, 2 mars 2011. Nous rappelons que dans la version définitive du texte adoptée lors du vote de la loi du 20 août 2008, l'article L. 2121-1 du Code du travail continue de viser les « *organisations syndicales* » (sans autres précisions), comme le faisait l'ancien article L. 133-2.

²⁰¹⁸V. infra.

²⁰¹⁹CAA Paris, 8^och., 25 juin 2012, n°11PA01477.

notamment de l'ancienneté, des effectifs et de l'audience »²⁰²⁰. Enfin, dans un arrêt du 18 juillet 2018 se prononçant sur une affaire antérieure à la loi du 5 mars 2014 mais postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, le Conseil d'Etat semble avoir voulu clore définitivement le débat en indiquant : « *Considérant, d'une part, que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs devait être appréciée selon les critères prévus par les dispositions du code du travail applicables à la représentativité des organisations syndicales de salariés ; que l'article L. 2121-1 de ce code disposait, à ce titre, que la représentativité était déterminée d'après plusieurs critères cumulatifs, au nombre desquels figurait la " transparence financière " [...]* »²⁰²¹. Le Conseil d'Etat admet ainsi que l'article L. 2121-1 du Code du travail avait bien été pensé pour les organisations syndicales de salariés dans l'esprit du législateur et ce, malgré une rédaction générale visant les « *organisations syndicales* », mais qu'à défaut de dispositions prévues pour les organisations patronales avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, il devait être fait application des dispositions de la loi du 20 août 2008 à ces dernières.

346. Obstacle. En confirmant que l'ensemble des critères issus de la loi du 20 août 2008 étaient applicables pour apprécier la représentativité des organisations patronales, la jurisprudence avait mis en évidence un obstacle technique difficilement surmontable. En effet, si la question de la difficulté de l'application aux organisations d'employeurs de critères pensés pour les organisations syndicales de salariés avait été soulevée dès les premières circulaires traitant de la question et leur consécration par la loi du 11 février 1950²⁰²², le Conseil d'Etat avait pu, au gré de ses décisions, s'en extraire et construire un système spécifique privilégiant une appréciation basée essentiellement sur les effectifs, dès l'instant où l'ancien article L. 133-2 n'imposait pas un cumul des critères. Or, en introduisant l'exigence cumulative, la loi du 20

²⁰²⁰CE, 8 oct. 2012, n°343082. Nous soulignons la référence à l'audience intégrée expressément par la loi de 2008 dans le Code du travail mais en la basant sur le résultat des élections des institutions représentatives du personnel, rendant dans la pratique ce critère inapplicable aux organisations patronales. Le Conseil d'Etat semble, dans ce cas précis, s'être livré à une interprétation de ce critère pour une organisation patronale en se référant aux élections aux caisses nationales d'assurance maladie au titre du régime social des indépendants : « *il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté que la CNPL, créée en 1976, soit un an avant l'UNAPL, regroupe 31 syndicats ou ordres professionnels ainsi que 60 chambres territoriales représentant environ 40 000 cotisants et qu'elle a remporté 63 % des voix, contre 33 % pour l'UNAPL, aux élections de 2006 aux caisses nationales d'assurance maladie au titre du régime social des indépendants ; qu'elle détient la présidence et 72 % des sièges, contre 21 % pour l'UNAPL, des conseils d'administration des deux caisses d'assurance maladie des professions libérales* ». Nous verrons toutefois que la référence aux élections, un temps évoquée pour mesurer l'audience des organisations patronales, n'a pas été retenue par la loi du 5 mars 2014 (V. infra).

²⁰²¹CE, 18 juill. 2018, n°406516, *Lebon* 2018 ; *BJT* sept. 2018, n° 110c1, p.41, obs. Gilles AUZERO ; *Lexbase soc.* 2018, n°752, obs. Christophe RADÉ.

²⁰²²V. étude 339 supra.

août 2008 imposait ainsi qu'il soit fait application aux organisations patronales du critère de l'audience tel que défini par l'article L. 2121-1 du Code du travail. Mais en basant cette définition sur un seuil mesuré aux différents niveaux de négociation d'après les résultats des élections professionnelles des représentants des salariés dans les entreprises, l'article L. 2121-1 du Code du travail rendait dans le même temps ce critère inapplicable aux organisations patronales...

347. Déséquilibre. L'introduction du critère de l'audience mesuré en amont selon le vote des salariés pour les organisations représentant ces derniers - c'est-à-dire de façon démocratique et vérifiable - mettait également en exergue, au-delà d'un obstacle technique, un déséquilibre des légitimités des parties à la négociation. La représentativité des organisations d'employeurs ne pouvait, en effet, continuer à reposer sur un système basé sur une reconnaissance de fait ou une décision administrative ou judiciaire au risque que leur légitimité soit de plus en plus fréquemment contestée. Il convenait ainsi de mettre fin à cette représentativité « *quasiment "auto-proclamée"* »²⁰²³ des organisations d'employeurs et de renforcer leur légitimité pour « *conforter la négociation collective* »²⁰²⁴.

348. Forme sociale. Enfin, en visant expressément les « *organisations syndicales* », l'article L. 2121-1 du Code du travail soulevait la question de son application aux organisations d'employeurs constituées sous la forme d'une association de loi 1901, forme juridique largement utilisée dans le monde patronal, notamment au niveau national et interprofessionnel²⁰²⁵.

²⁰²³Michel MORAND, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », *Dr. soc.* 2018, p.148.

²⁰²⁴Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.37.

²⁰²⁵V. supra. Nous rappelons que l'ancien article L. 133-2 du Code du travail visait également les « *organisations syndicales* » mais le Conseil d'Etat avait indirectement pris position en considérant que « *la circonstance que l'UNAPL se soit constituée sous la forme d'une association ne fait pas obstacle à ce qu'elle exerce, comme le prévoit l'article L. 132-2 précité du code du travail, les attributions conférées par ce code aux organisations syndicales pour la négociation et la conclusion de conventions ou d'accords collectifs de travail ; que cette union, comme le rappelle l'article R. 136-3 précité du code du travail, est une organisation d'employeurs représentative des professions libérales au niveau national ; qu'ainsi, elle est représentative dans le champ d'application des accords étendus, sans qu'ait d'incidence la circonstance qu'elle ne soit pas signataire des conventions collectives conclues pour chacune des professions libérales comprise dans ce champ ; que cette représentativité lui permettait de négocier et conclure l'accord étendu sans avoir à justifier, au préalable, d'un mandat obtenu de chacune des organisations syndicales d'employeurs présentes au sein des différentes professions libérales concernées ;* » (CE, 31 mai 2002, n°229574, *Lebon* 2002). En reconnaissant la possibilité pour une organisation patronale constituée sous forme associative de négocier et conclure un accord étendu, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une association d'employeurs peut être représentative au sens des dispositions du Code du travail, et ce malgré une rédaction restrictive des textes relatifs à l'extension qui réservent la composition de la commission paritaire aux « *organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* » (V. *C. trav.*, art. L. 133-2, al.1 anc. et *C. trav.*, art. L. 2261-19, al.2 ; supra note n°122).

§ 2. Les facteurs spécifiques au niveau national et interprofessionnel

349. Dans son rapport préfigurant la loi du 5 mars 2014, Jean-Denis Combrexelle faisait état de « *questions d'interprétation récurrentes* »²⁰²⁶ nécessitant une clarification des règles de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel (A). De même, l'adoption de la loi du 31 janvier 2007 consacrant le rôle pré-législatif de la négociation nationale et interprofessionnelle appelait une clarification des acteurs de cette dernière (B).

A. Les questions récurrentes

350. La composition des diverses instances de représentation au niveau national (1), ainsi que les questions soulevées par le champ d'application des ANI étendus (2) nécessitaient une clarification des règles de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel.

1- La composition des instances

351. Interprétations administratives. Constituant l'enjeu institutionnel d'une définition de l'interprofession²⁰²⁷, le paritarisme au niveau national recouvre, sous ses diverses formes, une véritable galaxie d'institutions à la composition variable. S'agissant plus spécifiquement des instances incarnant le paritarisme de participation, le Code du travail fixe expressément la composition de certaines d'entre elles, alors que d'autres ont pu être composées directement par chaque ministère de tutelle. Comme l'indique Jean-Pierre Le Crom dans son analyse historique : « *Un certain flou règne sur les règles appliquées ici par chaque ministère de tutelle, même si la référence à la composition de la Commission nationale de la négociation collective est rappelée régulièrement par le Gouvernement* »²⁰²⁸. L'auteur rapporte ainsi le contenu d'une lettre adressée le 14 novembre 1983 par Pierre Mauroy, alors Premier ministre, aux ministres et secrétaires d'Etat, dans laquelle il indique avoir été alerté par le ministre des

²⁰²⁶Idem, p.32.

²⁰²⁷V. études 218 et s. supra.

²⁰²⁸Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006), *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119 et spéc. p.124.

Affaires sociales et de la solidarité nationale sur le fait que, dans certains cas, pour « *la composition de certaines instances officielles telles que conseils nationaux, commissions nationales, conseils supérieurs, etc. [...] la nomination des représentants des organisations professionnelles et syndicales ne respecte pas les règles de représentativité de ces organisations au niveau national* ». Le Premier ministre demande alors aux ministres et secrétaires d'État de se conformer « *à la composition de la Commission nationale de la négociation collective dont la composition a fait l'objet du décret n° 83-461 du 8 juin 1983 et, en cas de difficulté ou de doute, de consulter le ministre des Affaires sociales et de la solidarité nationale avant toute désignation de représentants dans ces conseils et comités* »²⁰²⁹.

La Commission nationale de la négociation collective semble ainsi avoir servi de marqueur pour déterminer la composition de nombreuses instances et s'est « *trouvée devenir, plus que d'autres organismes, le symbole de la représentativité nationale pour les associations professionnelles* »²⁰³⁰.

Or, la composition de la CNNC a, elle-même, fait l'objet de nombreuses discussions et réformes. Dans sa composition issue du décret du 8 juin 1983, que nous avons précédemment détaillée²⁰³¹, les représentants titulaires des employeurs étaient désignés par le MEDEF et la CGPME qui bénéficiaient déjà du « label » de représentativité au niveau national et interprofessionnel, par l'UPA qui venait juste d'accéder à une reconnaissance de représentativité mais également par la FNSEA et la CNMCCA qui n'étaient pas considérées comme représentatives au niveau interprofessionnel, bien que représentant les professions agricoles au niveau national. L'article L. 136-1 du Code du travail disposait d'ailleurs, comme nous l'avons également souligné, que le collège patronal était composé « *des représentants des organisations d'employeurs les plus représentatives au plan national, dont les représentants des agriculteurs et des artisans, et des entreprises publiques* »²⁰³². Cette composition sera élargie par la suite aux professions libérales qui se verront reconnaître la qualité de membre titulaire via l'Union nationale des associations de professions libérales (UNAPL)²⁰³³, alors que

²⁰²⁹Archives de Direction des relations du travail 2006/010 (12) ; V. Jean-Pierre LE CROM, *op.cit.*

²⁰³⁰H. LESIRE-OGREL, « Au sujet de la représentativité des syndicats indépendants », *Dr. soc.* 1959, p.286 et spéc. p.287. L'auteur formule cette appréciation à l'égard de la Commission supérieure des Conventions collectives, devenue la CNNC lors de l'adoption de la loi du 13 novembre 1982 (puis la CNNCEFP au 1^{er} janvier 2019 ; V. *supra* notes n^{os} 574 et 824).

²⁰³¹V. étude 327 *supra*.

²⁰³²*C. trav.*, art. L. 136-1 anc., réd. L. 13 nov. 1982.

²⁰³³V. Décr. n°97-80 du 30 janv. 1997 portant modification des articles R. 136-3, R. 136-9 et R. 136-10 du code du travail relatifs à la composition de la Commission nationale de la négociation collective et des sous-commissions constituées en son sein, JORF 31 janv. 1997.

les représentants des employeurs de l'économie sociale et solidaire au niveau national se verront refuser l'accès à cette instance²⁰³⁴.

Cette référence aux organisations « *(les plus) représentatives au niveau national* », ou parfois seulement aux organisations « *(les plus) représentatives* », dans les textes constitutifs de nombreuses instances devait ainsi être précisée car si l'identification du côté salarial ne posait en général pas de problème et renvoyait aux cinq grandes confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel, la composition des collèges patronaux induisait un travail d'interprétation pour les différentes administrations²⁰³⁵.

352. Limite. Cette notion d'organisations représentatives « au niveau national » soulevait enfin, à notre sens, la question plus fondamentale de l'identification du champ de représentativité sectoriel des différentes organisations patronales siégeant dans ces instances. En effet, comme l'ont souligné certains auteurs, la référence aux organisations siégeant au sein de la CNNC était fréquemment utilisée pour déterminer les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel dans le système antérieur à la loi du 5 mars 2014²⁰³⁶. L'ancien Directeur Général du Travail, Jean Denis Combrexelle, évoque également cette assimilation dans son rapport préalable à la réforme de la représentativité patronale mais précise que « *le fait de siéger à la CNNC ne vaut pas reconnaissance d'une représentativité de droit pour négocier les textes conventionnels de niveau interprofessionnel* »²⁰³⁷. Il souligne, à ce propos, la situation de l'UNAPL et de la FNSEA qui sont « *membres de la CNNC mais dont la capacité à signer des accords interprofessionnels n'a jamais été clairement définie ni par la loi*

²⁰³⁴V. infra.

²⁰³⁵V. Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006), *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.119 et spéc. pp.124-125 ; Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.32.

²⁰³⁶Pascal Caillaud indique ainsi : « *Or, à la différence des organisations syndicales de salariés, aucun texte ne vient établir clairement les modalités selon lesquelles est conférée la représentativité des organisations patronales au niveau national interprofessionnel, bien qu'elle suscite des interrogations et des réflexions depuis de nombreuses années (Bunel, 1997). Semblent être considérées comme telles les organisations siégeant au sein de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC)* » ou bien encore : « *Comment déterminer les organisations représentatives d'employeurs concernées par l'article L. 1 du Code du travail ? Ce dernier texte, aussi bien que les protocoles expérimentaux adoptés par les deux chambres du parlement, visent les "organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel". Depuis de nombreuses années, sont considérées comme telles les organisations siégeant au sein de la CNNC, actuellement composée de dix-huit représentants des employeurs dont douze membres du Medef, deux de la CGPME, deux de la FNSEA, trois de l'UPA et un de l'UNAPL.* » (Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et p.54).

²⁰³⁷Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.22.

ni par la jurisprudence »²⁰³⁸. Le juge administratif avait pourtant été amené à prendre position et avait refusé de reconnaître la représentativité « *au niveau interprofessionnel* » de l'UNAPL, qui demandait à participer aux concertations et aux éventuelles négociations prévues à l'article L. 1 du Code du travail, et ce malgré la confirmation de sa représentativité « *au niveau national* » lui permettant de siéger à la CNNC²⁰³⁹. Le juge administratif établissait ainsi une distinction entre des organisations patronales représentatives « *au niveau national* » telles que l'UNAPL et la FNSEA et d'autres représentatives « *au niveau national et interprofessionnel* » telles que le MEDEF, la CGPME et l'UPA²⁰⁴⁰. Le fait que toutes ces organisations siégeaient ensemble, en tant que titulaires²⁰⁴¹, au sein du collège patronal de la CNNC ne permettait donc pas pour autant de les considérer toutes comme représentatives au niveau national et interprofessionnel malgré l'assimilation souvent opérée²⁰⁴².

2- Le champ d'application des ANI étendus

353. « Problématiques ». Le rapport Combrexelle soulignait que l'absence de texte général en matière de représentativité patronale soulevait une « *deuxième série de questions* » qui « *concerne des problématiques liées au champ d'application des accords interprofessionnels étendus* »²⁰⁴³. Rappelant la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt Michelin du 16 mars 2005, empêchant qu'un ANI même étendu puisse s'appliquer aux entreprises d'un secteur d'activité dont l'organisation patronale représentative n'est pas adhérente à une confédération représentative au niveau interprofessionnel signataire de

²⁰³⁸*Idem*, p.23.

²⁰³⁹CAA Paris, 8^o ch., 25 juin 2012, n°11PA01477.

²⁰⁴⁰Nous rappelons que dans cet arrêt, la Cour d'appel avait jugé que l'ensemble des critères de représentativité définis par la loi du 20 août 2008 devait être appliqué aux organisations d'employeurs (V. supra note 2019). Ainsi, le critère complémentaire aux sept critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail, fixé par l'article L. 2122-9 du même code issu de la loi du 20 août 2008, exigeant une représentativité simultanée dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services lorsque la représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel n'était pas satisfait par des organisations patronales telles que l'UNAPL ou la FNSEA, contrairement au MEDEF et à la CGPME (le juge « raccrochant » également l'UPA mais avec une interprétation sujette à caution, V. infra).

²⁰⁴¹V. C. trav., R. 136-3, anc.

²⁰⁴²Nous rappelons que dans sa rédaction actuelle, l'article L. 2271-1 du Code du travail relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNCEFP) mentionne toujours la notion d'organisations représentatives « *au niveau national* » mais que les dispositions réglementaires d'application établissent désormais une distinction claire entre les organisations représentatives au niveau national interprofessionnel, titulaires au sein de la commission, et des organisations présentes au niveau national mais qui ne siègent qu'à titre consultatif (V. supra note n°1908).

²⁰⁴³Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.32.

l'accord, le rapport en concluait qu'il existait ainsi « *un questionnement relatif aux secteurs dits " hors champ " »*²⁰⁴⁴ qui, du fait de l'absence d'affiliation de leurs organisations à l'une des trois confédérations interprofessionnelles représentatives au niveau national, n'étaient pas couverts par un ANI même étendu. Dressant une liste non exhaustive de ces secteurs²⁰⁴⁵, l'ancien Directeur Général évoquait le recours à l'élargissement de l'accord comme remède à ce problème²⁰⁴⁶, tout en reconnaissant que « *d'une façon générale, la question de l'application de l'ANI à ces secteurs peut s'avérer très délicate »*²⁰⁴⁷.

354. Portée. Bien que le rapport Combrexelle ne l'explicite pas, ces « problématiques » liées au champ d'application des ANI étendus soulevaient en réalité la question de la portée de la représentativité patronale au niveau interprofessionnel, qu'un auteur avait précédemment identifiée comme l'un « *des sujets délicats »*²⁰⁴⁸ des futurs travaux sur la représentativité patronale. Dans son rapport préalable à la loi du 20 août 2008, l'ancien Président de la section sociale Conseil d'Etat, Raphaël Hadas-Lebel, avait également souligné cette difficulté en estimant que « *La principale question qui se pose quant à la représentativité des organisations d'employeurs est donc celle de savoir quelles branches d'activité et quelles entreprises sont engagées par une négociation nationale ou de branche »*²⁰⁴⁹.

Au problème de l'identification précise des organisations patronales représentatives résultant de l'absence de textes adaptés s'ajoutait ainsi la question cruciale de la portée de cette représentativité. Ce double questionnement - que l'on pourrait prosaïquement formuler ainsi : « qui est représentatif de quoi ? » - revêtait une acuité particulière au niveau national et interprofessionnel où le champ d'application d'accords à vocation très générale, la plupart du temps préfiguratifs d'une loi, se trouvait conditionné par la portée réelle de la représentativité des organisations interprofessionnelles signataires dans les différentes branches, renvoyant en cela au débat sur les contours de l'interprofession.

²⁰⁴⁴*Idem*, p.33.

²⁰⁴⁵V. étude 309 supra.

²⁰⁴⁶Nous avons souligné, à ce propos, que la référence à la procédure d'élargissement pour résoudre la problématique du « hors champ » nous semble quelque peu « expéditive » dans la mesure où la situation de carence de la négociation collective exigée par le législateur n'est pas constatée dans tous ces secteurs (V. étude 302 supra).

²⁰⁴⁷Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*, p.34.

²⁰⁴⁸Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436.

²⁰⁴⁹Raphaël HADAS-LEBEL, « *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, p.93.

B. L'influence de la loi du 31 janvier 2007

355. En posant le principe de faire précéder toute réforme à l'initiative du Gouvernement en matière de travail, d'emploi et de formation professionnelle d'une concertation et, le cas échéant, d'une négociation au niveau national et interprofessionnel, la loi 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social posait la question de la légitimité des acteurs intervenant dans ce processus (1) mais également la question de leur désignation (2).

1- Le besoin d'une légitimité renforcée

356. En institutionnalisant la pratique de la loi négociée, l'article L. 1 du Code du travail, issu de la loi du 31 janvier 2007, a consacré le rôle de « pré-législation » de la négociation nationale interprofessionnelle et par là-même celui de « pré-législateurs » des acteurs de cette négociation. Malgré toutes les réserves que nous avons rappelées supra sur le caractère simplement législatif du dispositif, sur les échappatoires permettant au Gouvernement de passer outre en situation d'urgence ou bien encore sur la compétence préservée du Gouvernement et du Parlement, la loi du 31 janvier 2007 a en effet mis en lumière une « *dimension politique évidente* »²⁰⁵⁰ des négociateurs interprofessionnels, qui sont devenus de véritables « *acteurs du processus législatif* »²⁰⁵¹. Cette mise en avant de leur « *importance politique* »²⁰⁵² a d'ailleurs transformé la perception du rôle traditionnellement dévolu aux syndicats²⁰⁵³ et circonscrit par le Code du travail²⁰⁵⁴. Comme le souligne Valérie Bernaud, c'est « *Comme si ceux-ci n'étaient plus seulement les défenseurs d'intérêts collectifs, fussent-ils entendus largement, mais d'un intérêt collectif se confondant presque avec l'intérêt général* »²⁰⁵⁵. Dès lors, l'accroissement du rôle des organisations syndicales et patronales au travers de leur place désormais officiellement reconnue dans le processus d'élaboration de la loi ne pouvait que renvoyer à « *l'épineuse question de leur légitimité* »²⁰⁵⁶.

²⁰⁵⁰Annette JOBERT, « Les trois espaces de la négociation collective », *Les idées en mouvements-Le mensuel de la ligue de l'enseignement*, n°221, sept-oct. 2014, p.11.

²⁰⁵¹Valérie BERNAUD, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », *Dr. soc.* 2007, p.174.

²⁰⁵²*Ibidem*.

²⁰⁵³V. étude 24 supra.

²⁰⁵⁴Nous rappelons que l'article L. 2131-1 du Code du travail dispose : « *Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ».

²⁰⁵⁵Valérie BERNAUD, *op. cit.*

²⁰⁵⁶*Ibidem*.

Ce besoin d'une légitimité incontestable des organisations syndicales et patronales amenées à participer aux concertations puis aux négociations préalables à l'adoption des réformes en droit du travail soulignait ainsi, de manière accrue, la nécessité d'une révision des règles de reconnaissance de leur représentativité²⁰⁵⁷.

2- La désignation des acteurs

357. Débats. En renvoyant à une « *concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* », l'article L.1 du Code du travail réserve expressément le processus de concertation et de négociation préalable aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel, tant du côté salarial que du côté patronal.

Une lecture attentive du texte fait surgir une première interrogation portant sur l'exigence expresse d'une représentativité du côté patronal pour l'ouverture d'une négociation collective en dehors de toute référence à une volonté d'extension de l'accord à venir²⁰⁵⁸. Pour autant, ce point n'a, semble-t-il, pas soulevé de remarques particulières lors de l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007.

Une deuxième interrogation portant sur l'identification des acteurs autorisés à participer à ce processus a, en revanche, suscité de vifs débats lors de l'adoption du texte. Précédant la réforme du 20 août 2008, la loi du 31 janvier 2007 reposait en effet la question de l'identification précise des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel qui se voyaient conforter, désormais de manière officielle, dans un rôle de « pré-législateur ». L'arrêté du 31 mars 1966, encore en vigueur à l'époque, désignait les cinq grandes confédérations syndicales de salariés comme aptes à participer au processus, même si

²⁰⁵⁷Nous soulignons qu'au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007, le rapport Hadas-Lebel préfigurant la loi du 20 août 2008 était déjà paru (mai 2006), de même que l'avis du CES (CESE) du 29 novembre 2006 rendu à la suite de ce rapport et prônant une refonte des règles de la représentativité des partenaires sociaux, dont la légitimité était « *fragilisée* » (CES, avis du 29 novembre 2006, « *Consolider le dialogue social* », présenté par Paul AURELLI et Jean GAUTIER, p.9).

²⁰⁵⁸Nous rappelons que l'exigence d'une représentativité du côté patronal n'est pas requise pour la signature des accords ordinaires, fussent-ils conclus au niveau national et interprofessionnel. En effet, l'article L. 2231-1 du Code du travail relatif à la capacité à négocier et les articles L. 2232-2 et L. 2232-2-1 du même code relatifs aux conditions de validité d'un accord interprofessionnel n'exigent pas que l'organisation patronale soit représentative. Cette exigence n'apparaît, comme nous l'avons maintes fois souligné, qu'au stade de l'extension en application de l'article L. 2261-19 du Code du travail.

la question de l'évolution des règles de la représentativité salariale se trouvait renforcée²⁰⁵⁹. Mais l'absence de textes, même jugés obsolètes comme l'était l'arrêté de 1966, rendait le débat encore plus marquant du côté patronal.

Ainsi, à l'initiative du député de l'Aveyron, Yves Censi, un amendement au projet de loi visant à clarifier la notion d'organisations syndicales d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel fût déposé et âprement débattu à l'Assemblée Nationale. L'amendement proposait, en effet, d'ajouter la notion de « *négociation intersectorielle des professions agricoles et libérales* » à la notion de « *négociation nationale et interprofessionnelle* » visée par le projet d'article L. 1 en cours de discussion²⁰⁶⁰ et de compléter l'expression d' « *organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* » par les mots : « *ou intersectorielle des professions agricoles et libérales* »²⁰⁶¹. L'exposé sommaire des motifs indiquait que : « *Cet amendement est de précision. En effet, la notion de négociation et organisations " nationales et interprofessionnelles " peut prêter à confusion dans la mesure où la négociation nationale strictement " interprofessionnelle " couvre uniquement les branches couvertes par le MEDEF, la CGPME et l'UPA. Les professions agricoles et les professions libérales ne sont pas concernées par " l'interprofession ", d'où cette obligation de clarté dans le texte qui se trouvera ainsi en adéquation avec la réalité de la participation à la Commission nationale de la négociation collective* »²⁰⁶². Il s'agissait donc, pour le député, de lever la confusion sur la notion d'organisations nationales et interprofessionnelles du côté patronal en alignant la désignation des acteurs amenés à participer à la nouvelle procédure de négociation préalable avec la composition de la CNNC, au sein de laquelle siégeaient les professions agricoles et libérales. Lors des débats, le parlementaire souligna à l'appui de son amendement qu'il convenait de ne

²⁰⁵⁹Lors des discussions sur la loi de modernisation du dialogue social, la question de l'abrogation de l'arrêté du 31 mars 1966 s'est posée (V. notamment les interventions du député Alain Vidalies lors de la 2^{ème} séance du 5 décembre 2006 à l'Assemblée Nationale et de la députée Martine Billard lors de la 3^{ème} séance ; JOAN, 6 déc. 2006, p.8539 et p.8556). Cette question était d'autant plus prégnante que de nouveaux acteurs syndicaux tels que l'UNSA, la FSU ou Solidaires avaient fait leur apparition sur la scène nationale (V. supra note n°75), comme le soulignaient les débats. Or, le rapport Hadas-Lebel était déjà paru, ainsi que l'avis du CES prônant la réforme de la représentativité syndicale (V. supra note n°2057). Il fût ainsi souligné que le projet de loi de modernisation du dialogue social devait être considéré comme un « *point de départ* » qui appelait la réforme de la représentativité des organisations syndicales déjà en cours d'étude (Jean-Pierre SOISSON, Ass. Nat., 5 déc. 2006, 3^{ème} séance, JOAN, 6 déc. 2006, p.8549). Le ministre délégué au Travail referma le débat en indiquant : « *Je rappelle que nous travaillons d'abord sur le rapport de Dominique-Jean Chertier, avant d'aborder le rapport Hadas-Lebel qui constituera l'étape suivante* » (Gérard LARCHER, Ass. Nat., 5 déc. 2006, 3^{ème} séance, JOAN, 6 déc. 2006, p.8559).

²⁰⁶⁰Nous rappelons que les dispositions de la loi du 31 janvier 2007 créaient les articles L. 101-1 à L. 101-3 de l'ancien Code du travail. Ces articles seront ensuite positionnés dans un chapitre préliminaire du nouveau Code du travail entré en vigueur 2008 et deviendront les articles L. 1 à L. 3 (V. supra note n°1122). Nous mentionnons par commodité la nouvelle numérotation.

²⁰⁶¹Amendement n°38 présenté par M. Censi (déposé à l'Assemblée Nationale le 4 décembre 2006).

²⁰⁶²*Ibidem*.

pas donner « *l'impression qu'il existerait en quelque sorte de grands syndicats, susceptibles de négocier pour les autres, et des syndicats mineurs, notamment ceux de l'agriculture et des professions libérales, qui n'interviendraient qu'en second et n'auraient plus alors qu'à s'adapter aux positions des premiers* »²⁰⁶³.

Le député Bernard Perrut, Rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale, objecta que cet amendement était en réalité un amendement « *de fond* » qui n'était « *pas conforme à l'esprit du texte proposé* », en soulignant : « *Le champ de négociation auquel ouvre la phase de concertation prévue à l'article L. 101-1 du code du travail [L. 1] a été très clairement défini depuis le début de la préparation du projet de loi, dans le cadre des négociations menées par M. le ministre. L'enjeu est de permettre aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, et à elles seules, de négocier sur tous les projets de réforme du droit du travail. Mais, comme l'a précisé le ministre devant la commission, ce texte est suffisamment souple pour pouvoir s'appliquer aussi le jour où les règles de représentativité, et donc la définition des organisations représentatives, auront été modifiées. Ce projet, faut-il le rappeler, n'est qu'une étape, fût-elle décisive. Pour l'instant, les organisations d'employeurs représentatives sont au nombre de trois. L'argument selon lequel d'autres organisations participent aux réunions de la commission nationale de la négociation collective ne peut être retenu en l'état. Il montre, au contraire, que lesdites organisations, même aujourd'hui non représentatives au sens du code du travail, pourront être impliquées dans certaines des phases de mise en œuvre du dialogue social. Siégeant à la commission nationale de la négociation collective, qui sera consultée sur les avant-projets de texte de loi, elles seront de fait impliquées dans les nouvelles procédures* »²⁰⁶⁴. L'argument de la participation à la CNNC ne pouvait donc pas être retenu en l'état pour participer aux négociations préalables à l'adoption des réformes en droit du travail selon le rapporteur car cette participation devait être réservée aux seules organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel qui étaient au nombre de trois, à savoir le MEDEF, la CGPME et l'UPA. Les représentants des professions agricoles et libérales n'étant pas considérées comme représentatives à ce niveau ne pouvaient donc pas participer à la procédure de concertation et de négociation prévue par l'article L. 1 mais se trouvaient malgré tout impliqués en étant consultés sur les projets de textes via leur participation

²⁰⁶³Yves CENSI, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8618.

²⁰⁶⁴Bernard PERRUT, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8619.

à la CNNC²⁰⁶⁵. Au demeurant, cette situation était susceptible d'évoluer le jour où les règles de la représentativité évolueraient, ce texte ne constituant qu'une « étape »...

Le ministre délégué au Travail confirma à son tour, comme il l'avait fait la veille sur la question de la représentativité des organisations de salariés²⁰⁶⁶, que ce texte sur le dialogue social n'était qu'une « étape » et qu'un « équilibre » qui « *n'allait pas de soi* »²⁰⁶⁷ avait été trouvé. Les organisations patronales agricoles (FNSEA, CNMCCA) et l'UNAPL représentant les professions libérales étaient présentes dans le processus au stade de la consultation de la CNNC dont elles sont membres mais elles ne participeraient pas à la procédure de l'article L. 1 puisqu'« *Aujourd'hui, la négociation nationale et interprofessionnelle est portée par trois organisations patronales – MEDEF, UPA, CGPME – et cinq organisations de salariés* »²⁰⁶⁸. Ainsi, le niveau interprofessionnel et le « niveau intersectoriel » évoqué par le député Yves Censi ne devaient pas être confondus selon le ministre, qui n'explicitait pas pour autant cette dernière notion²⁰⁶⁹.

Enfin, les parlementaires de gauche s'opposèrent vivement à l'amendement Censi au motif qu'il s'appliquait également aux salariés et créait un droit de la négociation collective au niveau national « *morcelé secteur par secteur* »²⁰⁷⁰, voire « *corporatiste* »²⁰⁷¹, en introduisant au demeurant une « *notion, nouvelle dans notre droit du travail, de négociation intersectorielle* »²⁰⁷².

Adopté dans un premier temps avec le soutien des députés UMP²⁰⁷³, l'amendement fût finalement rejeté lors d'une seconde délibération demandée par le Gouvernement²⁰⁷⁴. Des

²⁰⁶⁵Nous rappelons que l'article L. 2 du Code du travail dispose : « *Le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1, au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation, à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle dans les conditions prévues à l'article L. 2271-1.* » (V. supra note n°1137).

²⁰⁶⁶V. supra note n°2059.

²⁰⁶⁷Gérard LARCHER, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8619.

²⁰⁶⁸*Ibidem*.

²⁰⁶⁹V. en ce sens : Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p. 55.

²⁰⁷⁰Martine BILLARD, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8620.

²⁰⁷¹Maxime GREMETZ, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8621.

²⁰⁷²Alain VIDALIES, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8620.

²⁰⁷³V. Annexe au procès-verbal de la 2e séance du mercredi 6 décembre 2006, JOAN, 7 déc. 2006, p.8634.

²⁰⁷⁴V. Débats parlementaires, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, pp.8632-8633.

amendement similaires furent également déposés au Sénat mais censurés par la commission des affaires sociales²⁰⁷⁵.

Souhaitant clore le débat, le ministre délégué au Travail, Gérard Larcher, apporta les précisions suivantes devant la chambre haute le 17 janvier 2007 : « *Comme je l'ai indiqué, ce texte vise à modifier la pratique qui s'est instaurée dans les rapports entre les gouvernements et les partenaires sociaux. [...] C'est pourquoi je voudrais plus particulièrement insister devant votre assemblée sur les équilibres auxquels répond le projet de loi qui vous est soumis, et tout d'abord sur les équilibres sociaux. [...] Ainsi que je l'ai fait devant la commission des affaires sociales pour éclairer un amendement déposé par M. Alain Gournac, je souhaite rappeler quelles sont les organisations concernées par le projet de loi. Celui-ci concerne les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel, à savoir, aujourd'hui, les cinq confédérations syndicales : CGT, CFDT, FO, CFTC, CGC, et les trois organisations interprofessionnelles représentant les employeurs qui sont en mesure de négocier un accord interprofessionnel : MEDEF, CGPME, UPA. Naturellement, cette liste peut changer en fonction de l'évolution des règles de la représentativité ; j'y reviendrai dans un instant. J'insiste sur le fait que l'équilibre du dispositif repose sur le caractère interprofessionnel - et ce mot a un sens particulier - de la concertation. En effet, la nouvelle procédure est réservée aux projets de réforme présentant un caractère général et ayant à ce titre vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises du secteur privé. Seules les organisations reconnues comme étant représentatives au niveau interprofessionnel sont donc concernées. Lors des débats de l'Assemblée nationale, des inquiétudes légitimes sont apparues quant à la place de certains secteurs essentiels d'activité : je pense notamment à l'agriculture, avec la FNSEA, la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, mais le raisonnement doit être étendu aux professions libérales, avec l'UNAPL, l'Union nationale des associations de professions libérales. (M. Alain Gournac approuve.) J'ai eu l'occasion d'échanger sur ce point avec les organisations concernées, et je l'ai dit devant votre commission, mais, à la tribune du Sénat, cela prend un sens particulier : il va de soi, et je m'y engage solennellement, que des*

²⁰⁷⁵V. L'amendement n°14 présenté par le sénateur Alain Gournac (déposé le 12 janv.2007) reprenant en termes identiques l'amendement déposé par le député Yves Censi. Nous précisons que le sénateur Alain Gournac avait déposé un autre amendement visant à remplacer les mots « *représentatives au niveau national et interprofessionnel* » par « *concernées* ». L'objet de ce nouvel amendement était pour son auteur d'éviter une surabondance avec le début du texte qui vise « *le champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* » et donc les organisations représentatives dans ce champ. Pour le sénateur, cette rédaction évitait par ailleurs « *des problèmes d'interprétation de la notion d'organisation interprofessionnelle, non définie dans le code, ou de la notion d'organisations les plus représentatives parfois utilisées dans les textes mais sans autre précision* » (Amendement n°37 présenté par M. Gournac, déposé le 16 janvier 2007). Les amendements de M. Gournac n°14 et 37 furent rejetés en commission le 16 janvier 2007 (V. compte rendu de la commission des affaires sociales, Sénat, 16 janv. 2007, https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/affaires-sociales_archives).

projets de réforme relatifs au droit du travail qui concerneraient spécifiquement ces secteurs d'activité impliqueraient des procédures de concertation, sur l'initiative des pouvoirs publics, avec les organisations représentatives de ces secteurs, donc, par exemple, avec la FNSEA et l'UNAPL. C'est là une évidence, mais il est essentiel de le répéter pour éviter tout malentendu. À titre d'exemple, et nous l'avions évoqué devant la commission, il n'est pas imaginable que des dispositions spécifiques concernant les salaires ou les contrats de travail dans l'agriculture puissent être prises sans concertation avec l'organisation professionnelle représentative du secteur. Cependant, le projet de loi qui vous est soumis, je le répète, ne vise pas ce cas de figure. Il porte sur les réformes à caractère général et sur le seul niveau interprofessionnel. Il reste donc volontairement neutre quant à la question du dialogue social et de la négociation collective au sein des secteurs d'activité, et ne modifie en rien l'équilibre existant, dans lequel la FNSEA et l'UNAPL occupent une place particulière qui doit être préservée »²⁰⁷⁶.

Le ministre soulignait ainsi que le projet de loi de modernisation du dialogue social avait avant tout pour objet de régler les rapports entre le Gouvernement et les partenaires sociaux dans le cadre admis jusqu'alors et qu'il restait volontairement neutre sur la question de la représentativité des organisations patronales au niveau national, qui avait toutefois vocation à ressurgir un jour²⁰⁷⁷...

358. Hors champ. Tout en désignant les acteurs patronaux aptes à participer à la procédure de l'article L. 1 au nom d'un équilibre reposant sur une situation de fait²⁰⁷⁸, le ministre soulignait malgré tout la situation de secteurs qui se trouvaient exclus du dialogue social légiférant alors que le contenu des négociations avait vocation à être repris dans une loi de portée générale... Même si le ministre promettait « solennellement » une « concertation » - sans autre précision - avec les organisations représentatives de ces « secteurs » lorsque les questions concerneraient ces derniers, un traitement différencié apparaissait au sein des organisations patronales présentes au niveau national - et siégeant à ce titre dans des instances telles que la CNNC - dont certaines étaient autorisées à négocier les réformes en droit du travail

²⁰⁷⁶Gérard LARCHER, Sénat, 17 janv. 2007, JO Sénat, 18 janv. 2007, p.292.

²⁰⁷⁷La sénatrice Catherine Procaccia, rapporteur de la commission des affaires sociales devant le Sénat, concluait d'ailleurs son intervention en ce sens : « Pour conclure, je voudrais souligner que l'adoption de la réforme du dialogue social devrait nous conduire à réfléchir, dans les mois et les années qui viennent, à plusieurs sujets intimement liés. Tout d'abord, renforcer le dialogue social pose la question de la légitimité et de la représentativité de ses acteurs. S'il est prématuré de trancher aujourd'hui ce débat, notre commission considère que cette question doit constituer l'une des premières applications de la loi de modernisation du dialogue social ».

²⁰⁷⁸Nous rappelons que la désignation des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel dans le système antérieur à la loi du 5 mars 2014 reposait sur une reconnaissance de fait (V. étude 322 supra).

et d'autres à être simplement consultées sur celles-ci²⁰⁷⁹. C'est ce traitement différencié qui poussera d'ailleurs l'UNAPL à porter la question devant le juge administratif qui confirmera toutefois la position prise lors des débats de la loi du 31 janvier 2007 sur l'absence d'assimilation entre les organisations siégeant à la CNNC et les organisations autorisées à participer aux négociations de l'article L. 1²⁰⁸⁰.

Nous pouvons ajouter, enfin, qu'au-delà des seules professions agricoles et libérales, l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007 soulevait la question de la situation de tous les secteurs hors champ de la négociation nationale et interprofessionnelle au regard de la nouvelle procédure de concertation et de négociation préalable à l'adoption des réformes en droit du travail. Ces secteurs se voyaient en effet appliquer les stipulations de l'ANI conclu dans le cadre de la procédure de l'article L. 1 du Code du travail et repris dans la loi de transposition, sans avoir participé à l'élaboration de cette loi. C'est-à-dire, dans la pratique, une loi « préfabriquée » par des organisations non représentatives de ces secteurs mais applicable à ces derniers... Comme avait pu brièvement l'évoquer une parlementaire lors des débats, le

²⁰⁷⁹Nous soulignons, à ce propos, que si l'article L. 1 vise les projets de réformes relevant du « *champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* », il ressort des débats que ces réformes concernaient réalité dans l'esprit du législateur le champ du droit du travail dans son ensemble (à l'exception des garanties sociales comme nous l'avons indiqué dans nos développements supra). V. ci-dessus l'intervention du Rapporteur à l'Assemblée Nationale Bernard Perrut qui vise « *tous les projets de réforme du droit du travail* » ou bien encore l'intervention du ministre Gérard Larcher devant le Sénat : « *la nouvelle procédure est réservée aux projets de réforme présentant un caractère général et ayant à ce titre vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises du secteur privé* ».

²⁰⁸⁰V. étude 352 supra.

« secteur » jusqu'alors relativement méconnu de l'économie sociale et solidaire semblait particulièrement concerné²⁰⁸¹.

La nécessité de clarifier les règles de la représentativité patronale, tout particulièrement au niveau national et interprofessionnel, se reposait ainsi de manière accrue...

Conclusion du chapitre I

359. L'acquisition de la représentativité patronale a longtemps relevé d'une reconnaissance de fait qui ne souffrait d'exception qu'à l'occasion d'une contestation de celle-ci. La multiplication des contentieux à l'aube des années 2000 a mis en évidence les limites d'un tel système, qui entretenait une certaine opacité et engendrait un morcellement des espaces professionnel de négociation, affaiblissant par là-même la fonction régulatrice de la négociation collective. L'entrée en vigueur de la loi de 2008 rénovant en profondeur la représentativité syndicale a souligné le besoin de préciser les règles techniques applicables aux organisations patronales, dans une logique d'équilibre entre les parties à la négociation collective. Enfin, la consécration du rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration de la loi est venue poser avec acuité la question de la désignation des acteurs autorisés à jouer les « pré-législateurs ». Cette question, associée à d'autres problèmes récurrents, a renforcé la nécessité de clarifier plus

²⁰⁸¹Intervention de la députée Martine Billard lors de la discussion de l'amendement Censi : « *D'autre part, on peut se demander comment mesurer la représentativité dans un secteur. Le problème n'est pas mince. Hier, on a nous a expliqué que l'équilibre auquel on était parvenu interdisait de remettre en cause l'arrêté de 1966. L'amendement est pourtant l'occasion de revenir sur le sujet par la fenêtre, puisqu'il remet en question la représentativité des organisations patronales. Il est vrai que trois organisations syndicales de salariés bien implantées dans les entreprises, l'UNSA, la FSU et le G10- Solidaires, ne sont aujourd'hui pas reconnues par l'arrêté de 1966. De même, certaines organisations patronales, notamment dans le secteur encore méconnu de l'économie sociale et solidaire, ne sont jamais parties prenantes à la négociation. Il faut donc avancer sur ce sujet.* » (Martine BILLARD, Ass. Nat., 6 déc. 2006, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8621). Le sujet ressurgira lors de l'examen de la proposition de loi visant à étendre la procédure de l'article L. 1 aux propositions de lois (V. supra note n°1124) : « *Les partenaires sociaux concernés sont "les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel", ce qui a pour effet d'exclure de cette concertation préalable d'une part, les organisations syndicales non représentatives (telles qu'aujourd'hui l'UNSA ou SUD), d'autre part, les organisations syndicales représentatives au niveau national mais non interprofessionnel, telles que l'USGERES (qui couvre le secteur de l'économie sociale), l'UNAPL (pour les professions libérales), la FNSEA (pour les professions agricoles). M. René Valladon (FO), auditionné par votre rapporteur, a considéré que cette exclusion des organisations non interprofessionnelles, alors que le nombre d'emplois relevant de ce "hors champ" est considérable et que les accords nationaux interprofessionnels leur sont ensuite souvent étendus [transposés], renouvelle la question de la représentativité* » (Jean MALLOT, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi (n°2499), visant à étendre la modernisation du dialogue social aux propositions de loi et sur la proposition de résolution (n°2491) tendant à réviser le règlement de l'assemblée nationale », nos 2582 et 2583, Ass. Nat., 9 juin 2010, p.11).

particulièrement les modalités de reconnaissance de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel.

CHAPITRE II : UNE CLARIFICATION RÉALISÉE

360. Nous venons de souligner que la place de plus en plus importante accordée au dialogue social et à la négociation collective dans la construction du droit du travail, notamment après l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, appelait « *une légitimité et une représentativité réelle des acteurs* »²⁰⁸² à tous les niveaux. Si la transformation profonde opérée par la loi du 20 août 2008 répondait à cette attente en fondant désormais la représentativité syndicale sur des critères rénovés, objectifs et appréciés périodiquement, le « *statu quo d'une représentativité patronale fondée sur la reconnaissance mutuelle et, à défaut, sur des décisions du ministère du travail ou du juge* »²⁰⁸³ contrariait cet objectif et multipliait, comme nous l'avons vu, les risques de contestation.

Ce besoin de clarifier les règles applicables à la représentativité patronale donna lieu à l'ouverture d'un « *vaste chantier* »²⁰⁸⁴ conduisant à l'adoption de la loi du 5 mars 2014. Définissant les principes généraux encadrant la représentativité patronale (**Section 1**), la loi souligne également certaines spécificités dans sa mise en œuvre au niveau national et interprofessionnel permettant d'enrichir le débat sur la notion d'interprofession (**Section 2**).

Section 1. Les principes généraux encadrant la représentativité patronale

361. L'analyse des sources de la loi du 5 mars 2014 (§ 1) démontre une volonté d'alignement avec les règles encadrant la représentativité des organisations syndicales de salariés (§ 2) même si les particularités du monde patronal ont nécessité certaines adaptations (§ 3).

²⁰⁸²Jean-Denis COMBEXELLE, « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, 1156.

²⁰⁸³*Ibidem*.

²⁰⁸⁴Nicole Maggi-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011 p.1072 et spéc. p.1074.

§ 1. Les sources de la réforme de la représentativité patronale

362. La réforme représentativité patronale a donné lieu à des investigations préalables (A) avant que le texte ne soit « *minutieusement préparé* »²⁰⁸⁵ par le ministère du Travail et les organisations patronales elles-mêmes (B).

A. Les prémices d'une réforme

363. Effleurée à l'occasion de la remise de certains rapports (1), la question spécifique de la représentativité des organisations d'employeurs fera peu à peu l'objet d'une investigation de la part de la doctrine qui proposera plusieurs solutions pour la déterminer (2).

1- Une question effleurée dans certains rapports

364. Le rapport Hadas-Lebel. Le Rapport Hadas-Lebel rendu en mai 2006 et préfigurant la loi du 20 août 2008 dressait, comme nous l'avons vu, le constat d'une absence de définition des règles de la représentativité des organisations patronales²⁰⁸⁶. Il concluait toutefois que « *les critères et les procédures de reconnaissance de leur représentativité n'ont pas besoin d'être fixés de façon spécifique, dans la mesure où la question qui se pose entre organisations d'employeurs est d'une autre nature que celle qui se pose pour les organisations de salariés* »²⁰⁸⁷. Pour l'ancien Président de la section sociale Conseil d'Etat, si les organisations syndicales de salariés se distinguent en effet « *pour l'essentiel par leurs conceptions philosophiques et leurs approches différentes sur les revendications et les moyens de les faire aboutir* »²⁰⁸⁸, ces organisations - mis à part la CFE-CGC, qui représente prioritairement les personnels d'encadrement - ont vocation à représenter tous les salariés sans distinction. Or, du côté patronal, même s'il existe des différences d'approche, les organisations se caractérisent avant tout « *par le fait qu'elles représentent des types différents*

²⁰⁸⁵Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²⁰⁸⁶V. étude 317 supra.

²⁰⁸⁷Raphaël HADAS-LEBEL, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, p.93

²⁰⁸⁸*Ibidem*.

d'employeurs »²⁰⁸⁹. Ainsi, « le MEDEF représente les entreprises privées, la CGPME les seules petites et moyennes entreprises, l'UPA les artisans, l'UNAPL les professions libérales, [...] des organisations agricoles [telle que la FNSEA] les employeurs dans l'agriculture [...] le GEMA représente les mutuelles d'assurances, l'UNIFED les établissements de soins à but non lucratif et l'USGERES les autres associations, mutuelles et coopératives »²⁰⁹⁰ ... Comme le souligne le rapport, cette réalité est d'ailleurs souvent inscrite dans les statuts de ces différentes organisations. Cette différence entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs justifierait ainsi qu'il n'y ait pas besoin de mettre en œuvre une mesure spécifique de la représentativité de ces dernières.

En revanche, la principale question qui se posait, aux yeux du Président Hadas-Lebel, en matière de représentativité patronale était de savoir quelles branches d'activité et quelles entreprises sont engagées par une négociation nationale ou de branche, c'est-à-dire la question cruciale - et à notre sens trop peu étudiée par la suite - de la portée de la représentativité patronale²⁰⁹¹. Le rapport suggère, à ce propos, de définir un principe selon lequel serait associées à une négociation « *les organisations intéressées par l'objet de la négociation du fait des branches professionnelles en cause* »²⁰⁹². Pour l'auteur, « *Les litiges relatifs aux accords signés dans l'artisanat ou à l'absence, dans les négociations nationales interprofessionnelles, des organisations représentatives des professions libérales ou de l'économie sociale peuvent trouver ainsi leur solution dans ce cadre. Il appartient au ministre chargé du travail de vérifier avant agrément ou extension d'un accord si les organisations qui devaient être associées l'ont été ou, à défaut, de limiter l'agrément ou l'extension aux seules branches professionnelles représentées par des organisations patronales ayant pris part à la négociation. Pour le reste, une certaine latitude est ouverte aux pouvoirs publics pour assurer la représentation des diverses composantes des employeurs dans les instances de concertation* »²⁰⁹³. Cette réponse laconique à la question du champ des négociations nationales et interprofessionnelles et à la participation au paritarisme a le mérite de souligner la problématique des limites de

²⁰⁸⁹*Ibid.*

²⁰⁹⁰*Ibid.*

²⁰⁹¹V. étude 354 supra.

²⁰⁹²Raphaël HADAS-LEBEL, *op. cit.*

²⁰⁹³*Ibidem.*

l'interprofession et de proposer certaines solutions, même si ces dernières soulèvent certaines interrogations²⁰⁹⁴ ...

365. Le rapport Attali. Dans ses « *300 décisions pour changer la France* », le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali soulignait qu'une « *meilleure représentativité passe par un choix entre représentation uniforme et représentation multiple (Medef, CGPME et UPA)* » mais que « *Quelle que soit la solution retenue, les règles de représentativité doivent être revues dans le sens "une entreprise – une voix", pour une meilleure représentation de toutes les entreprises de France, y compris les moyennes et les petites, [et] des entreprises ayant l'essentiel de leur activité en France, et donc directement concernées par le contexte administratif, fiscal et social national* »²⁰⁹⁵. Ainsi, et bien qu'elle n'explicite pas sa proposition, la Commission semblait suggérer de fonder la représentativité patronale sur un système de mesure d'audience de type électif dans lequel chaque entreprise implantée sur le territoire national aurait disposé d'une voix, quelle que soit sa taille ou son importance économique.

366. Le rapport Poisson. Dans son rapport sur les branches professionnelles - à l'origine des réflexions sur la restructuration de ces dernières²⁰⁹⁶ - Jean-Frédéric Poisson avait estimé au contraire que la représentativité « *pertinente* » des organisations d'employeurs était une « *représentativité institutionnelle, d'ordre statutaire, non élective* »²⁰⁹⁷. Rejetant ainsi l'idée d'une mesure fondée sur une audience électorale, le parlementaire proposait que la

²⁰⁹⁴En proposant d'associer systématiquement les organisations représentant les branches concernées par la négociation, le rapport suggère ainsi de composer le tour de table du côté patronal en fonction de l'objet des négociations et de limiter les effets d'une extension ou d'un agrément aux seules branches professionnelles représentées par des organisations patronales ayant pris part à la négociation. Cependant lorsque l'objet de la négociation concerne l'ensemble des secteurs d'activité comme cela se rencontre fréquemment au niveau national et interprofessionnel, la réponse paraît trop succincte. Comment, en effet, limiter l'agrément d'un ANI de chômage aux seules branches associées à la négociation. Certes, l'agrément a dans un premier temps le même effet limité qu'une extension en application de l'article L. 5422-21 du Code du travail mais nous avons vu qu'en raison de l'obligation légale d'assurance chômage qui s'impose à tous les employeurs, l'agrément a *in fine* pour effet de rendre l'accord obligatoire dans le champ d'application du régime légal et donc de lui conférer une portée générale (V. étude 212 supra). Toutes les branches seront donc soumises au final à l'ANI d'assurance chômage, ce qui impose, si nous suivons la logique du rapport, que toutes les organisations hors champ de l'interprofession participent aux négociations (or, l'article L. 5422-22 du Code du travail confère cette prérogative aux seules organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel...). S'agissant des ANI classiques, le rapport Hadas-Lebel ne fait au demeurant que confirmer la solution jurisprudentielle consistant à rendre l'accord étendu applicables aux seules branches ayant été associées aux négociations soit directement, soit par le biais de leur adhésion à une organisation interprofessionnelle.

²⁰⁹⁵Jacques ATTALI, « *300 décisions pour changer la France* », Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, La Documentation française, p.106.

²⁰⁹⁶V. étude 62 supra.

²⁰⁹⁷Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles* », Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française, p.23 (synthèse).

représentativité soit établie par une « *reconnaissance réciproque* » de toutes les parties au « *tour de table* »²⁰⁹⁸ des négociations (la représentativité s'appréciant « *d'abord au regard du champ d'application matériel de la négociation* »²⁰⁹⁹). Une « *convention de reconnaissance réciproque* » serait ainsi formalisée entre les parties dans le double objectif d'« *instituer la branche* » et de « *constater la représentativité de l'ensemble du tour de table* »²¹⁰⁰. Cette convention serait ensuite soumise à un agrément ministériel, après examen dans le cadre de la CNNC²¹⁰¹. Les organisations syndicales de salariés, soumises aux dispositions de la loi du 20 août 2008, verraient leur représentativité établie dans le cadre des procédures fixées par cette loi et la représentativité de la partie patronale reconnue dans le cadre de la convention pourrait être revue tous les quatre ans par « *la possible remise en question quadriennale de sa parité syndicale* »²¹⁰² ... Comme le soulignait Sophie Nadal, « *l'exercice est pour le moins acrobatique : indiscutablement représentatives, les organisations syndicales qui auront satisfait aux exigences légales seront appelées à offrir aux groupements patronaux le socle de leur légitimité par la voie du contrat* »²¹⁰³. Autrement dit, la reconnaissance de la représentativité des organisations d'employeurs « *devient une affaire syndicale, ce qui pourra laisser songeur* »²¹⁰⁴...

Espérant « *épuiser en opportunité le débat sur la représentativité patronale* »²¹⁰⁵, le rapport Poisson proposait ainsi de maintenir le système de reconnaissance mutuelle qui prévalait jusqu'alors tout en l'encadrant contractuellement au moyen d'une convention qui délimitait dans le même temps les contours de la branche²¹⁰⁶. Or, pour une commentatrice avisée, une telle proposition devait être repoussée au motif premier qu'elle « *ne permet pas de prendre en compte la spécificité de la procédure de l'extension et le rôle joué par*

²⁰⁹⁸*Ibidem*.

²⁰⁹⁹*Idem*, p.196.

²¹⁰⁰*Idem*, p.197.

²¹⁰¹V. rapport préc., p.24 (synthèse).

²¹⁰²*Idem*, p.23 (synthèse) et p.197.

²¹⁰³Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », *RDT* 2009, p.596.

²¹⁰⁴*Ibidem*.

²¹⁰⁵*Ibid.*

²¹⁰⁶Nous rappelons que lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 20 août 2008, le député Jean-Frédéric Poisson, alors rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale, avait proposé que la représentativité des organisations d'employeurs soit déterminée par accord entre les organisations patronales et salariales représentatives au niveau national et interprofessionnel dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de la loi mais cette proposition n'avait pas au final été retenue (V. étude 344 supra).

l'Administration dans la détermination du périmètre de la branche »²¹⁰⁷. Au contraire, dans le mécanisme de la reconnaissance réciproque, la détermination de la représentativité patronale et des contours de la branche est renvoyée « *à la seule logique du marché* », ce qui favorise « *des logiques d'appariement destinées à évincer une tierce partie* », tout en entretenant « *l'opacité du système* »²¹⁰⁸. Enfin, la représentativité institutionnelle d'ordre statutaire prônée par le rapport ne pouvait « *se suffire à elle-même* » et devait être supplée par un système permettant « *de conférer à la représentation patronale une légitimité plus étendue et surtout extérieure aux organisations concernées* »²¹⁰⁹ ...

2- Une investigation par la doctrine

367. Une étude tardive. Nous avons indiqué, en introduction de nos travaux, que la doctrine a tardé à se saisir de la question de la représentativité patronale²¹¹⁰. Dans sa réponse à l'appel à projet lancé par la DARES sur le thème « *Les organisations d'employeurs en France* », l'équipe pluridisciplinaire coordonnée par Nicole Maggi-germain et Jean-Pierre Le Crom dressait, en 2011, le constat d'un thème « *peu étudié, en particulier du point de vue du droit* »²¹¹¹. Les contributions scientifiques antérieures à cette date témoignent en effet d'une investigation du sujet par des sociologues tels que Jean Bunel et Michel Offerlé, par des historiens tels que Jean-Pierre Le Crom et Alain Chatriot ou par des politistes tels que Marion Rabier²¹¹². Du côté des juristes, en revanche, les investigations doctrinales ont été longtemps orientées vers la question de la représentativité en général, sans que ne soit clairement identifiée

²¹⁰⁷Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1074. Nous précisons que, selon le rapport, l'agrément spécifique de la convention de reconnaissance réciproque devait permettre de « *limiter l'examen des demandes d'extension au seul contrôle de légalité, pour sécuriser les accords* » (Rapport Poisson préc, p.24). Comme l'indique Sophie Nadal : « *On perçoit l'idée : l'agrément des conventions de reconnaissance ayant approuvé en amont la configuration de la « branche nouvelle », seules les violations de la loi par les textes conventionnels conclus au sein de la zone couverte par ladite branche devront être empêchées en aval* » (Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », *RDT* 2009, p.596). Dès lors, le travail de l'administration réalisé à l'occasion de l'extension sur la détermination du périmètre de la branche se trouvait compromis...

²¹⁰⁸*Ibidem*.

²¹⁰⁹*Ibid*.

²¹¹⁰V. étude 12 supra.

²¹¹¹Nicole Maggi-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 ; Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, « *La construction de la représentativité patronale* », rapport non publié, présenté par une équipe pluridisciplinaire sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI-GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM, pp.8-9. V. également supra note n°24.

²¹¹²V. les références citées au chapitre I du présent titre.

la problématique de la représentativité patronale²¹¹³. Nous avons souligné toutefois, et sans prétendre à l'exhaustivité, la parution de quelques études à l'aube des années 2000 qui ont progressivement mis en exergue le flou juridique entourant cette question et son lien consubstantiel avec le contentieux de l'extension (déjà très finement appréhendé dans les années 1960 par le Commissaire du Gouvernement Pierre Nicolây et le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux et confirmant l'absence d'une prise en compte en amont de la question sur un plan juridique)²¹¹⁴.

Or, à la lumière des multiples facteurs d'évolutions que nous avons précédemment examinés, et notamment après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, certains auteurs ont proposé d'établir des règles plus claires de détermination de la représentativité patronale.

368. Election versus adhésion. Ainsi, dans un article paru en 2011, les Professeurs Bernard Teyssié, Jean-François Césaro et Arnaud Martinon, estimant que « *le moment [était] venu de soumettre à débat une première esquisse de ce qui, demain, pourrait être projet ou proposition de loi* »²¹¹⁵, proposaient de reprendre les sept critères généraux et cumulatifs applicables aux organisations syndicales de salariés depuis la loi du 20 août 2008²¹¹⁶, tout en adaptant le critère de l'audience. Cette adaptation consistait à organiser un scrutin spécifique « *d'ampleur nationale* » et de « *caractère interprofessionnel* », qui devait permettre « *de déterminer aussi, selon un mode simplifié, l'audience des organisations professionnelles d'employeurs constituées dans le cadre des branches* »²¹¹⁷. De façon schématique, les trois auteurs proposaient de répartir les employeurs électeurs (personnes physiques ou représentant légal des personnes morales) en trois collèges : le collège des très petites entreprises, occupant au maximum cinq salariés ; le collège des petites et moyennes entreprises, occupant entre six et deux cent cinquante salariés et celui des grandes entreprises, occupant plus de deux cent cinquante salariés. Les organisations patronales satisfaisant à l'ensemble des critères de représentativité (hormis celui de l'audience) pouvaient dès lors se porter candidates à l'élection de représentativité au niveau national et interprofessionnel dans le ou les collèges correspondant à la catégorie d'entreprises que l'organisation avait statutairement vocation à représenter. Un

²¹¹³Comme le souligne Nicole Maggi-Germain, la thèse du Professeur Albert Arseguet, soutenue en 1976 (V. notamment étude n°2 supra) et considérée comme « *le travail plus complet sur la question* », ne distinguait pas les organisations salariales et patronales (Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1073, note de bas de page n°5).

²¹¹⁴V. supra chap. I.

²¹¹⁵Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2011, 1102.

²¹¹⁶V. *C. trav.*, art. L. 2121-1 (étude 343 supra).

²¹¹⁷Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, *op. cit.*

seuil minimum de 8 % des suffrages exprimés dans le collège était requis pour que l'organisation soit reconnue représentative de ces entreprises au niveau national et interprofessionnel. Sur un plan pratique, il était proposé que le scrutin ait lieu tous les quatre ans afin de suivre le rythme de mesure de l'audience des organisations de salariés et qu'il soit organisé localement par les chambres de commerce et d'industrie, les chambres des métiers et les chambres d'agriculture. Identifiant une « *catégorie résiduelle* » d'employeurs qui « *ne figure sur les listes électorales d'aucune des entités précédemment visées* », les auteurs proposaient de « *les rattacher pour ordre soit aux chambres de commerce et d'industrie, soit aux chambres des métiers* »²¹¹⁸. Enfin, une « *présomption irréfragable* »²¹¹⁹ de représentativité était établie au niveau de la branche - pour le collège considéré et dans les limites professionnelles et géographiques résultant de leurs statuts - en faveur des fédérations patronales appuyant la candidature de la confédération au niveau national et interprofessionnel et des organisations professionnelles d'employeurs affiliées à ces fédérations.

Cette proposition avait comme conséquence de « gommer », en quelque sorte, les différents types de représentation patronale puisque la taille des entreprises était le seul critère discriminant de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel et par ruissellement au niveau des branches. Elle avait à notre sens le mérite de permettre à tout type d'organisation satisfaisant aux critères généraux de candidater dans un collège, même si elle n'était pas exempte de toute critique²¹²⁰.

Suggérant également, à la même époque, d'asseoir la représentativité patronale sur les sept critères généraux de l'article L. 2121-1 du Code du travail issus de la loi du 20 août 2008, Nicole Maggi-Germain proposait d'organiser deux niveaux d'élections correspondant aux niveaux de négociation (branches et interprofession)²¹²¹. Sur le plan des principes généraux, seraient électeurs les chefs d'entreprise et les personnes morales composant éventuellement le groupe. Toutefois, en raison des enjeux attachés à la représentativité patronale qui délimite le périmètre des secteurs, l'auteur livre ses doutes sur la règle précise à retenir pour le scrutin. La règle une entreprise/un homme – une voix est bien évidemment à privilégier mais la question de l'introduction d'un critère de pondération se pose dès l'instant où le poids économique et le nombre de salariés diffèrent d'une entreprise à l'autre. En effet, puisque le vote mesurant

²¹¹⁸*Idem.* Sans l'indiquer expressément, les auteurs visaient ici certains secteurs hors champ tels que l'économie sociale et solidaire ou les professions libérales dont les structures ne relèvent pas des organismes consulaires précités.

²¹¹⁹*Idem.*

²¹²⁰V. Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1075.

²¹²¹V. Nicole MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*

l'audience du côté patronal « *ne se contente pas de transposer l'idéal démocratique au secteur économique mais permet de l'ordonner* »²¹²², la question du « poids » du votant ne peut être éludée. Pour autant, l'auteur ne prend pas parti sur ce point voyant un risque de contestation de la légitimité et du bien-fondé d'un « *suffrage censitaire* » qui serait basé sur le chiffre d'affaires des entreprises afin de tenir compte de leur poids économique mais également un inconvénient à retenir le critère des effectifs salariés « *qui pourrait conduire à une sous-représentation ou à une surreprésentation de certains secteurs suivant qu'ils font ou non appel à une main d'oeuvre conséquente* »²¹²³. Par ailleurs, outre que le critère des effectifs ne rend pas compte du poids économique d'une entreprise, l'auteur estime qu'il serait « *quelque peu paradoxal, pour un employeur, de devoir sa représentativité à ses salariés !* »²¹²⁴. Quoiqu'il en soit, Nicole Maggi-Germain proposait de renforcer le seuil minimum d'audience en le portant 15 %, au lieu des 8 % retenus pour les organisations de salariés au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel²¹²⁵, là encore en raison des effets attachés à la reconnaissance de la représentativité des organisations d'employeurs sur la structuration des secteurs de l'économie. Des élections spécifiques de représentativité patronale seraient ainsi organisées au niveau de la branche en utilisant le cadre institutionnel de la commission paritaire de branche mais il en irait différemment au niveau national et interprofessionnel où les élections prud'homales serviraient également à mesurer l'audience des organisations professionnelles d'employeurs afin de ne pas démultiplier les scrutins. Dans ce dernier cas, le vote s'effectuant par sections (industrie, commerce, agriculture, activités diverses), aurait « *vocation à être représentative, toutes catégories confondues, l'organisation ayant obtenu au moins 15 % des voix dans chaque section* » et « *à défaut, sa représentation ne serait que catégorielle* »²¹²⁶.

Cette proposition avait à son tour le mérite de fonder la représentativité patronale sur des règles quasiment identiques à celle des organisations syndicales de salariés, y compris le

²¹²²Nicole MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*, p.1078.

²¹²³*Ibidem.*

²¹²⁴*Ibid.*

²¹²⁵V. C. trav., art. L. 2122-5 et L. 2122-9.

²¹²⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*, pp.1078-1079.

recours à un système électif, tout en proposant une forme de solution au problème de la représentativité des différentes organisations patronales présentes au niveau national²¹²⁷...

Il convient de citer, enfin, une étude de l'Institut Montaigne, intitulée « *10 propositions pour refonder le patronat* »²¹²⁸, dans laquelle ses auteurs estimaient au contraire qu'il était préférable de se fonder sur l'adhésion et non sur l'élection pour mesurer l'audience des organisations patronales²¹²⁹. La raison de ce choix, « *plus légitime, plus adapté et plus réaliste dans le cas des organisations patronales* »²¹³⁰, s'explique, selon l'Institut, par l'importance de l'enjeu que revêt l'acte d'adhésion d'un employeur dans le système français. En effet, par l'adhésion à une organisation patronale, l'employeur s'engage à appliquer les accords collectifs négociés par ses représentants. Les auteurs rappellent qu'il s'agit là d'une « *distinction fondamentale avec les organisations de salariés qui ne négocient pas au bénéfice exclusif de leurs adhérents* »²¹³¹. La légitimité des organisations patronales serait donc « *plus fortement liée au nombre d'adhésions qui traduit la délégation d'un mandat pour négocier* »²¹³². Cette logique de l'adhésion serait au demeurant renforcée par le fait que les rapports entre les employeurs et leurs organisations représentatives « *sont plus fortement fondés que pour les syndicats de salariés sur une logique de service et de participation à une vie associative : les entreprises adhèrent pour avoir accès à des ressources (informations, appui juridique, accès à un réseau)* »²¹³³. Rejetant ainsi l'élection en tant que « *fausse bonne idée* »²¹³⁴ (contrairement à

²¹²⁷ Sans reprendre le critère supplémentaire d'une représentativité simultanée dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, exigé par l'article L. 2122-9 du Code du travail pour la reconnaissance de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau national et interprofessionnel, la proposition établissait malgré tout une forme de sélection entre les organisations patronales présentes au niveau national puisque seules certaines d'entre elles avaient statutairement la capacité de présenter des candidats dans l'ensemble des sections... Moins « uniforme » que le projet des Professeurs Teyssié, Césaro et Martinon qui se fondait uniquement sur la taille des entreprises sans établir d'autres distinctions entre les différents types d'organisations présentes au niveau national, la proposition de Madame Maggi-Germain n'en contenait pas moins une solution pour les organisations patronales du hors champ qui, présentes dans la section agriculture ou activités diverses, se voyaient reconnaître une représentativité catégorielle au niveau national...

²¹²⁸ Note rédigée par Gérard Adam, professeur émérite au CNAM, Eric Aubry, ancien conseiller social du Premier ministre François Fillon et Jérôme Marchand-Arvier, maître de conférences en questions sociales à l'Institut d'Études Politiques de Paris, juin 2013, <http://www.institutmontaigne.org/>

²¹²⁹ Opinion également partagée par Sylvain Niel (V. Sylvain NIEL, « La représentativité patronale en débat », *SSL* 2013, n°1590-1591, p.7).

²¹³⁰ Institut Montaigne, note préc., p.9.

²¹³¹ *Ibidem*. Nous rappelons qu'en effet, l'article L. 2254-1 du Code du travail étend automatiquement les effets de la convention à tout le personnel dont l'employeur est lié par la convention, y compris donc aux salariés non membres des syndicats signataires (V. étude 31 supra). A l'inverse, l'affiliation de l'employeur à l'organisation patronale est indispensable pour que la convention ou l'accord conclu par cette organisation lui soit applicable (V. Cass. soc., 10 févr. 1960, n° 58-40.314 ; Cass. soc., 7 nov. 1973, n° 72-40.456 ; supra note n°525). Le caractère obligatoire de l'application de l'accord collectif pour tous les membres des organisations ou groupements signataires est par ailleurs expressément indiqué à l'article L. 2262-1 du Code du travail.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *Ibid.*

²¹³⁴ *Ibid.*

la mesure de l'audience des organisations syndicales de salariés pour laquelle ce choix s'imposait), les auteurs n'en conviennent pas moins que le problème des adhésions multiples, fréquentes dans le monde patronal²¹³⁵, devra être résolu en définissant une règle garantissant que l'adhésion d'une entreprise (ou d'un syndicat de base) ne puisse être comptabilisée qu'une fois pour mesurer la représentativité des différentes organisations d'employeurs auxquelles elle adhère²¹³⁶. Par ailleurs, en raison du poids différent que représente l'adhésion d'une entreprise selon sa taille ou son importance économique, les auteurs proposent de prendre en compte trois critères de pondération (nombre d'entreprises, effectifs de ces entreprises et poids économique, mesuré par le chiffre d'affaires ou la valeur ajoutée) en les assortissant de seuils d'audience renforcés fixés à 15 ou 20 %²¹³⁷. L'organisation, qui aurait au préalable justifié des autres critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail (dont l'application aux organisations patronales devrait être précisée plus explicitement), devrait atteindre ces seuils dans au moins deux critères de pondération sur trois pour être reconnue représentative. Pour le niveau national et interprofessionnel, ces critères d'audience « *devraient être satisfaits par une présence dans un nombre suffisant de secteurs d'activité (services, construction, industrie et commerce)* »²¹³⁸. Par ailleurs, une implantation équilibrée sur le territoire pourrait également être exigée. Enfin, une « *représentativité "atténuée"* » pourrait être reconnue à des organisations d'employeurs qui n'atteindraient pas les niveaux d'audience exigés, mais dont la prise en compte serait « *notamment justifiée par la diversité du monde patronal et la spécificité de certains secteurs économiques* »²¹³⁹. Une telle logique permettrait notamment, selon les auteurs, que des organisations qui sont pas reconnues comme représentatives au niveau national interprofessionnel puissent néanmoins participer aux travaux de certaines instances nationales ou être consultées en amont sur les négociations nationales interprofessionnelles²¹⁴⁰...

²¹³⁵V. infra.

²¹³⁶Les auteurs indiquent qu'il conviendra de définir une règle de « *répartition du "mandat" entre les structures* » sans pour autant l'explicitier (note préc., p.10) ; *adde* Sylvain NIEL, « La représentativité patronale en débat », *SSL* 2013, n°1590-1591, p.7 et spéc. p.10.

²¹³⁷A l'instar de Madame Maggi-Germain, le seuil de 8% appliqué aux organisations de salariés apparaît trop bas pour les auteurs en raison de l'importance que revêt la reconnaissance de la représentativité patronale sur le périmètre des branches et donc le champ des conventions et accords collectifs.

²¹³⁸Institut Montaigne, note préc., p.11.

²¹³⁹*Idem*, p.12.

²¹⁴⁰Les auteurs citant expressément l'USGERES représentant l'économie sociale et l'UNAPL représentant les professions libérales (p.12).

Ces propositions très inspirantes (qui s'appuyaient notamment sur les réflexions engagées au sein du Centre d'analyse stratégique selon les auteurs), formulées en juin 2013, ont été contemporaines des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 5 mars 2014²¹⁴¹.

B. Les travaux préparatoires

369. Mobilisant la classe politique (1), la nécessité de clarifier les règles de la représentativité patronale a donné lieu à la mise en œuvre d'une concertation préalable comme l'exige l'article L. 1 du Code du travail (2). S'appuyant sur les résultats de cette concertation, un rapport de la Direction générale du travail, entièrement dédié à cette question, a ensuite nourri l'esprit et la lettre de la réforme (3).

1- Les engagements politiques

370. Une question transpartisane. Dans sa déclaration de politique générale du Gouvernement faite en application de l'article 49, alinéa premier, de la Constitution, le 24 novembre 2010, le Premier ministre François Fillon avait indiqué : « *La loi du 20 août 2008, relative à la rénovation du cadre de représentativité, a amorcé un changement du paysage syndical. Ce sera la clé d'un nouveau réformisme social que je suis prêt, avec Xavier Bertrand, à soutenir de toutes mes forces. Mais la prochaine étape devra être la révision des règles de la représentativité patronale* »²¹⁴². La nécessité de clarifier les règles de la représentativité patronale, qui avait agité les bancs de l'Assemblée Nationale et du Sénat lors des votes des lois du 31 janvier 2007 et du 20 août 2008²¹⁴³, semblait donc également faire consensus au sein de la classe politique. Transcendant l'alternance politique, le sujet est repris par le Président de la République, François Hollande, et son gouvernement lors de rencontres organisées avec les huit organisations syndicales de salariés et d'employeurs reconnues alors comme représentatives au niveau national et interprofessionnel (CGT, CFDT, FO, CFTC, CGC et MEDEF, CGPME,

²¹⁴¹L'Institut formulait également d'autres propositions notamment sur l'amélioration de la transparence financière des organisations patronales qui sera un des sujets de la loi du 5 mars 2014.

²¹⁴²François FILLON, Déclaration de politique générale, Ass. Nat., 24 nov. 2010, JORF (A.N.) 25 nov. 2010, p. 8729.

²¹⁴³V. supra chap. I.

UPA) afin d'évoquer « *notamment les questions liées à la démocratie sociale et à la place du dialogue social* »²¹⁴⁴.

371. Une feuille de route. Ces échanges préalables nourrissent les travaux de « La grande conférence sociale » tenue à l'initiative de la Présidence de la République les 9 et 10 juillet 2012 au Palais d'Iéna à Paris et réunissant des représentants des organisations syndicales, d'employeurs et des collectivités territoriales. Présentée comme « *la marque du nouvel état d'esprit que souhaitent insuffler le Chef de l'Etat et le Gouvernement dans la conduite des réformes et des relations sociales* »²¹⁴⁵, la grande conférence sociale identifie parmi les chantiers prioritaires à mener celui du renforcement de la légitimité des acteurs du dialogue social, qui est ensuite repris dans une « feuille de route sociale » synthétisant les « *travaux de la grande conférence [...] ainsi que de tous les échanges qui les ont précédés* »²¹⁴⁶. Etablie « à l'horizon de la fin 2013 », la feuille de route fournit, outre des constats et objectifs « *pour l'essentiel partagés* »²¹⁴⁷, des éléments de méthode et de calendrier. Il est ainsi prévu qu'« *un bilan sera engagé au 2ème semestre 2013 sur la réforme de la représentativité syndicale, au vu des travaux conduits sous l'égide du Haut conseil du dialogue social [créé par la loi du 20 août 2008]* » et que « *la question de la représentativité patronale sera abordée, selon des modalités à définir sur la base des propositions à venir des organisations représentatives d'employeurs* »²¹⁴⁸.

2- La concertation préalable

372. Position commune. Invitées à proposer elles-mêmes des pistes de réforme, les trois organisations d'employeurs reconnues alors comme représentatives au niveau national et interprofessionnel, à savoir le MEDEF, la CGPME et l'UPA, rendent publique le 19 juin 2013, veille de la deuxième grande conférence sociale tenue les 20 et 21 juin 2013, une position commune sur la représentativité patronale²¹⁴⁹. Etabli sans les organisations syndicales de salariés - contrairement à la position commune du 9 avril 2008 qui avait précédé la réforme de

²¹⁴⁴Feuille de route sociale, juil. 2012, p.3.

²¹⁴⁵*Idem*, p.2.

²¹⁴⁶*Idem*, p.3.

²¹⁴⁷*Ibidem*.

²¹⁴⁸*Idem*, p.6.

²¹⁴⁹V. JCP S 2013, act. 309 ; Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.13 et p.86 (annexe n°2).

la représentativité syndicale - le texte indique que « *l'élément fédérateur qui préside au regroupement d'entreprises au sein d'organisations patronales est leur activité économique, que celle-ci soit exprimée en termes de produits fabriqués, de services rendus ou de matières premières travaillées* »²¹⁵⁰. C'est donc « *nécessairement* », estiment les trois organisations, « *au sein de ces champs d'activité économique que doit être appréciée la représentativité d'une organisation patronale de branche* »²¹⁵¹. La finalité même des accords collectifs de travail soumis à l'extension exige que la représentativité s'apprécie au regard d'une activité économique donnée, selon les signataires. Ces accords ont en effet pour objet, d'une part, de garantir une égalité de traitement à des salariés exerçant les mêmes métiers et d'éviter, d'autre part, une concurrence déloyale entre entreprises par le biais d'un dumping social. Les trois organisations « pré-labellisées » en déduisent qu'« *au niveau national interprofessionnel, la représentativité des organisations nationales interprofessionnelles doit donc s'apprécier dans le champ d'activité économique couvert par leurs adhérents, à savoir l'industrie, le commerce, la construction et les services* »²¹⁵². La représentativité nationale et interprofessionnelle doit ainsi « *prendre en compte l'adhésion des entreprises au travers d'organisations de branches ou de secteurs professionnels relevant de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, ainsi que celle d'entreprises sur l'ensemble du territoire national* »²¹⁵³. Après avoir défini ce cadre d'appréciation, la position commune liste les critères qu'il convient de retenir pour apprécier la représentativité : l'ancienneté ; l'influence, caractérisée par l'activité et l'expérience ; la transparence financière, assurée par la publication de comptes certifiés annuels ; l'indépendance ; le respect des valeurs républicaines ; l'implantation géographique et professionnelle ; la mesure de l'audience à partir des adhésions, appréciée en fonction d'une pondération du poids des entreprises adhérentes²¹⁵⁴. L'adhésion - et non l'élection - est donc retenue comme système de mesure de l'audience patronale mais avec une pondération du poids des entreprises adhérentes. Sur ce dernier critère, les signataires mettent en effet l'accent sur la capacité qu'ont les organisations représentatives à engager des entreprises non adhérentes par la signature d'accords collectifs étendus. Ainsi, s'il est indispensable de prendre en compte le nombre d'entreprises adhérentes, il convient toutefois de requérir de l'organisation candidate à la représentativité la justification de son poids réel, au travers de ses adhérents, au sein du champ d'activités dans lequel elle intervient. S'agissant de la mesure de la représentativité, les

²¹⁵⁰Position commune MEDEF, CGPME, UPA, 19 juin 2013, art. I (Principes).

²¹⁵¹*Ibidem.*

²¹⁵²*Ibid.*

²¹⁵³*Ibid.*

²¹⁵⁴V. Position commune préc., art. II (Critères).

signataires indiquent que « *l'appréciation du poids de l'organisation doit se faire en relation avec les autres critères de la représentativité* »²¹⁵⁵ mais ils ne se prononcent pas davantage sur cette question, annonçant qu'ils « *poursuivront leurs travaux en lien avec les autres acteurs concernés, notamment en ce qui concerne le hors champs sur les modalités de cette appréciation, qui devra viser en particulier à privilégier la réalité du dialogue social* »²¹⁵⁶.

Prenant acte, lors de la deuxième conférence sociale, de cette position commune « *exprimée par les organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel concernant la représentativité patronale* », le Gouvernement souligne qu'elle « *pose un socle de principes dont la déclinaison opérationnelle appelle un travail complémentaire de la part de ces organisations patronales, en particulier s'agissant de l'articulation avec les autres organisations (« hors champ »), de l'application au niveau des branches professionnelles et de l'incidence sur l'appréciation de la validité juridique des accords* »²¹⁵⁷. Il est indiqué, à cette occasion, que « *le Ministre chargé du dialogue social confiera au Directeur Général du Travail la mission de faciliter ce travail complémentaire et de proposer au Gouvernement les mesures d'évolution du droit nécessaires pour en assurer la mise en œuvre effective dans un cadre juridique sécurisé* »²¹⁵⁸.

373. Un problème de forme. Au-delà du fond, la question de l'organisation de la phase de concertation a pu poser certaines questions de forme. En effet, l'article L. 1 du Code du travail était applicable en l'espèce puisque la détermination des règles de la représentativité patronale nécessitait une réforme législative d'ensemble qui affectait les relations de travail. La CGT s'est dès lors émue auprès du ministre du Travail qu'une suite soit envisagée à l'expression commune des trois organisations patronales sans que les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel aient été associées conformément aux dispositions de la loi du 31 janvier 2007²¹⁵⁹. Dans un courrier adressé quelques jours après aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives

²¹⁵⁵Position commune préc., art. III (Mesure de la représentativité).

²¹⁵⁶*Ibidem*.

²¹⁵⁷Feuille de route sociale, juin 2013, p.6.

²¹⁵⁸*Ibidem*.

²¹⁵⁹V. Lettre du 24 septembre 2013 de M. Thierry Lepaon, Secrétaire général de la CGT, au ministre du travail sur la représentativité patronale (in Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°3, p.89). La CGT indiquait avoir eu connaissance de la lettre de mission adressée par le ministre au directeur général du travail, qui confirmait l'intention de rendre « *opérationnels et sécurisés en droit* » les principes dégagés par la position commune après un travail complémentaire mené en étroite concertation avec les organisations patronales concernées (Lettre de mission du 27 juin 2013 adressée par Michel Sapin, Ministre du Travail, à Jean-Denis Combexelle, Directeur Général du Travail, Rapport préc., annexe n°1, p.84).

au niveau national et interprofessionnel, le ministre indiquera son intention d'organiser des rencontres bilatérales afin de recueillir la position de chaque organisation « *quant au souhait éventuel d'ouvrir une négociation interprofessionnelle* » sur certains sujets mentionnés par la feuille de route issue de la deuxième grande conférence sociale des 20 et 21 juin 2013 nécessitant une évolution législative²¹⁶⁰. Malgré un refus des organisations patronales concernées d'engager toute négociation, il sera toutefois admis que le courrier du ministre permettait de « *constater que l'exigence formelle de l'article L. 1 du Code du travail est remplie* »²¹⁶¹...

Bien que techniquement justifiable²¹⁶², ce processus asymétrique de concertation préalable à l'adoption des lois du 20 août 2008 et du 5 mars 2014 sera soulevé lors des débats à l'Assemblée Nationale²¹⁶³, le député du Nord, Francis Vercamer, soulignant à propos de la position commune du 19 juin 2013 signée par les seules organisations patronales admises jusqu'alors comme représentatives au niveau national et interprofessionnel : « *Autrement dit, les organisations déjà représentatives ont décidé de la manière dont elles pourront être représentatives demain* »²¹⁶⁴...

²¹⁶⁰Lettre du 27 septembre 2013 de Michel Sapin, Ministre du Travail, aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel (in Jean-Denis COMBEXELLE, Rapport préc., annexe n°4, pp.90-91).

²¹⁶¹Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.72 ; *adde* « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP G* 2015, doctr., 235, spéc. pp.382-383.

²¹⁶²Pour justifier la poursuite du projet gouvernemental, le ministre relèvera dans un courrier du 14 novembre 2013 qu'il n'y avait pas de volonté partagée pour l'ouverture d'une négociation interprofessionnelle sur la représentativité patronale : seules deux organisations syndicales de salariés avaient formellement demandé l'ouverture d'une telle négociation, aucune organisation patronale n'ayant formulé une telle demande (V. « *La négociation collective en 2013* », Bilans et rapports, Ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social, Paris 2014, p.194).

²¹⁶³V. notamment l'intervention du député Jean-Marc Germain lors débats sur le projet de loi réformant la représentativité patronale souhaitant que cette dernière soit définie par un accord interprofessionnel à l'instar de la démarche suivie pour la représentativité syndicale (Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1570). Nous rappelons que si le processus de concertation et de négociation préalable à la loi du 20 août 2008 n'a pas donné lieu à la conclusion d'un ANI, il s'est toutefois concrétisé par l'adoption d'une position commune des organisations patronales et syndicales, signée le 9 avril 2008 par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT (V. notamment Antoine BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social », *Dr. soc.* 2008, p.823 ; autres références : V. supra note n°252).

²¹⁶⁴Francis VERCAMER, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1571 (débat préalable à l'adoption de la loi du 5 mars 2014).

3- Le rapport sur la réforme de la représentativité patronale

374. Travail complémentaire. Rappelant que le Gouvernement a « *pris acte de la position commune des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel* », tel que l'indiquait la feuille de route sociale²¹⁶⁵, la lettre de mission adressée par le ministre du Travail, Michel Sapin, au Directeur Général du Travail, Jean-Denis Combrexelle, confie à ce dernier le soin d'établir un rapport devant être présenté pour le mois d'octobre 2013²¹⁶⁶. Un « *travail complémentaire* » aux propositions émises par les organisations patronales est ainsi demandé afin de préciser « *avec elles* »²¹⁶⁷, un certain nombre de points : les critères de la représentativité patronale aux niveaux de la branche et de l'interprofession (avec une attention particulière au critère de l'audience tant dans sa définition que son calcul) ; les conditions et modalités de la reconnaissance de la représentativité ; les conditions de validité des accords collectifs de branche et des accords nationaux et interprofessionnels ; les modalités d'entrée en vigueur dans le temps de la réforme ; les conséquences sur les mandats au sein des principales instances de consultation des partenaires sociaux. Il est par ailleurs demandé au Directeur Général du Travail d'examiner la situation des champs traditionnellement exclus de la négociation interprofessionnelle ou de la représentation au niveau national (le « hors champ ») en auditionnant les organisations intéressées.

375. Reprise législative. Conformément à la mission qui lui avait été impartie, le Directeur Général du Travail remet son rapport au ministre du Travail le 23 octobre 2013²¹⁶⁸. Comme le soulignera plus tard ce principal artisan de la réforme, le rapport « *a été suivi par le Gouvernement qui très rapidement a présenté un projet de loi qui allait devenir la loi du 5 mars 2014* »²¹⁶⁹.

²¹⁶⁵V. étude 371 supra.

²¹⁶⁶Lettre de mission du 27 juin 2013 (V. supra note n°2159).

²¹⁶⁷*Idem.*

²¹⁶⁸V. JCP S 2013, act., 439 ; SSL 2013, n°1604, p.2.

²¹⁶⁹Jean-Denis COMBREXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », JCP G 2015, doct., 235, spéc. p.383. Le rapport Combrexelle constitue en effet « *la source d'inspiration principale* » des dispositions de la loi du 5 mars 2014 relatives à la représentativité patronale (Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs, p.26).

§ 2. Une volonté d'alignement avec la représentativité salariale

376. Adoption. Ambitionnant de réformer « *le cadre de la démocratie sociale* »²¹⁷⁰, le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale est définitivement adopté par le Parlement le 27 février 2014 et la loi n°2014-288 du même nom est promulguée le 5 mars 2014, puis publiée au journal officiel le lendemain²¹⁷¹. Comme le précise l'exposé des motifs, le texte crée « *pour la première fois un cadre juridique pour la représentativité patronale, sujet qui n'avait pas été traité par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail en même temps que la représentativité syndicale* »²¹⁷². De l'aveu même du législateur, la loi du 20 août 2008 relative à la représentativité syndicale ne concernait donc que les organisations de salariés malgré une application « par défaut » des critères définis par cette dernière aux organisations patronales en cas de contestation de leur représentativité²¹⁷³. L'article 29 de la loi du 5 mars 2014 met fin à cette lacune en complétant le livre I^{er} de la deuxième partie du code du travail par un titre V intitulé « Représentativité patronale », comportant un chapitre I^{er} consacré aux « Critères de représentativité » et un chapitre II aux « Organisations professionnelles d'employeurs représentatives »²¹⁷⁴.

Bâtie sur un principe de symétrie entre les deux représentativités²¹⁷⁵, la loi du 5 mars 2014 réaffirme certains principes édictés par la loi du 20 août 2008 (A) et définit un « *tronc*

²¹⁷⁰Communiqué de presse en Conseil des ministres du 22 janvier 2014, archives Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, 2012-2014, <http://archives.gouvernement.fr>.

²¹⁷¹V. supra note n°3. Il est à noter que la loi n'a pas fait l'objet d'une saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel (La question de la conformité constitutionnelle de certaines dispositions sera toutefois évoquée ultérieurement lors d'une QPC, V. infra).

²¹⁷²Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs, p.5. Comme l'indique son intitulé, la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale comporte des dispositions sur trois thèmes, que la version définitive du texte organise en deux titres : la formation professionnelle et l'emploi (Titre I^{er}), qui intègre la transposition de l'ANI du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle (V. *JCP S* 2014, act., 19), et la démocratie sociale (Titre II). Dans ce dernier volet - qui intéresse plus particulièrement notre étude - la loi fixe les règles de la représentativité patronale, tout en procédant à quelques ajustements destinés à consolider les règles applicables à la représentativité syndicale, conformément au bilan dressé par le HCDS sur les dispositions de la loi du 20 août 2008 (nous ne développerons pas ces ajustements qui ne modifient pas les dispositions de la loi du 20 août 2008 que nous avons évoquées supra). La loi comporte également, dans son volet « démocratie sociale », une réforme des règles de financement des organisations syndicales et patronales (V. infra), ainsi que des dispositions visant à améliorer la transparence des comptes des comités d'entreprise. Pour une présentation globale de la loi : Jean-Denis COMBRESSELLE, « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, 1156 ; Bernard TEYSSIÉ, « La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 : variations sur l'efficacité », *JCP S* 2014, 1157.

²¹⁷³V. supra chap. I.

²¹⁷⁴Le Livre I intitulé « Les Syndicats professionnels » de la deuxième partie du Code du travail consacrée aux relations collectives de travail (V. supra note n°1) comporte désormais cinq titres : « Champ d'application » (titre I), « Représentativité syndicale » (titre II) ; « Statut juridique, ressources et moyens » (titre III) ; « Exercice du droit syndical » (titre IV) ; Représentativité patronale (titre V).

²¹⁷⁵V. étude 36 supra.

commun »²¹⁷⁶ de critères identiques à ceux de la représentativité des organisations syndicales de salariés (B).

A. Des principes communs

377. Dans la logique de symétrie avec la loi du 20 août 2008, la loi du 5 mars 2014 établit un régime de représentativité montante (1) et déterminée en amont (2).

1- Une représentativité montante

378. Comme le souligne le rapport Combrexelle : « *Dans un système de représentativité ascendante, la représentativité au niveau supérieur (branche, national et interprofessionnel) est déterminée à partir de celle établie au niveau inférieur (entreprises, branches) : la mesure d'audience au niveau national et interprofessionnel est ainsi le résultat de l'agrégation des audiences enregistrées au niveau des branches professionnelles, lesquelles sont issues de celles des entreprises* »²¹⁷⁷. Ce système s'oppose à celui d'une représentativité descendante, dans lequel la représentativité établie au niveau supérieur détermine celles des niveaux inférieurs et dont l'arrêté du 31 mars 1966 concernant les organisations de salariés était une parfaite illustration²¹⁷⁸. Or, la loi du 20 août 2008 a supprimé le système de représentativité présumée dont bénéficiaient dans une logique descendante les syndicats affiliés aux cinq confédérations salariales visées par l'arrêté de 1966²¹⁷⁹, au profit d'une représentativité démontrée et ascendante reposant sur une mesure d'audience résultant de l'addition des suffrages électoraux

²¹⁷⁶Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.50.

²¹⁷⁷*Idem*, p.40.

²¹⁷⁸V. étude 29 supra.

²¹⁷⁹Nous rappelons que la loi du 20 août 2008 avait instauré un régime transitoire et subsidiaire de survie de ce système jusqu'en 2017 (V. supra note n°256).

aux différents niveaux d'appréciation de cette représentativité²¹⁸⁰. Dès lors, la question de l'application de ce principe aux organisations patronales se posait²¹⁸¹.

Recommandée par les organisations patronales elles-mêmes²¹⁸², un mécanisme de représentativité montante a paru correspondre aux « *caractéristiques du monde patronal* » au sein duquel « *l'adhésion des entreprises puis des organisations professionnelles est la clef de voûte du système* »²¹⁸³.

2- Une représentativité déterminée en amont

379. Ex ante. Dans le droit positif antérieur, la représentativité des organisations d'employeurs était acquise tant qu'elle n'était pas contestée. Parallèlement, de nouvelles organisations pouvaient saisir l'administration ou le juge en vue de faire établir leur représentativité²¹⁸⁴. La représentativité était ainsi appréciée *ex post* à l'occasion d'un litige ou d'une demande de reconnaissance de représentativité²¹⁸⁵. Or, la loi du 20 août 2008 a mis en place un système de reconnaissance *ex ante* dans lequel la représentativité est déterminée en amont à une date donnée. Comme nous l'avons précisé, ce système se matérialise par une mesure d'audience effectuée tous les quatre ans qui débouche sur la publication d'arrêtés

²¹⁸⁰V. supra note n°260.

²¹⁸¹Nous rappelons que le système de représentativité présumée n'était pas applicable aux organisations d'employeurs, les juges administratif et judiciaire ayant dénié toute présomption de représentativité dans les branches aux confédérations patronales (V. étude 331 supra). Pour autant, une forme de représentativité par affiliation avait pu être admise pour les organisations locales sur la base d'une interprétation des dispositions de l'article L. 2121-2 du Code du travail relatif aux enquêtes de représentativité (V. étude 338 supra). La rédaction de l'article L. 2121-2 du Code du travail n'ayant pas été modifiée, ni par la loi du 20 août 2008, ni par celle du 5 mars 2014, une interrogation demeure à notre sens. En effet, l'article L. 2121-2 du Code du travail dispose : « *S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête* ». Ces dispositions visant aussi bien les organisations professionnelles d'employeurs que les organisations syndicales de salariés, le Conseil d'Etat en avait déduit que l'affiliation à une organisation représentative au niveau national suffisait à conférer le caractère d'organisation représentative aux organisations patronales, sans qu'il soit besoin de diligenter une enquête de représentativité (V. supra note n°1953). Si l'on pouvait légitimement s'interroger sur la pérennité de cette solution après le vote de loi du 20 août 2008 instaurant une représentativité désormais fondée sur l'audience électorale et non plus sur l'affiliation à une organisation représentative au niveau national, à une époque où les règles de détermination de la représentativité patronale n'étaient pas clairement fixées (V. Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. soc.* 2009, p.436), il semble que l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 instaurant à son tour une représentativité patronale démontrée et basée sur l'audience confirme cette interrogation.

²¹⁸²La position commune de la CGPME, du MEDEF et de l'UPA du 19 juin 2013 indique clairement en introduction qu'elle vise à établir « *Une représentativité "montante" fondée sur l'adhésion des entreprises* ».

²¹⁸³Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.40.

²¹⁸⁴V. supra chap. I.

²¹⁸⁵Nous rappelons que cette question pouvait se poser dès le stade de la convocation des organisations amenées à composer la commission paritaire chargée de négocier les accords susceptibles d'extension (V. étude 99 supra).

ministériels fixant la liste des organisations représentatives au niveau de chaque branche d'activité, ainsi qu'au niveau national interprofessionnel pour la durée du cycle²¹⁸⁶. Le principe de symétrie affiché dans les objectifs de la réforme commandait, à n'en pas douter, de retenir un système reposant sur la même temporalité que les organisations de salariés en matière d'établissement de la représentativité²¹⁸⁷. De cette manière, des arrêtés ministériels définiraient, tous les quatre ans, pour chaque branche et pour le niveau national et interprofessionnel, la liste d'une part des organisations syndicales, d'autre part des organisations d'employeurs, qui sont représentatives dans le champ considéré. Dans cette logique, la loi de 2014 est venue réaffirmer, pour la partie patronale, le principe posé en 2008 d'une représentativité établie en amont (ou *ex ante*) tous les quatre ans et formalisée par un acte.

380. Mise en oeuvre. Pour respecter les échéances courant depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, la loi du 5 mars 2014 a prévu que la première mesure de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs au niveau des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel serait réalisée à compter de l'année 2017, année au cours de laquelle ont été publiés les arrêtés ministériels issus du second cycle de la représentativité syndicale²¹⁸⁸. Par conséquent, les nouvelles règles d'établissement de la représentativité patronale ont été mises en oeuvre de façon effective à compter de 2017²¹⁸⁹.

²¹⁸⁶V. notamment étude 343 supra. On peut considérer que l'ancien système de représentativité présumée des cinq confédérations salariales et de leurs syndicats affiliés correspondait également à une reconnaissance *ex ante* de la représentativité. Fixée par l'arrêté du 31 mars 1966, la représentativité de ces syndicats était en effet acquise en amont et découlait de cet acte réglementaire, dont la portée avait été étendue à la quasi-totalité des domaines des relations collectives de travail (V. étude 29 supra). Pour autant, ce système était réservé exclusivement aux organisations syndicales limitativement énumérées par l'arrêté de 1966, à l'exclusion des autres organisations qui devaient démontrer leur représentativité au niveau et au moment où elles prétendaient exercer leurs prérogatives. Enfin, dans le système instauré par la loi de 2008 et généralisé à toutes les organisations quelles qu'elles soient, l'appréciation *ex ante* de la représentativité est renouvelée tous les quatre ans, c'est-à-dire à une échéance précise (contrairement à la représentativité présumée qui était permanente).

²¹⁸⁷V. Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs, p.103.

²¹⁸⁸V. L. 5 mars 2014, art. 29 préc., dernier al..Le premier cycle quadriennal de mesure de l'audience des organisations syndicales de salariés organisé après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 s'est déroulé du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2012 avec une publication des résultats en 2013 (V. Commission nationale de la négociation collective, « *Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant* », 16 déc. 2013, p.32 et s.). Le deuxième cycle a commencé au 1^{er} janvier 2013 pour s'achever au 31 décembre 2016 avec une publication des résultats en 2017 (V. Ministère du Travail, « *Représentativité des organisations syndicales et professionnelles d'employeurs - Mise en œuvre de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale, de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant et de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* », Bilan du cycle 2013-2016, réalisé dans le cadre du Haut Conseil du dialogue social, p.18 et s.).

²¹⁸⁹V. supra note n°1703.

381. Enquêtes. En établissant la représentativité en amont pour une durée de quatre ans²¹⁹⁰, la loi du 5 mars 2014 sécurise le contentieux de l'extension. La convocation par le ministre des organisations amenées à négocier les accords extensibles est en effet simplifiée puisque ces organisations, tant du côté salarial que patronal, sont désormais clairement identifiées en amont via un arrêté ministériel et siègent de façon permanente au sein de la CPPNI²¹⁹¹. Le risque d'un contentieux au stade de la convocation de la commission se trouve ainsi largement réduit²¹⁹².

Une question s'est posée malgré tout sur la possibilité pour une organisation salariale ou patronale de voir sa représentativité établie à un autre moment que l'échéance quadriennale de mesure de l'audience.

En effet, la rédaction de l'article L. 2121-2 du Code du travail relatif aux enquêtes de représentativité n'a pas été modifiée par les lois du 20 août 2008 et du 5 mars 2014²¹⁹³. Le Conseil d'Etat en a déduit, dans un premier temps, que cette disposition n'était pas nécessairement privée de portée par la réforme de 2008, en soulignant par l'intermédiaire de son rapporteur public que *« l'on peut imaginer des événements susceptibles d'en justifier l'usage entre deux mesures de l'audience, tenant au paysage syndical ou à l'architecture des branches, ou en raison de ce que l'audience n'est finalement que l'un des nouveaux critères de représentativité (aux côtés de la transparence, de l'ancienneté, etc.) et que l'on peut imaginer une évolution de la situation au regard des autres critères »*²¹⁹⁴. Le Conseil d'Etat a ensuite jugé, dans le cadre des dispositions de la loi du 5 mars 2014, que : *« sans préjudice de l'application des règles d'appréciation de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs propres aux accords interbranches ou aux accords de fusion de branches, le ministre chargé du travail est compétent pour, s'il y a lieu, arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y*

²¹⁹⁰Sous réserve de nos développements sur l'intangibilité de la représentativité patronale durant les quatre années du cycle de mesure de l'audience (V. infra).

²¹⁹¹V. étude 99 supra.

²¹⁹²Les arrêtés quadriennaux de représentativité sont toutefois susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir et la contestation de la représentativité sera, quoiqu'il en soit, toujours possible à l'occasion de l'extension (V. infra).

²¹⁹³V. supra note n°2181. Ce texte dispose, nous le rappelons : *« S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête »*.

²¹⁹⁴CE, 30 mars 2016, n°384903 et 384904, Lebon 2016, concl. Jean LESSI. Le Conseil d'Etat a considéré : *« Lorsqu'elle est saisie par une organisation d'une demande d'enquête portant sur la représentativité d'une autre organisation, en vue de contester la faculté pour celle-ci de participer à la négociation d'un accord ou d'une convention, c'est sous le seul contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation, que l'autorité administrative décide, notamment au vu des éléments qui lui sont présentés et de l'intérêt général qui s'attache au bon déroulement de la négociation collective, s'il y a lieu de donner suite à cette demande »*.

*compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une " branche professionnelle " au sens de l'article L. 2152-6 du code du travail »²¹⁹⁵. Rendue notamment au visa de l'article L. 2121-2 du Code du travail relatif aux enquêtes, cette solution a été reprise *in extenso* par la Cour de cassation à propos de la représentativité des organisations syndicales de salariés²¹⁹⁶, tout en la complétant par la précision suivante : « Dès lors, les partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un champ professionnel qui n'a pas donné lieu à l'établissement d'une liste des syndicats représentatifs par arrêté du ministère du travail en application de l'article L. 2122-11 du code du travail ou à l'issue d'une enquête de représentativité en application de l'article L. 2121-2 du même code doivent, avant d'engager la négociation collective, demander, dans les conditions précitées, à ce qu'il soit procédé à la détermination des organisations représentatives dans le champ de négociation pour s'assurer que toutes les organisations syndicales représentatives dans ce périmètre sont invitées à la négociation »²¹⁹⁷. Par cette décision, aux conséquences multiples, la Cour de cassation confirme tout d'abord l'analyse du Conseil d'Etat sur l'existence de « périmètres utiles » à la négociation en dehors des périmètres classiques de négociation tels que la branche. Ces périmètres n'ont, en toute logique, pas fait l'objet d'arrêtés de représentativité lors des campagnes quadriennales de mesure organisées aux différents niveaux de négociation conformément aux dispositions du Code du travail. La Cour de cassation explique d'ailleurs sa solution dans les termes suivants : « Il résulte ainsi de ces décisions complémentaires du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation qu'en l'état du droit positif, la notion de branche, à laquelle le législateur n'a jamais souhaité donner de définition ou de contour précis jusqu'à présent, n'est pas figée par les contours dessinés par les conventions collectives nationales signées au fil du temps sur certains périmètres par les partenaires sociaux. Il peut y avoir négociation collective utile sur un champ qui couvre, totalement, ou partiellement, plusieurs périmètres. Mais il faut alors que puisse être établie par le ministère du travail la liste des organisations patronales et syndicales représentatives et leur*

²¹⁹⁵CE, 4 nov. 2020, n°434518, *Lebon* 2020 ; *BJT* déc. 2020, n°114k4, p.44, note Florence BERGERON-CANUT.

²¹⁹⁶« Il résulte des dispositions combinées des articles L. 2121-1, L. 2121-2 et L. 2122-11 du code du travail que, sans préjudice de l'application des règles d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales propres aux accords interbranches ou aux accords de fusion de branches, le ministre chargé du travail est compétent pour, s'il y a lieu, arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations syndicales représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une « branche professionnelle » au sens de l'article L. 2122-11 du code du travail ».

²¹⁹⁷Cass. soc., 10 fév. 2021, *D.* 2021, p.289 ; *RJS* 2021, n°229 ; *RDT* 2021, p.329, obs. Sophie NADAL ; *Dr. soc.* 2021, p.346, étude Paul-Henri ANTONMATTEI, Laurianne ENJOLRAS, Christophe MARIANO ; *JCP G* 2021, 233, obs. Nathalie DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

*audience respective sur ce champ jusqu' alors non identifié »*²¹⁹⁸. La Cour indique ensuite la marche à suivre aux partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un tel périmètre : ils doivent, préalablement à l'engagement de la négociation, s'assurer que toutes les organisations représentatives dans ce périmètre seront invitées et leur audience respective établie ; à cette fin, ils devront demander au ministère du travail de fixer la liste de ces organisations représentatives par un arrêté de représentativité ou à l'issue d'une enquête en application de l'article L 2121-2 du Code du travail. Une enquête de représentativité est donc toujours possible et il n'y a ainsi pas d'obstacle à « *établir au fil de l'eau* » la représentativité d'une organisation, « *sans être contraint par le calendrier du cycle classique* »²¹⁹⁹. La Cour souligne toutefois que l'intervention du ministre du Travail est nécessairement préalable à l'ouverture de la négociation pour assurer la validité de cette dernière, confirmant en cela le principe d'une reconnaissance *ex ante* de la représentativité, même en dehors des échéances cycliques. Cette reconnaissance ministérielle concerne aussi bien les organisations syndicales que les organisations patronales puisque toutes les organisations représentatives dans le champ d'application de l'accord soumis à l'extension doivent être invitées à la négociation, selon une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat²²⁰⁰.

Au final, le Conseil d'Etat a confirmé, dans des termes relativement clairs, la portée, dans le droit positif actuel, des dispositions de l'article L. 2121-2 du Code du travail concernant la procédure d'enquête administrative de représentativité. Dans un premier arrêt du 6 avril 2022, le Conseil a indiqué : « *Il résulte de l'ensemble des dispositions citées aux points 2 à 4 [articles L. 2121-1, L. 2122-5, L. 2121-2, R. 2121-1, R. 2121-2, L. 2122-11 et R. 2122-3 du Code du travail] que si, en application de l'article L. 2122-11 du code du travail, il appartient au ministre chargé du travail d'arrêter périodiquement, à l'issue de chaque cycle électoral de quatre ans, la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans les branches professionnelles visées par ces dispositions, au vu, notamment, des résultats des élections professionnelles s'y étant tenues, le ministre chargé du travail est également compétent, en application de l'article L. 2121-2 de ce code, pour, s'il y a lieu, fixer, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations syndicales représentatives et leurs audiences respectives dans tout périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir. Par suite, en jugeant, à propos de chacune des deux décisions attaquées, que ni l'article L. 2121-2 du code*

²¹⁹⁸Notice explicative relative à l'arrêt n°213 du 10 février 2021 / Pourvoi n°19-13.383– Chambre sociale, <https://www.courdecassation.fr>.

²¹⁹⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, Laurianne ENJOLRAS, Christophe MARIANO, *op. cit.*

²²⁰⁰V. notamment étude 269 *supra*.

du travail, ni aucune autre disposition du code du travail ne donne compétence au ministre chargé du travail pour déterminer la représentativité des organisations syndicales dans le périmètre du personnel navigant technique (PNT) des entreprises de transport aérien, au motif que ce dernier ne constitue pas une branche professionnelle au sens de l'article L. 2122-11 du code du travail et que les modalités de cette détermination sont exclusivement régies, depuis la réforme de la représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, par les seules dispositions des articles L. 2122-5 et L. 2122-11 du code du travail, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit »²²⁰¹. Dans un second arrêt du même jour, les Hauts magistrats ont indiqué par ailleurs que cette solution, rendue dans un périmètre ne constituant pas une branche professionnelle au sens de l'article L. 2122-11 du Code du travail, était également applicable, nonobstant la clôture du cycle électoral, dans le champ d'une branche professionnelle, notamment lorsque celle-ci a été constituée postérieurement à la dernière mesure d'audience²²⁰².

Tout en reconnaissant que « *l'article L. 2121-2 porte les stigmates d'une rédaction antérieure à la réforme de 2008* », dont il résulte qu'il semble « *en apparence inapplicable* »²²⁰³ depuis la mise en œuvre d'une mesure d'audience effectuée tous les quatre ans à l'issue du cycle électoral, le Conseil d'Etat confirme l'usage de cette disposition dans l'état du droit issu de la réforme de 2008, comme il l'avait précédemment admis pour les organisations patronales dans un champ *sui generis* de négociation²²⁰⁴. Il étend par ailleurs cet usage à un cadre préétabli de négociation tel que la branche, à tout le moins lorsque cette dernière a été constituée postérieurement au cycle électoral²²⁰⁵. Transposable en toute logique à la partie patronale, puisque l'ensemble des organisations de la branche nouvellement créée devront être reconnues représentatives pour négocier des accords extensibles dans ce périmètre, cette dernière solution semble donc étendre la portée des enquêtes de représentativité à toutes les situations de

²²⁰¹CE, 6 avr. 2022, n°439658, *Lebon* 2022 ; *JCP S* 2022, act., 195 ; *AJDA* 2022, p.2213 ; *BJT* juin 2022, n°BJT201k2, p.29, note Christophe MARIANO.

²²⁰²V. CE, 6 avr. 2022, n°434612, *Lebon* 2022 ; *JCP S* 2022, act., 195 ; *BJT* juin 2022, n°BJT201k2, p.29, note Christophe MARIANO.

²²⁰³Raphaël CHAMBON, concl. sous CE, 6 avr. 2022, n°434612, p.11.

²²⁰⁴V. CE, 4 nov. 2020, préc. Nous rappelons que la Cour de cassation a transposé la solution aux organisations de salariés dans son arrêt du 10 février 2021 (V. supra note n° 2196).

²²⁰⁵Il s'agit, par cette décision, de sécuriser la négociation dans cette nouvelle branche sans attendre l'issue du nouveau cycle en cours (V. Raphaël CHAMBON, concl. préc, p.11).

reconnaissance de la représentativité²²⁰⁶. Il est ainsi confirmé que la représentativité des organisations salariales et patronales peut être établie au moyen d'une enquête administrative mise en œuvre en dehors de la procédure quadriennale de reconnaissance de la représentativité²²⁰⁷.

Enfin, le Conseil d'Etat tient compte de la décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 février 2021 - qui exige que la reconnaissance de représentativité intervienne avant d'engager la négociation collective - et soumet l'éventuel refus de l'administration de procéder à l'enquête à un plein contrôle du juge de l'excès de pouvoir, alors même que cette décision n'est encadrée par aucun critère légal²²⁰⁸.

²²⁰⁶La Cour administrative d'appel de Paris semblait avoir retenu une approche consistant à regarder comme parfaitement étanches deux dispositifs visant à reconnaître la représentativité : l'un propre aux branches, celui prévu à l'article L. 2122-11 du Code du travail, l'autre aux autres périmètres de négociation collective, régi par l'article L. 2121-2, cet article ne pouvant en aucun cas servir, selon la Cour, de fondement à la détermination de la représentativité des organisations syndicales dans une branche, même créée en cours de cycle électoral. Le Conseil d'Etat, suivant les conclusions de son Rapporteur public (V. concl. Raphaël Chambon, préc., pp.10-11), n'a pas retenu cette interprétation mais semble au contraire avoir confirmé l'usage général des enquêtes de représentativité, qu'il s'agisse d'établir cette dernière dans un périmètre *sui generis* de négociation ou dans une branche créée en cours de cycle électoral. Nous pouvons toutefois nous interroger sur la transposition de cette solution à l'échelon national et interprofessionnel où l'on peut difficilement considérer qu'une « nouvelle interprofession » se crée en cours de cycle...

²²⁰⁷Il est précisé que lors de l'enquête l'administration vérifiera que l'ensemble des critères de représentativité exigés par les lois de 2008 et de 2014 sont remplis. Ainsi, pour la mesure de l'audience électorale le calcul sera effectué comme pour les branches ne disposant pas d'un cycle électoral complet en se basant sur les résultats du premier tour des dernières élections des titulaires aux CSE et sur les suffrages des salariés des TPE et la représentativité sera déterminée par décision du ministre du Travail à l'issue d'une enquête de représentativité effectuée en application de l'article L. 2121-2 du Code du travail, méthode qui avait été déterminée par les partenaires sociaux dans le cadre du HCDS lors du premier cycle 2013-2016 (V. concl. Raphaël Chambon, préc., pp.11-12). Pour les organisations patronales, une mesure de l'adhésion (V. infra) devra également, en toute logique, être organisée spécifiquement dans le champ considéré.

²²⁰⁸Dans son arrêt du 30 mars 2016, le Conseil d'Etat avait considéré que le refus de l'administration de diligenter une enquête était soumis à un contrôle restreint portant sur la seule erreur manifeste d'appréciation (V. supra note n°2194). Dans le cas d'espèce, la demande d'enquête formulée par l'organisation visait à vérifier la représentativité d'une autre organisation dans le but de l'évincer d'une négociation en cours ou envisagée. Or, comme l'a souligné le Rapporteur public, en faisant de la reconnaissance de la représentativité des organisations dans le champ de négociation souhaité un préalable obligatoire à l'engagement de la négociation, la jurisprudence de la Cour de cassation « donne une importance cruciale au refus opposé par le ministre chargé du travail à une demande d'enquête visant à déterminer la liste des organisations représentatives dans un champ dans lequel elle n'a pas encore été établie » (Raphaël CHAMBON, concl. sous CE, 6 avr. 2022, n°434612, p.5). En effet, si l'administration refuse de procéder à l'enquête destinée à déterminer les organisations représentatives dans un nouveau champ de négociation, la négociation ne pourra avoir lieu dans le périmètre en question. Pour cette raison - et tenant compte d'un encadrement minimum de la pratique administrative (V. étude 335 supra) - le Conseil d'Etat soumet au contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir le refus du ministre du travail de diligenter une enquête de représentativité, sur le fondement de l'article L. 2121-2 du Code du travail, dans tout périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir. Le Conseil d'Etat en profite également pour admettre la compétence de la Cour administrative d'appel de Paris sur les décisions du ministre prises en application de l'article L. 2121-2, dès lors que celle-ci est également compétente pour connaître, en premier et dernier ressort, des recours dirigés contre les arrêtés de représentativité des organisations salariales et patronales pris en application des dispositions des lois de 2008 et de 2014 (V. infra).

B. Un tronc commun de critères

382. Nous avons vu que la question de l'application des critères de la représentativité syndicale aux organisations patronales avait soulevé de nombreuses questions dans l'état du droit antérieur, même si la jurisprudence avait fini par clore le débat en considérant que les critères de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail, puis les critères rénovés de l'article L. 2121-1, étaient applicables aux organisations d'employeurs²²⁰⁹. Dans leur position commune du 19 juin 2013, les trois organisations patronales représentatives au plan national et interprofessionnel avaient également promu l'utilisation de certains critères communs aux organisations syndicales de salariés, tout en tenant compte de la spécificité du monde patronal²²¹⁰. C'est donc en toute logique, et dans la poursuite de l'objectif général de symétrie, que les critères définis par la loi de 2008 ont été repris par la loi de 2014 (1), en adaptant leur appréciation le cas échéant (2).

1- Une liste commune

383. Cinq critères. L'article L. 2151-1 du Code du travail issu de la loi du 5 mars 2014 reprend, pour les organisations d'employeurs, cinq des sept critères fixés à l'article L. 2121-1 pour les organisations de salariés. Ces cinq critères constituent le tronc commun de la représentativité selon le rapport Combrexelle²²¹¹. Il s'agit du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance, de la transparence financière, de l'ancienneté et de l'influence.

384. Fusion. L'article L. 2121-1 du Code du travail comporte deux critères supplémentaires : l'audience mesurée aux différents niveaux de négociation selon les résultats aux élections professionnelles, ainsi qu'un critère constitué des effectifs d'adhérents et des cotisations. Or, la loi du 5 mars 2014 regroupe ces deux critères en un seul : celui de l'audience. L'article L. 2151-1 définit ainsi six critères de représentativité pour les organisations d'employeurs, là où l'article L. 2121-1 en fixe sept pour les organisations de salariés. Cette fusion du critère de l'audience et des effectifs s'explique par le choix de mesurer l'audience patronale non pas par référence à des élections mais par rapport au nombre d'adhérents²²¹².

²²⁰⁹V. étude 345 supra.

²²¹⁰V. étude 372 supra.

²²¹¹V. supra note n°2176.

²²¹²V. infra.

385. Critères supplémentaires. A l'instar des organisations de salariés²²¹³, un critère supplémentaire d'« *implantation territoriale équilibrée au sein de la branche* » est ajouté lorsque la représentativité des organisations d'employeurs est appréciée au niveau de la branche professionnelle²²¹⁴. Ce critère permet de s'assurer que l'organisation ait des adhérents répartis de manière équilibrée dans les territoires où les entreprises relevant de la branche sont implantées²²¹⁵. De même, tel que l'avait imposé la loi du 20 août 2008 aux organisations syndicales de salariés aspirant à une reconnaissance de représentativité au niveau national et interprofessionnel²²¹⁶, l'exigence d'une présence dans des branches de l'industrie, de la

²²¹³V. C. trav., art. L. 2122-5, 2°.

²²¹⁴C. trav., art. L. 2152-1, 2°.

²²¹⁵Le Rapport Combrexelle indique à ce propos : « *il faut ajouter, au niveau des branches professionnelles, celui de l'implantation territoriale équilibrée qui permet de s'assurer que l'organisation dispose d'adhérents dans les régions et départements dans lesquels les entreprises de la branche sont le plus fortement implantées. L'organisation ne doit pas être surreprésentée localement et absente sur d'autres parties du territoire eu égard à l'implantation générale observée dans la branche. Comme pour les organisations syndicales, ce critère doit néanmoins s'apprécier au regard du champ d'application territorial de la branche, lequel peut parfois être limité (ex : branche de la métallurgie de la Haute-Vienne et de la Creuse)* » (Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.51). Nous rappelons toutefois que la loi du 8 août 2016 est venue préciser depuis : « Les branches ont un champ d'application national. Toutefois, certaines des stipulations de leurs conventions et accords peuvent être définies, adaptées ou complétées au niveau local. Les organisations d'employeurs constituées conformément à l'article L. 2131-2 affiliées ou adhérentes aux organisations d'employeurs reconnues représentatives dans la branche sont habilitées à négocier, dans le périmètre de la branche, des accords collectifs dont le champ d'application est régional, départemental ou local, et à demander l'extension de ces accords » (C. trav., art. L. 2232-5-2). Malgré les réserves émises sur l'apport de ces nouvelles dispositions à la notion de branche (V. étude 65 supra), il convient d'en déduire que le champ de la branche elle-même ne peut être que national et non territorial comme l'indiquait le rapport Combrexelle. Il s'agira donc d'apprécier « *la présence d'adhérents à des niveaux comparables eu égard au tissu économique local dans tous les lieux où sont implantées des entreprises relevant de la branche considérée* » (Bernard TEYSSIÉ, « *La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs* », JCP S 2014, 1158) comme le suggère le rapport Combrexelle mais également au regard du champ d'application territorial de la convention ou de l'accord lorsque l'on est en présence d'une « *déclinaison territoriale* » des stipulations conventionnelles de branche (V. en ce sens : Ministère du Travail, « *Représentativité des organisations syndicales et professionnelles d'employeurs - Mise en œuvre de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale, de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant et de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* », Bilan du cycle 2013-2016, réalisé dans le cadre du Haut Conseil du dialogue social, p.146). Il est à noter enfin que la notion d'« *équilibrée* » n'est pas définie plus précisément par le texte et que, même interprétée comme nous venons de le faire, cette disposition laisse une marge d'appréciation susceptible de contestations (Le Rapporteur de la loi du 20 août 2008 devant l'Assemblée Nationale avait déjà soulevé ce problème à propos de la représentativité salariale : V. Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* », Ass. Nat. 25 juin 2008, p.101). Amené à prendre position, le Conseil d'Etat a retenu une appréciation pragmatique en considérant qu'il appartient aux juges du fond de seulement s'assurer que les entreprises adhérentes sont présentes « *de manière significative* » sur l'ensemble du territoire concerné (CE, 14 nov. 2018, n°406007, Lebon 2018 ; Lexbase, Le Quotidien, nov. 2018, obs. Charlotte MORONVAL ; JCP S 2019, 1024, note Yannick PAGNERRE) et que la circonstance qu'une organisation patronale « *ne dispose pas de représentations locales en propre sur l'ensemble du territoire n'est pas de nature à établir l'absence d'implantation territoriale équilibrée au sens de ces dispositions* » (CE, 16 avr. 2021, n°434192, Lebon 2021).

²²¹⁶V. C. trav., art. L. 2122-9.

construction, du commerce et des services est ajoutée aux critères communs lorsque la représentativité des organisations patronales est appréciée à ce niveau²²¹⁷.

2- Une appréciation adaptée

386. Logique jurisprudentielle. La reprise des critères applicables aux organisations de salariés permet, en toute logique, « *une transposition des solutions dégagées depuis 2008 par la Cour de cassation pour les syndicats de salariés* »²²¹⁸, même si ce principe d'analogie nécessite parfois certaines adaptations dues à la particularité de la représentation patronale.

387. Cumul. Comme pour les organisations de salariés, les six critères de la représentativité patronale doivent être tous satisfaits. En effet, l'article L. 2151-1 du Code du travail reprend, là encore, la formule de l'article L. 2121-1 indiquant que les critères sont « *cumulatifs* ». Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation a apprécié de façon relativement souple cette exigence cumulative pour les organisations de salariés en distinguant les critères qui doivent être satisfaits de manière autonome et ceux devant faire l'objet d'une appréciation globale²²¹⁹. Dans un arrêt du 16 avril 2021, rendu à propos de la légalité d'un arrêté de représentativité pris en application de la loi du 5 mars 2014, le Conseil d'Etat a considéré, à son tour, que « *conformément aux dispositions du 5° du I de l'article L. 2151-1 du code du travail [...], il est tenu compte pour déterminer la représentativité des organisations professionnelles*

²²¹⁷V. infra.

²²¹⁸Christophe RADÉ, « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : les nouvelles règles de la représentativité des organisations patronales », *Lexbase Hebdo - édition sociale*, n°563, 20 mars 2014, act.

²²¹⁹Nous rappelons que dans un important arrêt du 29 février 2012 (V. supra note n°254), la Chambre sociale a, en effet, défini une méthode d'appréciation des critères de la représentativité syndicale et tout particulièrement du caractère cumulatif de ces derniers, que la loi du 20 août 2008 venait de consacrer en lieu et place de l'appréciation non cumulative instaurée par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur (V. étude 30 supra). Ainsi, si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat, ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, alors que ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale. Les critères faisant l'objet d'une appréciation globale pourraient ainsi se compenser entre eux, alors que ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome. Toutefois, la Chambre sociale a pris soin de préciser que l'ancienneté doit en tout état de cause être au moins égale à deux ans comme l'exige expressément l'article L. 2121-1 du Code du travail. De même, le seuil d'audience minimal exigé par les textes devra en tout état de cause être atteint. L'ancienneté et l'audience sont donc des critères « *semi-autonomes* » puisque la compensation entre critères faisant l'objet d'une appréciation globale ne pourra se réaliser que dans un sens : une ancienneté importante ou une audience forte pourront compenser une influence incertaine mais une influence forte ne pourra jamais sauver une ancienneté inférieure à deux ans ou une audience qui n'atteindrait pas les seuils légaux (V. Bernard GAURIAU, note sous Cass. soc., 29 fév. 2012, n°11-13.748, *JCP S* 2012, 1168).

d'employeurs de l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience » et que ce critère « doit donner lieu à une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation et son audience »²²²⁰. Tout en tenant compte de la contraction du nombre de critères du côté patronal²²²¹, le Conseil d'Etat s'inspire donc de la position prise par la Cour de cassation en matière d'appréciation des critères de représentativité syndicale, même si certaines précisions complémentaires pourraient être fournies²²²².

388. Intangibilité. De la même manière, la solution dégagée par la jurisprudence judiciaire sur l'intangibilité de la représentativité durant les quatre années du cycle de mesure de l'audience mérite d'être examinée pour les organisations patronales. La Cour de cassation considère, en effet, que la représentativité des organisations de salariés est acquise pendant toute la durée du cycle électoral, même si elle a nuancé son propos pour les critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et de transparence financière qui doivent être satisfaits de manière permanente²²²³. Cette position jurisprudentielle a été réaffirmée à plusieurs

²²²⁰CE, 16 avr. 2021, n°434192, *Lebon* 2021.

²²²¹Nous rappelons que le critère des effectifs et des cotisations listé par la Chambre sociale dans les critères relevant de la sphère d'appréciation globale est fusionné avec l'audience pour les organisations d'employeurs (V. étude 384 supra). L'appréciation globale porte donc sur trois critères du côté patronal, au lieu de quatre du côté salarial.

²²²²Le Conseil d'Etat n'est pas aussi exhaustif que son homologue judiciaire puisqu'il consacre sa solution au critère de l'influence dont il indique qu'il doit donner lieu à une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation et son audience, sans apporter d'autres précisions (solution reprise *in extenso* dans un arrêt du 22 novembre 2021 ; V. CE, 22 nov. 2021, n°431275, *Lebon* 2021 ; *Lexbase soc.* 2021, n°886, obs. Charlotte MORONVAL ; *Lexbase soc.* 2022, n°890, note Yannick PAGNERRE ; *BJT* fév. 2022, n°200z2, p.13, note Christophe MARIANO ; *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2021, n°42, p.39, obs. Nathalie FINCK et Samuel SÉROC). La transposition de l'ensemble des solutions dégagées par la Chambre sociale semble toutefois logique : premièrement, les critères non listés par le Conseil d'Etat relèvent *a contrario* d'une appréciation autonome comme pour les organisations de salariés (respect des valeurs républicaines, indépendance et transparence financière) ; deuxièmement, la durée minimale d'ancienneté de deux ans à compter du dépôt des statuts exigée également pour les organisations patronales par l'article L. 2151-1 4° du Code du travail, ainsi que le seuil minimal d'audience de 8 % exigé par les articles L. 2152-1 et L. 2152-4 du Code du travail (V. infra) devront être quoiqu'il en soit satisfaits. L'ancienneté et l'audience seraient donc à considérer comme des critères « semi-autonomes » à l'instar des organisations de salariés (V. supra note n°2219). Il est à noter, néanmoins, que dans l'arrêt du 22 novembre 2021 précité, le Conseil d'Etat a rejeté le moyen tiré du non-respect du critère d'ancienneté au motif qu'il « n'a pas été soulevé devant la cour administrative d'appel » et qu'il « ne présente pas le caractère d'un moyen d'ordre public ». Comme le souligne le Professeur Pagnerre dans son commentaire, « cette conclusion peut intriguer » dès l'instant où les règles de représentativité semblent relever de l'ordre public absolu. Il en irait ainsi différemment pour l'ancienneté qui ne serait pas d'ordre public au sens du contentieux administratif et dont le défaut n'aurait pas à être relevé d'office par le juge. Ce critère « accessoire » et « non décisif en lui-même » ferait donc l'objet de l'appréciation globale avec « d'autres critères autrement plus importants, comme l'audience » (Yannick PAGNERRE, *op. cit.*).

²²²³V. supra note n°273. Complétant sa décision du 29 février 2012 dans laquelle elle a distingué les critères de représentativité faisant l'objet d'une appréciation globale et ceux faisant l'objet d'une appréciation autonome, la Cour de cassation a ajouté un élément de temporalité en jugeant que les premiers étaient acquis durant toute la durée du cycle électoral, alors que les critères autonomes devaient faire l'objet d'une appréciation permanente (la représentativité étant donc susceptible d'être remise en question au cours des quatre années si un de ces trois critères n'est plus satisfait).

reprises²²²⁴ et se justifie, selon la haute juridiction, « *par un objectif de stabilité de la mesure de la représentativité syndicale pour toute la durée d'un cycle électoral, de façon à permettre l'effectivité de la négociation collective au sein de l'entreprise* »²²²⁵. La Cour de Cassation a effectivement été amenée à trancher cette question au niveau de l'entreprise et plus particulièrement en cas d'élections partielles ou lorsque le périmètre de l'entreprise est modifié car ces situations étaient susceptibles de remettre en question la représentativité d'une organisation mesurée sur la base du premier tour des dernières élections des titulaires au CSE²²²⁶. Au niveau de la branche et niveau national et interprofessionnel, les textes relatifs à la représentativité syndicale indiquent en revanche de façon expresse : « *La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans* »²²²⁷. Or, la Cour de cassation a pris soin de préciser que les dispositions visant l'entreprise, telles qu'interprétées par sa jurisprudence constante sur l'acquisition de la représentativité durant tout le cycle électoral, « *sont similaires à celles retenues par le législateur pour la représentativité syndicale au niveau de la branche professionnelle et au niveau national et interprofessionnel* »²²²⁸. Cette précision confirme, selon nous, que l'intangibilité de la représentativité durant les quatre années du cycle de mesure de l'audience se déduit des dispositions du Code du travail elles-mêmes pour le niveau de la branche et le niveau national et interprofessionnel. La loi du 5 mars 2014 ayant repris une formule identique à celle de la loi de 2008²²²⁹, l'intangibilité de la représentativité patronale durant les quatre années du cycle de mesure de l'audience paraît donc également acquise en vertu d'une interprétation littérale de ses dispositions. Il nous semble cependant que, dans la logique admise pour les organisations de salariés au niveau de l'entreprise, cette intangibilité ne s'applique qu'aux critères de l'influence, de l'ancienneté et de l'audience et que les critères relevant de l'« *éthique syndicale* »²²³⁰ que sont le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière - qui ne bénéficient pas de la protection attachée au cycle mais qui doivent être satisfaits de manière autonome et permanente - peuvent au

²²²⁴V. supra note n°273 ; *adde* Cass. Soc., 4 juil. 2018, n°17-20.710, *D.* 2018, p.1499 ; p. 2203, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *RDT* 2018, p.774, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; *JCP S* 2018, 1296, note Bernard GAURIAU ; Cass. soc., 13 juin 2019, n°18-14.981, *D.* 2019, p.1291 ; p.2153, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Lexbase soc.* 2019, n°792, note Julien ICARD ; *JCP S* 2019, 1248, note Emeric JEANSEN ; Cass. soc., 5 janv. 2022, n°21-13.141, *JCP S* 2022, 1058, note Bernard GAURIAU.

²²²⁵Cass. soc., QPC, 16 juin 2021, *RJS* 2021, n°459, *RDT* 2021, p.593, obs. Lou THOMAS.

²²²⁶V. *C. trav.*, art. L. 2122-1 et les décisions mentionnées supra en note n°273.

²²²⁷*C. trav.*, art. L. 2122-5 et L. 2122-9.

²²²⁸Cass. soc., 16 juin 2021, préc.

²²²⁹Les articles L. 2152-1 et L. 2152-4 du Code du travail consacrés respectivement à la représentativité patronale au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel disposent à l'instar des articles L. 2122-5 et L. 2122-9 consacrés à la représentativité des organisations syndicales de salariés aux mêmes niveaux : « *La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans* ».

²²³⁰Yannick PAGNERRE, note sous Cass. soc., 27 sept. 2017, *JCP S* 2017, 1371.

contraire être contestés à tout moment lors de l'exercice d'une prérogative attachée à la représentativité patronale²²³¹.

389.Contenu. (1°) Le respect des valeurs républicaines²²³² « *ne prête pas à discussion* » selon le rapport Combrexelle²²³³. Ce critère est venu remplacer celui de l'attitude patriotique pendant l'occupation et vise à prévenir les cas où une organisation patronale serait créée avec d'autres buts que la représentation des entreprises adhérentes et sur des valeurs incompatibles avec celles fondant la république²²³⁴. Selon le Professeur Bernard Teyssié, ce critère « *doit être présumé, comme pour les syndicats de salariés, et doit, si il est contesté, être apprécié selon une grille de lecture identique à celle appliquée à ces derniers* »²²³⁵. Ainsi, il n'est nécessaire constater le respect de ce critère que s'il est contesté et la charge de la preuve pèse sur celui qui le conteste²²³⁶. De même, les statuts de l'organisation ne suffisent pas à caractériser le non respect des valeurs républicaines ; il faut en effet que celle-ci poursuive dans son action un

²²³¹La Cour de cassation a toutefois admis que si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente, l'absence d'indépendance judiciairement établie d'un syndicat lors de l'exercice d'une prérogative syndicale ne le prive pas de la possibilité d'exercer ultérieurement les prérogatives liées à la qualité d'organisation syndicale dès lors qu'il réunit, au moment de l'exercice de ces prérogatives, tous les critères visés à l'article précité (Cass. soc., 27 sept. 2017, n°16-60.238, *JCP S* 2017, 1371, note Yannick PAGNERRE). Cette solution, qui vise le critère de l'indépendance mais qui peut être étendue aux critères du respect des valeurs républicaines et de la transparence (V. Yannick PAGNERRE, *op. cit.*) et à notre sens aux organisations patronales, tempère donc la portée de la perte de représentativité qui n'est en quelque sorte que suspendue et qui peut être regagnée à tout moment lors de l'exercice d'une nouvelle prérogative, sans attendre le prochain cycle de mesure (V. également sur ce point : Marine ZEIMET, « Des incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise », *JCP S* 2022, 1198). Nous soulignons, par ailleurs, que la Cour de cassation juge que « *la représentativité d'une organisation syndicale ne peut être contestée indépendamment de l'exercice par cette organisation d'une prérogative subordonnée à sa qualité de syndicat représentatif* » (Cass. soc., 20 avr. 2017, n°15-22.944). La remise en question de la représentativité ne peut ainsi avoir lieu qu'à l'occasion de l'exercice d'une prérogative attachée à celle-ci ; à défaut celui qui la conteste n'aurait pas d'intérêt légitime. Comme le souligne le Professeur Yannick Pagnerre, l'expression « permanente » est donc un « *faux ami* » car le contrôle ne sera en réalité que « *ponctuel* » (Yannick PAGNERRE, *op. cit.*).

²²³²Nous reprenons l'énumération des critères dans l'ordre défini par l'article L. 2151-1 du Code du travail.

²²³³Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.50.

²²³⁴V. Yannick PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou "l'éthique syndicale" », *JCP S* 2009, 1050.

²²³⁵Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²²³⁶V. Cass. soc., 8 juil. 2009, n°08-60.599, *Dr. soc.* 2009 p.950, rapport Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et obs. Marie-Laure MORIN, *JCP S* 2009, 1364, note Yannick PAGNERRE ; *D.* 2010, p. 342, obs. Florence DEBORD ; Cass. soc., 13 oct. 2010, n°10-60.130, *JCP S* 2010, 1493, obs. Yannick PAGNERRE ; *RDT* 2010, p.728, note Hélène TISSANDIER ; *D.* 2011, p.289, obs. L. PERRIN et note Franck PETIT ; *Dr. soc.* 2011, p.112, obs. Christophe RADÉ.

objectif illicite, contraire à ces valeurs²²³⁷, tel que le fait de prôner des discriminations directes ou indirectes en raison de l'origine²²³⁸.

(2°) L'indépendance qui « *doit, elle aussi, être présumée* »²²³⁹ fait en revanche l'objet d'une adaptation pour les organisations patronales. On se souvient que l'application de ce critère aux organisations patronales avait soulevé certaines interrogations sous l'empire du droit antérieur conduisant dans un premier temps le Conseil d'Etat à l'exclure avant d'opérer un revirement de jurisprudence²²⁴⁰. Ces hésitations provenaient du fait que l'indépendance syndicale s'entendait avant tout comme une indépendance vis-à-vis de l'employeur²²⁴¹. Or, dans son arrêt de principe du 2 mars 2011, le Conseil d'Etat a adapté cette appréciation pour justifier l'application de ce critère aux organisations patronales en indiquant que « *la satisfaction à ce critère par une organisation d'employeurs suppose de vérifier que les conditions de son organisation, de son financement et de son fonctionnement permettent d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'elle entend représenter,*

²²³⁷V. Cass. soc., 13 oct. 2010 préc. ; 9 sept. 2016, n°16-20.605, *Dr. soc.* 2016, p.966, obs. Jean MOULY, *RDT* 2016, p.715, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; *JCP S* 2016, 1343, note Yannick PAGNERRE.

²²³⁸V. Cass. soc., 12 déc. 2016, n°16-25.793, *D.* 2016, p.2576 (note explicative Cour de cassation), ; *JCP S* 2017, 1034, note Yannick PAGNERRE ; *Dr. soc.* 2017, p.180, note Jean MOULY. Comme l'indique la Cour de cassation dans sa note explicative, cet arrêt donne pour la première fois un élément de définition de la notion de respect des valeurs républicaines en décidant que le refus des discriminations selon l'origine des salariés est une composante du respect des valeurs républicaines. La Cour souligne que cette décision se situe dans la ligne des arrêts de la chambre mixte du 10 avril 1998 (V. Cass., ch. mixte, 10 avr. 1998, *D.* 1998, p. 389, note Antoine JEAMMAUD ; *Dr soc.* 1998, p.565, rapp. Jean MERLIN ; *AJFP* 1998, p.82, obs. Francis MALLOL), rendus à propos de la liberté de constitution d'une organisation syndicale, dont il ressort qu'un syndicat professionnel ne peut être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite résultant de la poursuite d'objectifs essentiellement politiques, en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique. La Cour fait également référence, dans sa note explicative, à la Position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008 qui stipule que « *Le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance.* » (Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, art. 1-6, in Jean-Frédéric POISSON, « *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* », Ass. Nat. 25 juin 2008, annexe 2, p.295).

²²³⁹Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158. Ce critère est présumé rempli car l'indépendance est « *inhérente au syndicalisme* » (Yannick PAGNERRE, *JCP S* 2020, 2000, note sous Cass. soc. 26 fév. 2020). La Cour de cassation a ainsi jugé, à l'instar du critère des valeurs républicaines, qu'il appartient à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, du critère d'indépendance, d'apporter la preuve du bien-fondé de sa contestation (Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-17.574 ; 9 sept. 2016, n°16-20.575, *JCP S* 2016, 1365, note Lydie DAUXERRE ; 20 avr. 2017, n°15-22.944).

²²⁴⁰V. *supra* note n°1965.

²²⁴¹Solution rappelée à de nombreuses reprises pour les organisations de salariés. V. notamment Cass. soc., 26 fév. 2020, n°19-19.397 et n°19-19.492, *JCP S* 2020, 2000, note Yannick PAGNERRE.

notamment dans le cadre de la négociation des conventions et accords collectifs »²²⁴². Cette exigence jurisprudentielle a été reprise par le rapport Combrexelle en soulignant que la vérification de ces conditions devait également garantir l'autonomie de l'organisation patronale en particulier vis-à-vis des pouvoirs publics et des partis politiques, comme l'avait suggéré le Rapporteur public dans ses conclusions préalables à l'arrêt précité²²⁴³. Ainsi, et bien que l'article L. 2151-1 2° du Code du travail ne livre aucune définition²²⁴⁴, cette acception de l'indépendance patronale a été confortée depuis par le Conseil d'Etat sous l'empire des nouveaux textes²²⁴⁵. Enfin, et comme l'avait également suggéré Claire Landais dans ses conclusions, cette appréciation renvoie à une vérification précise des conditions d'indépendance financière des organisations²²⁴⁶. À cet égard, la question de la part respective des cotisations des adhérents et des subventions de toute sorte dans le budget de l'organisation doit être posée, l'indépendance impliquant qu'une part significative des ressources de l'organisation provienne des cotisations de ses membres²²⁴⁷.

(3°) Jugée comme le « corollaire de l'indépendance »²²⁴⁸, la transparence financière a fait l'objet d'une attention toute particulière dans le rapport Combrexelle qui a souhaité faire de son respect « un critère de premier rang dans l'établissement de la représentativité

²²⁴²CE, 2 mars 2011, *RJS* 2011, n°537 ; *AJDA* 2011, p.1046 ; *RDT* 2011, p.582, obs. Sophie NADAL (V. supra note n°1965). Pour une illustration de cette appréciation avant l'adoption de la loi du 5 mars 2014 : V. CE, 30 déc. 2013, n°352901, *Lebon* 2013 ; *Lexbase soc.* 2014, n°555, comm. Gilles AUZERO (Le Conseil d'Etat considère si le Syndicat national des professionnels immobiliers compte un représentant dans le collège adhérent du conseil d'administration d'une institution de prévoyance, cette participation, conforme aux dispositions de l'article R. 931-3-1 du code de la sécurité sociale, ne peut, à elle seule, être regardée comme l'empêchant d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'il entend représenter et, par suite, comme le privant d'indépendance).

²²⁴³V. Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.50 ; Claire LANDAIS, « La représentativité des organisations patronales », *RJS* 2011, études et chron., p.453, concl. sous CE, 2 mars 2011.

²²⁴⁴Pas plus que ne le fait au demeurant l'article L. 2121-1 2° du même code pour les organisations de salariés.

²²⁴⁵« La satisfaction au critère de l'indépendance, mentionné à l'article L. 2151-1 du code du travail [...], par une organisation professionnelle d'employeurs suppose de vérifier que les conditions de son organisation, de son financement et de son fonctionnement permettent d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'elle entend représenter, notamment dans le cadre de la négociation des conventions et accords collectifs. Ce critère implique, en particulier, l'indépendance de l'organisation professionnelle d'employeurs vis-à-vis des pouvoirs publics. » (CE, 22 nov. 2021, n°431927, *Lebon* 2021, *JCP S* 2021, act., 546 ; *JCP G* 2022, 187, obs. Jean-Philippe TRICOIT, *Lexbase soc.* 2022, n°898, note Xavier AUMERAN).

²²⁴⁶V. Claire LANDAIS, « La représentativité des organisations patronales », *RJS* 2011, études et chron., p.453, concl. sous CE, 2 mars 2011.

²²⁴⁷V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., pp.50-51. La caractérisation du critère de l'indépendance au travers de l'indépendance financière est également admise pour les organisations de salariés mais la Cour de cassation semble modérer ses exigences à leur endroit. En effet, il n'est pas exigé qu'une part significative des ressources du syndicat découle des cotisations acquittées par les adhérents mais simplement que ces cotisations constituent des « ressources suffisantes » pour assurer l'indépendance financière de l'organisation (Cass. soc., 26 fév. 2020, n°19-19.397 et n°19-19.492, *JCP S* 2020, 2000, note Yannick PAGNERRE).

²²⁴⁸Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.51.

patronale »²²⁴⁹. Cette importance attachée à la transparence financière suscitera d'ailleurs un véritable engouement par la suite, au point de l'ériger en véritable vertu cardinale du syndicalisme²²⁵⁰. Selon le rapport, cette obligation de transparence imposait « *l'établissement des comptes selon une norme déterminée dépendant du niveau de ressources de l'organisation, la publicité et, le cas échéant, la certification de ces comptes* »²²⁵¹. Or, la loi du 20 août 2008 avait justement déterminé des règles de publicité et de certification des comptes applicables à la fois aux organisations syndicales et aux organisations d'employeurs²²⁵². Dans ce cadre, les organisations dont les ressources dépassaient un seuil fixé par décret étaient tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant²²⁵³. La loi du 5 mars 2014 a dès lors confirmé cette disposition, tout en étendant l'obligation de nommer un commissaire aux comptes à toutes les organisations patronales qui souhaitent établir leur représentativité²²⁵⁴. En effet, pour les organisations patronales, l'exigence de certification des comptes se combine avec la nécessité de connaître précisément le nombre d'adhérents de ces organisations dans un système de mesure de l'audience fondé sur les adhésions. La nomination d'un commissaire aux comptes a ainsi été retenue par la loi afin d'attester objectivement du nombre d'adhérents dans le cadre de la mesure de l'audience²²⁵⁵ et, comme le soulignait le rapport Combrexelle, les effectifs d'adhérents doivent par ailleurs « *pouvoir se déduire de l'examen des documents*

²²⁴⁹*Idem*, p.52. Cette attention particulière a bien évidemment été renouvelée par le législateur, pleinement acquis aux préconisations du rapport (V. Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs, pp.26-27).

²²⁵⁰Il semble qu'il faille désormais considérer l'exigence de transparence financière comme un principe général du droit syndical applicable en dehors du seul cadre de l'établissement de la représentativité. La Cour de cassation a en effet imposé son respect à tout syndicat qui souhaite exercer des prérogatives dans l'entreprise telles que la désignation d'un représentant de section syndicale, alors même que ce respect n'est formellement requis que pour accéder à la représentativité (V. Cass. soc., 22 fév. 2017, n°16-60.123, *Lexbase soc.* 2017, n°690, note Christophe RADÉ ; *JCP S* 2017, 1108, note Yannick PAGNERRE ; *JCP E* 2017, 1208, obs. Gwennhaël FRANCOIS). Saisi de la question au travers d'une QPC, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en imposant à l'ensemble des syndicats, y compris non représentatifs, de satisfaire à l'exigence de transparence financière posée par l'article L. 2121-1 du Code du travail, les dispositions contestées - telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation - ne méconnaissaient ni la liberté syndicale ni le principe de participation des travailleurs (V. Cons. const., 30 avr. 2020, n°2020-835 QPC, *D.* 2020, p.989 ; *Lexbase-Le Quotidien*, 11 mai 2020, obs. Charlotte MORONVAL).

²²⁵¹Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.51.

²²⁵²V. *C. trav.*, art. L. 2135-1 et s.. Sur la prise en compte de cette question par la loi du 20 août 2008 : V. Jean-Emmanuel RAY, « Sur le financement des syndicats », *Dr. soc.* 2008, p.139.

²²⁵³V. *C. trav.*, art. L. 2135-6, réd. L. 20 août 2008.

²²⁵⁴V. *C. trav.*, art. L. 2135-6, réd. L. 5 mars 2014. La loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF, 23 mai 2019) a apporté une précision à l'article en réservant la nomination d'un commissaire aux comptes suppléant aux situations où les conditions visées par l'article L. 823-1 du Code de commerce sont réunies. Désormais, en application de ces dispositions, les organisations salariales et patronales qui dépassent un seuil de ressources annuelles fixé à l'article D. 2135-9 du Code du travail doivent faire certifier leurs comptes annuels par un commissaire aux comptes, au-delà des obligations comptables imposées à tout syndicat en application de l'article L. 2135-1 du Code du travail (V. Bernard TEYSSIÉ, « Les comptes des organisations syndicales et des associations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2021, 1258). Par ailleurs, quel que soit leur niveau de ressources annuelles, toutes les organisations patronales souhaitant faire établir leur représentativité doivent également nommer un commissaire aux comptes.

²²⁵⁵V. *infra*.

*financiers et en particulier de celui du poste "cotisations" du compte de résultat de ces organisations »*²²⁵⁶.

Au demeurant, le lien établi par le rapport Combrexelle entre l'exigence de transparence financière et l'établissement des comptes, leur publicité et le cas échéant leur certification avait déjà donné lieu à une interprétation jurisprudentielle avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014. Dans son important arrêt du 29 février 2012, dans lequel elle avait défini la méthode d'appréciation globale ou autonome des différents critères de représentativité²²⁵⁷, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait en effet admis ce lien tout en indiquant que les documents comptables dont les articles L. 2135-1 et suivants du Code du travail imposent la confection et la publication *« ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par le syndicat et que le juge doit examiner »*²²⁵⁸. Amené à se prononcer, à son tour, dans une affaire visant une organisation patronale mais pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, le Conseil d'Etat a jugé²²⁵⁹ que *« le respect de l'obligation de publicité des comptes fixée par ces dernières dispositions [C. trav., art. L. 2135-1 et D. 2135-8] devait être regardé, pour les organisations qu'elles concernaient, comme une des conditions à remplir pour répondre au critère de transparence financière requis, ainsi qu'il a été dit au point précédent, pour établir leur représentativité, sauf à ce qu'elles puissent faire état de l'accomplissement de cette obligation de publicité par des mesures équivalentes »*²²⁶⁰. Le respect de la transparence financière est donc nécessairement relié à la publication des comptes imposée par l'article L. 2135-1 du Code du travail, et dans les conditions déterminées par les mesures réglementaires d'application²²⁶¹, pour le Conseil d'Etat, même s'il introduit un élément de souplesse en indiquant que l'obligation de publicité peut être respectée par des mesures équivalentes à celles

²²⁵⁶Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.53.

²²⁵⁷V. supra note n°254.

²²⁵⁸Confirmation : Cass. soc., 16 déc. 2020, n°19-20.069, *Lexbase soc.* 2021, n°850, obs. Stéphane VERNAC.

²²⁵⁹Au visa de l'article L. 2121-1 du Code du travail relatif aux critères de représentativité des organisations syndicales de salariés, dont il confirmait dans le même temps l'application aux organisations patronales avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 (V. étude 345 supra ; note n°2021).

²²⁶⁰CE, 18 juill. 2018, n°406516, *Lebon* 2018 ; *BJT* sept. 2018, n° 110c1, p.41, obs. Gilles AUZERO ; *Lexbase soc.* 2018, n°752, obs. Christophe RADÉ.

²²⁶¹V. *C. trav.*, art. D. 2135-8.

prévues par la loi²²⁶². Ainsi, en l'absence de toute publication de ses documents comptables dans les conditions prévues par l'article D. 2135-8 du code du travail, alors qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier et qu'il n'était même pas soutenu que ces comptes auraient fait l'objet d'une mesure de publicité équivalente, l'organisation patronale en cause ne remplissait pas le critère de transparence financière requis par les dispositions de l'article L. 2121-1 du code du travail et ne pouvait, par suite, être légalement reconnue représentative par le ministre chargé du travail²²⁶³. Comme le souligne le Professeur Christophe Radé, la portée de cette décision est « forte »²²⁶⁴ car la représentativité de l'organisation est écartée pour ce défaut de publicité comptable, alors même que par hypothèse l'organisation satisferait au seuil minimal d'audience²²⁶⁵. Pour autant, et malgré quelques tempéraments apportés à la solution²²⁶⁶, la réalisation des obligations comptables semble en effet consubstantielle à l'accès à la représentativité, dès lors que leur défaut sera susceptible d'empêcher la satisfaction du critère de transparence financière soumis à une appréciation autonome (et donc susceptible de remettre

²²⁶²Comme l'indiquent les commentateurs de l'arrêt, il ne semble pas que la formulation utilisée par la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat, bien que différentes, traduisent une divergence d'opinion (V. Gilles AUZÉRO, *op. cit.* ; Christophe RADÉ, *op. cit.*). En effet, la Cour de cassation indique que les documents comptables exigés par les articles L. 2135-1 et suivants du Code du travail peuvent être suppléés par « d'autres documents » pour apprécier le critère de transparence financière dans le cadre de l'établissement de la représentativité. En clair, l'organisation devra produire ses comptes mais la forme importera peu pour prouver la transparence financière. Le Conseil d'Etat s'attache de son côté à la publicité de ces comptes en jugeant que les mesures formelles imposées par l'article D. 2135-8 du Code du travail peuvent faire l'objet de « mesures équivalentes » pour établir la représentativité. Ces appréciations des deux ordres de juridiction peuvent donc être considérées comme complémentaires : pour les hauts magistrats, les juges du fond pourront se satisfaire - lorsqu'il s'agit de prouver le critère de transparence financière afin d'établir la représentativité - d'autres documents que ceux imposés par la loi à tout syndicat dans le cadre des dispositions relatives à la certification et à la publicité des comptes et ces documents supplétifs - dont la publicité demeure quoiqu'il en soit obligatoire pour que la transparence vis-à-vis des tiers puisse être attestée - pourront être publiés dans des formes équivalentes à celles prévues par la loi.

²²⁶³V. CE, 18 juil. 2018, préc. (considérant n°4).

²²⁶⁴Christophe RADÉ, obs. sous CE 18 juil. 2018, préc..

²²⁶⁵Nous rappelons toutefois que cette décision du Conseil d'Etat refusant la représentativité de l'organisation patronale a été prise avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 et donc par transposition des dispositions applicables aux organisations de salariés qui rendait, quoiqu'il en soit, le critère de l'audience tel que défini par la loi du 20 août 2008 inapplicable au cas d'espèce. Par ailleurs, dans sa décision de 2012, confirmée en 2020, la Cour de cassation a, à l'inverse, utilisé l'argument des documents comptables supplétifs pour protéger la liberté syndicale et confirmer la représentativité des organisations syndicales de salariés mises en cause, conférant à sa décision une portée moins forte sur ce point que la décision rendue par le Conseil d'Etat.

²²⁶⁶Le Conseil d'Etat a confirmé sa solution du 18 juillet 2018 dans un arrêt du 14 novembre 2018 concernant l'Organisation des transports routiers européens (OTRE), là encore pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 (V. CE, 14 nov. 2018, n°406007, *Lebon* 2018, *Lexbase-Le Quotidien*, 19 nov. 2018, obs. Charlotte MORONVAL ; *JCP S* 2019, 1024, note Yannick PAGNERRE). Toutefois, après avoir repris une formulation identique au premier arrêt réaffirmant le lien obligatoire entre la preuve de la transparence financière et la publicité des comptes, si besoin au moyen de mesures équivalentes à celles définies par loi, le Conseil retient que l'obligation supplémentaire de désigner un commissaire aux comptes et de publier son rapport, fixée par l'article D. 2135-7 du Code du travail lorsque les ressources annuelles de l'organisation dépassent un certain seuil, ne s'impose qu'à compter de l'exercice comptable qui suit celui à la clôture duquel est dépassé ce seuil. Au cas d'espèce, la Cour d'appel avait donc entaché sa décision d'une erreur de droit en refusant de reconnaître la représentativité de l'organisation patronale en raison d'une absence de certification des comptes de l'exercice au cours duquel elle dépassait pour la première fois ce seuil de ressources.

en question la représentativité dans son ensemble, alors même que les autres critères seraient remplis). Ainsi, un relâchement du lien obligatoire entre la publicité des comptes et le critère de la transparence financière qui a pu être toléré dans une circonstance particulière ne doit pas, à notre sens, tromper²²⁶⁷.

(4°) Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation est exigée pour que la représentativité de l'organisation patronale soit reconnue, cette ancienneté s'appréciant à compter de la date de dépôt légal des statuts²²⁶⁸. Il est à souligner que l'exigence d'une durée minimale de deux ans avait été fixée par la loi du 20 août 2008 conformément aux stipulations de la position commune du 9 avril 2008, alors qu'elle ne figurait pas à l'ancien article L. 133-2 du Code du travail et que la jurisprudence estimait que la date récente de constitution d'un syndicat n'était pas à elle seule exclusive de sa représentativité²²⁶⁹. Comme l'a souligné la doctrine, en introduisant cette « *précision importante* », les grandes centrales syndicales signataires de la position commune sont souhaité que le syndicat candidat à la représentativité « *puisse se prévaloir d'une "ancienneté" suffisante* » et probablement empêcher « *l'accession immédiate à la qualité*

²²⁶⁷ Le Conseil d'Etat a jugé à propos du décret n° 2021-309 du 24 mars 2021 fixant la répartition et les conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental (JORF, 25 mars 2021) que « *si la transparence financière est au nombre des critères selon lesquels doit être appréciée la représentativité des organisations appelées à siéger au Conseil économique, social et environnemental, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en dépit de l'absence de publication de ses comptes au titre de deux années, la Chambre nationale des professions libérales ne satisferait pas, en l'espèce, à ce critère et ne pourrait être regardée comme représentative pour siéger au sein du Conseil économique, social et environnemental* » (CE, 14 mars 2022, n°452870, JCP S 2022, act., 157). Il ne semble pas qu'il faille considérer cette décision comme un revirement de jurisprudence. En effet, comme l'indique le Rapporteur public dans ses conclusions, l'application pure et simple des critères de représentativité du Code du travail aux organisations appelées à désigner des membres au CESE n'est pas « *clairement tranchée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* ». Ce dernier emploie en effet, depuis 1986, « *une mention mystérieuse* » selon laquelle la représentativité de ces organisations doit être appréciée au regard de « *l'ensemble des critères de représentativité* ». S'il semble donc que les critères légaux guident la Haute juridiction lorsque la composition du CESE est discutée (V. supra note n°2020), le Rapporteur conclut que le juge administratif ne serait pas tenu « *de les apprécier de la même manière que dans le champ de la négociation collective* ». Il ne serait pas tenu, en particulier, par le caractère cumulatif des critères, par l'ancienneté minimale de deux ans ou par les seuils d'audience électorale prévus par le code du travail. Ainsi, si la transparence financière apparaît, aux yeux du Rapporteur, comme « *un critère pertinent pour apprécier la représentativité d'une organisation appelée à désigner des membres au CESE [...]* rien n'impose que cette représentativité soit subordonnée, comme en matière de participation à la négociation collective, au respect des obligations de certification et de publicité des comptes prévues par le code du travail [renvoi étant fait sur ce point aux décisions du 18 juillet et du 14 novembre 2018, V. supra notes n°2260 et n°2266] ». Le Haut magistrat invite dès lors la formation de jugement à retenir « *une appréciation moins mécanique de la transparence financière* » au cas précis de la désignation des membres des organisations représentatives siégeant au CESE (Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public, concl. CE, n°452870, n°452948, n°456822).

²²⁶⁸ L'organisation devra fournir une copie de ses statuts, ainsi que du formulaire de leur dépôt à la mairie ou à la préfecture afin d'apprécier si le critère d'ancienneté est satisfait (V. C. trav., art. R. 2152-14 2° ; Arr. du 29 juil. 2020 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2021, art. 3, II, 3°, JORF, 6 août 2020).

²²⁶⁹ V. notamment Cass. soc., 16 mai 1990, n°89-61452.

représentative de syndicats dissidents ou simplement autonomes »²²⁷⁰... Très discutée sur le plan de la liberté et de l'égalité syndicales²²⁷¹, cette exigence n'avait pas été expressément reprise dans la position commune des trois confédérations patronales préalable à la loi du 5 mars 2014²²⁷². Pour autant, le rapport Combrexelle a préconisé à son tour que l'ancienneté soit « *suffisante* »²²⁷³ et que la durée de deux ans introduite par la loi du 20 août 2008 soit reprise dans le cadre de la réforme de la représentativité patronale²²⁷⁴. Dès lors, là encore, les solutions jurisprudentielles établies pour les organisations de salariés au visa de l'article L. 2121-1 4° du Code du travail peuvent être transposées aux organisations patronales dans le cadre de l'application de l'article L. 2151-1 4° du même code. Ainsi, la modification du champ statutaire de l'organisation n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par celle-ci à compter du dépôt initial de ses statuts²²⁷⁵, ni même la modification de l'objet statutaire²²⁷⁶ ou bien encore un changement d'affiliation confédérale, qui reste indifférent pour l'appréciation de l'ancienneté²²⁷⁷. Malgré cette souplesse, et bien que le défaut d'ancienneté ne semble pas devoir être relevé d'office selon le Conseil d'Etat²²⁷⁸, en devenant « *purement quantitatif* »²²⁷⁹, ce critère a toutefois durci les conditions d'accès à la représentativité.

²²⁷⁰Georges BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p.360.

²²⁷¹Cette exigence étendue légalement à tout syndicat, même non représentatif, souhaitant exercer certaines prérogatives dans l'entreprise, telles que le droit d'être informé de l'organisation des élections et de présenter une liste de candidats au premier tour (V. *C. trav.*, art. L. 2314-5) ou de constituer une section syndicale (V. *C. trav.*, art. L. 2142-1), a fait l'objet d'une demande de transmission de QPC devant la Cour de cassation au motif qu'elle favoriserait les syndicats durablement installés dans l'entreprise et qu'elle ne serait pas en cela conforme aux principes constitutionnels de liberté syndicale et d'égalité. La Cour a toutefois refusé de transmettre les deux QPC en jugeant que cette exigence constitue une condition justifiée, raisonnable et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation et qu'elle ne porte atteinte à aucun des principes invoqués (V. Cass. soc., 20 oct. 2011, n°11-60.203, *D.* 2011, p.2733, obs. B. INES ; *D.* 2012, p.2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2012, p.258, chron. Gaëlle DUMORTIER, Claire LANDAIS, Maud VIALETES et Yves STRUILLOU ; *Dr. soc.* 2011, p.1310, obs. Franck PETIT ; *RJS* 2012, n°55 et Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-40.072, *RJS* 2012, n°268 ; *D.* 2012, p. 2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2012, p.258, chron. Gaëlle DUMORTIER, Claire LANDAIS, Maud VIALETES et Yves STRUILLOU ; *Dr. soc.* 2012, p.205, obs. Laurence PÉCAUT-RIVOLIER).

²²⁷²Dans les critères proposés par les trois confédérations patronales, l'ancienneté n'est assortie d'aucune condition de durée (V. Position commune de la CGPME, du MEDEF et de l'UPA du 19 juin 2013, art. II).

²²⁷³Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.50.

²²⁷⁴V. Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.50. Le DGT indique que parmi les personnes auditionnées certaines préconisaient une durée supérieure aux deux ans exigés pour la représentativité syndicale et souhaitaient porter celle-ci à cinq voire dix ans pour les organisations patronales mais qu'au final ces propositions n'ont pas été retenues car elles auraient pu conduire à évincer de nouveaux entrants potentiels sans réelle justification.

²²⁷⁵V. Cass. soc., 14 nov. 2012, n°12-14.780, *D.* 2012, p.2745 ; *Dr. soc.* 2013, p.73, obs. Franck PETIT.

²²⁷⁶V. Cass. soc., 14 mars 2018, n°17-21.434, *D.* 2018, p.622 ; *RDT* 2018 p.389, obs. Clément COUËDEL ; *RJS* 2018, n°343 ; *JCP S* 2018, 1155, note Bernard GAURIAU.

²²⁷⁷V. Cass. soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, *D.* 2010, p.712 ; *RJS* 2010, n°445 ; *Dr. soc.* 2010, p.722, obs. Franck PETIT ; *JCP E* 2010, 1570, note Patricia POCHET.

²²⁷⁸V. supra note n°2222.

²²⁷⁹Franck PETIT, « L'appréciation du critère de l'ancienneté du syndicat », *Dr. soc.* 2013, p.73 (obs. sous Cass. soc., 14 nov. 2012).

(5°) L'influence est « *prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience* »²²⁸⁰, comme pour les syndicats de salariés²²⁸¹. L'activité se vérifie à partir des actions menées par l'organisation auprès de ses adhérents ou au sein d'instances de la négociation collective²²⁸². L'expérience²²⁸³ se démontre avec l'activité passée de l'organisation patronale²²⁸⁴. Amené à se prononcer sur l'application de l'article L. 2151-1 5° du Code du travail, le Conseil d'Etat a considéré : « *La circonstance que les actions d'une organisation professionnelle d'employeurs ne concernent pas exclusivement le secteur de la convention collective concernée n'est pas, par elle-même, de nature à l'empêcher de satisfaire ce critère, qui doit donner lieu à une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation et son audience* »²²⁸⁵. Confirmant, à cette occasion, qu'à l'instar des organisations de salariés le critère de l'influence doit faire l'objet d'une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation patronale et son audience²²⁸⁶, le juge administratif admet ainsi que le champ d'action de l'organisation peut être plus large que celui de la convention collective dans le champ de laquelle est appréciée la représentativité. Bien que l'activité de l'organisation dépasse le périmètre de reconnaissance de la représentativité et ne porte donc pas exclusivement sur la défense des intérêts du secteur proprement dit, cette circonstance n'est donc pas de nature à « influencer » l'appréciation de l'influence... Saisi quelques mois plus tard de la question inverse, le Conseil d'Etat a considéré : « *conformément aux dispositions du 5° du I de l'article L. 2151-1 du code du travail*

²²⁸⁰C. trav., art. L. 2151-1, 5°.

²²⁸¹V. C. trav., art. L. 2121-1, 6°.

²²⁸²Le rapport Combrexelle donne comme exemples : les services offerts aux adhérents, le nombre de mandats détenus, les contacts avec les autorités administratives, les congrès organisés ou les éventuelles actions en justice (V. rapport préc., p.51). L'arrêté précisant les modalités de candidatures à la représentativité patronale pour le cycle 2021-2024 mentionne dans les éléments constitutifs du dossier que doivent fournir les organisations candidates : « *Les justificatifs du critère de l'influence, notamment la référence de publications, la copie d'actes ou des programmes de colloques ou de congrès, ou de tout autre document permettant de démontrer que l'organisation professionnelle candidate mène des actions pour défendre les intérêts de la profession, du secteur représenté ou de l'interprofession et de ses adhérents, pour l'année en cours ou les années antérieures ;* » (Arr. du 29 juil. 2020 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2021, art. 3, II, 4°, JORF, 6 août 2020).

²²⁸³Non dissociée de l'activité dans le rapport Combrexelle.

²²⁸⁴Dans sa jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation avait admis que le syndicat pouvait se prévaloir de l'expérience de ses dirigeants (V. Cass. soc., 23 juil. 1980, n°80-60.202 ; 12 juil. 1994 n°3294 et 3295, RJS 1994, n°1007 ; Dr. soc. 1994, p.812). Toutefois, elle semble avoir opéré ultérieurement un revirement de jurisprudence en jugeant que « *la représentativité doit être appréciée au sein du syndicat nouvellement créé et non en la personne de ses membres* » (Cass. soc., 9 juin 1999, n°2708, RJS 1999, n°939). En revanche, la Cour de cassation admet que l'expérience acquise sous la bannière d'une confédération demeure acquise au syndicat en cas de désaffiliation : « *attendu que pour apprécier l'influence d'un syndicat, critère de sa représentativité caractérisé prioritairement par l'activité et l'expérience, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération syndicale dont il s'est par la suite désaffilié* » (Cass. soc., 28 sept. 2011, n°10-26.545, RJS 2011, n°994).

²²⁸⁵CE, 16 avr. 2021, n°434192, Lebon 2021.

²²⁸⁶V. étude 387 supra.

cité au point 2, il est notamment tenu compte, pour déterminer la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, du critère de l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience. Ce critère doit donner lieu à une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation et son audience. La circonstance que soit caractérisée l'influence d'une organisation professionnelle d'employeurs pour une part seulement des activités relevant du champ de la convention collective concernée n'est pas, par elle-même, de nature à l'empêcher de satisfaire ce critère »²²⁸⁷. Appréciée là encore globalement avec l'ancienneté de l'organisation et son audience, l'influence parcellaire de l'organisation patronale sur une part seulement des activités relevant du champ de la convention collective n'empêchera pas que ce critère soit satisfait. Si cette position se comprend « aisément »²²⁸⁸, elle semble également opportune à l'heure d'une recomposition du paysage conventionnel de branche²²⁸⁹. Enfin, cette question donne l'occasion au Conseil d'Etat de se positionner sur le principe de concordance lorsque la représentativité est appréciée dans le cadre de la branche en indiquant que « *la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs par branche professionnelle est mesurée dans le champ de la convention collective à laquelle elles déclarent se rattacher en fonction de l'activité de leurs adhérents ou d'une partie d'entre eux* »²²⁹⁰. C'est donc le champ d'application de la convention collective qui identifie la branche en tant que niveau d'appréciation de la représentativité et c'est à l'aune de ce champ que la représentativité de l'organisation patronale doit être vérifiée. Pour autant, la Haute juridiction introduit un « *élément de souplesse* »²²⁹¹ en admettant qu'une organisation patronale candidate

²²⁸⁷CE, 22 nov. 2021, n°431275, *Lebon* 2021 ; *Lexbase soc.* 2021, n°886, obs. Charlotte MORONVAL ; *Lexbase soc.* 2022, n°890, note Yannick PAGNERRE ; *BJT* fév. 2022, n°200z2, p.13, note Christophe MARIANO ; *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2021, n°42, p.39, obs. Nathalie FINCK et Samuel SÉROC.

²²⁸⁸Christophe MARIANO, « Représentativité patronale : la lecture compréhensive du critère d'influence », *BJT* fév. 2022, n°200z2, p.13 (note sous CE, 22 nov. 2021, préc.). Le critère d'influence fait l'objet d'une appréciation globale avec les critères de l'ancienneté et de l'audience mais ces deux derniers critères ne peuvent déclencher l'opération de compensation qu'à partir du moment où ils atteignent un seuil quantitatif fixé par la loi (2 ans pour le premier et 8 % pour le second), comme nous l'avons précédemment indiqué (V. supra note n°2219). Or, tel n'est pas le cas de l'influence auquel la loi n'attache aucun seuil minimum. Si le juge doit bien contrôler son existence, il ne peut pas refuser de porter l'appréciation globale la liant aux autres critères sous prétexte de son insuffisance. Car précisément, une influence timide pourra éventuellement être compensée par une forte ancienneté ainsi que par une audience d'un niveau assez élevé (V. supra note préc.). Dans ces conditions, la solution du Conseil d'Etat apparaît « *parfaitement justifiée en refusant d'associer un caractère rédhibitoire à une influence localisée* » (Christophe MARIANO, *op. cit.*).

²²⁸⁹Comme le souligne le Rapporteur public dans ses conclusions préalables, « *cette approche souple [...] semble parfaitement cohérente avec le mouvement actuel de restructuration des branches qui, en poussant à la fusion de branches autrefois séparées, ne peut que conduire à ce que, au moins dans un premier temps, des organisations hier représentatives dans l'une des branches fusionnées, soient actives dans une partie seulement du nouveau champ conventionnel* » (Raphaël CHAMBON, Rapporteur public, concl. CE, 22 nov. 2021, n° 431275, n° 431927).

²²⁹⁰CE, 22 nov. 2021, préc. (considérant n°4).

²²⁹¹Yannick PAGNERRE, « Concordance et influence en matière de représentativité patronale », *Lexbase soc.* 2022, n°890 (note sous CE, 22 nov. 2021, préc.).

à la représentativité dans le champ d'une convention collective de branche, alors qu'une partie seulement de ses adhérents se rattache à l'activité de cette dernière²²⁹².

§ 3. La prise en compte des particularités du monde patronal

390. En dépit du principe de symétrie posé pour les deux réformes de la représentativité, les caractéristiques du monde patronal ont conduit à choisir l'adhésion, et non l'élection, comme instrument de mesure de l'audience patronale (A). Par ailleurs, le recours à la forme associative dans la structuration de la représentation patronale a conduit le législateur à préciser les formes juridiques des organisations professionnelles d'employeurs prises en compte dans le cadre de la représentativité patronale (B).

A. La mesure de l'audience patronale

391. Loin de l'évidence souvent affichée, les raisons du choix d'une audience basée sur l'adhésion méritent un bref retour (1) avant d'examiner le contenu et les modalités d'appréciation de ce critère (2).

1- Le choix de l'adhésion

392. Critère dominant. Comme l'a souligné le Professeur Paul-Henri Antonmattéi lors de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, c'est à nouveau le critère de l'audience, « *star de la réforme de 2008* »²²⁹³, qui domine la réforme de la représentativité patronale. Ce critère permet en effet d'instaurer une mesure préalable de la représentativité d'une organisation, au-delà d'une appréciation effectuée au fil de l'eau. Il permet, en outre, de donner à cette

²²⁹²Là encore le pragmatisme de la solution est à souligner car elle permet de mettre en cohérence l'appréciation de la représentativité « *avec la réalité du paysage syndical* » (Yannick PAGNERRE, *op. cit.*). En effet, si des conventions collectives peuvent regrouper des activités très diverses, surtout dans la politique actuelle de fusion des branches, excluant donc la présence d'un regroupement uniforme d'employeurs visant ces activités, de même, des organisations professionnelles peuvent regrouper des entreprises relevant de plusieurs branches d'activités. Cette solution permet donc de répondre à ces situations, du moins en ce qui concerne l'influence (il faudra que les autres critères soient également appréciés dans le champ professionnel et territorial considéré et notamment que le seuil minimum d'adhésion soit atteint au sein de celui-ci).

²²⁹³Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.234.

représentativité établie en amont une base objective et vérifiable, contrairement à un système de représentativité présumée. La réforme de 2008 a ainsi érigé l'audience en véritable fondement de la représentativité et, au-delà, de notre système de relations professionnelles²²⁹⁴.

393. Système de mesure. Le choix fait par le législateur de 2008 d'un système électif, c'est-à-dire d'une mesure de l'audience basée sur l'expression d'un suffrage, a permis d'asseoir la légitimité des organisations syndicales accédant à la qualité représentative et de répondre en cela à une certaine conception de la démocratie sociale selon laquelle les représentants doivent être désignés démocratiquement par le vote des représentés. La transposition de cet idéal démocratique à la partie patronale s'est dès lors posée et a suscité, comme nous l'avons vu, des propositions doctrinales afin d'adapter les modalités de scrutin aux organisations d'employeurs²²⁹⁵. Séduisant sur le plan des principes, le recours à l'élection pour mesurer l'audience des organisations patronales permettait par ailleurs d'appliquer jusqu'au bout la logique de symétrie entre les représentativités recherchée par la réforme de 2014. Pour autant, la voie de l'adhésion avait également été explorée et paraissait, aux yeux de certains, plus adaptée aux réalités du monde patronal²²⁹⁶. Le débat sur le choix entre ces deux méthodes paraissait donc ouvert, même si les signataires de la Position commune du 19 juin 2013 avaient clairement pris position en faveur de l'adhésion²²⁹⁷. Jugeant que cette question méritait un « *développement conséquent* »²²⁹⁸, la mission Combrexelle a examiné très rigoureusement les avantages et les inconvénients de chaque solution pour justifier au final le choix de

²²⁹⁴Nous rappelons que l'audience sert à légitimer la représentativité des organisations de salariés qui se voient reconnaître l'accès aux prérogatives conférées par cette qualité mais également leur action puisque la validité des conventions et accords collectifs qu'elles concluent dépend également de cette audience (V. notamment supra note n°238).

²²⁹⁵Nous rappelons que les Professeurs Teyssié, Césaro et Martinon proposaient l'instauration d'un scrutin spécifique et unique organisé au niveau national et interprofessionnel et au sein des chambres consulaires, alors que Madame Maggi-Germain suggérait d'instaurer deux niveaux d'élections : un scrutin spécifique organisé au sein de la branche par l'intermédiaire de la CPPNI et l'utilisation du scrutin prud'homal pour mesurer la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel (V. étude 368 supra).

²²⁹⁶Prenant le contre-pied des propositions précédentes, les auteurs de l'Institut Montaigne considéraient que si le recours à l'élection s'imposait pour les organisations de salariés, il constituait en revanche une fausse bonne idée pour les organisations d'employeurs en raison d'une différence fondamentale existant entre les deux systèmes de représentation, les syndicats de salariés ne négociant pas au bénéfice exclusif de leurs adhérents contrairement aux organisations patronales. Un système de mesure de l'audience basée sur le nombre d'adhésions était dès lors mieux à même de traduire la délégation du mandat confié à l'organisation patronale pour négocier et donc d'asseoir sa légitimité dans le jeu de la négociation collective. Par ailleurs, ce système de mesure correspondait mieux à la réalité des rapports existant entre une entreprise et une organisation, basés avant tout sur l'adhésion à des services ou sur la participation à une vie associative (V. étude 368 supra). Cette position était partagée par l'avocat Sylvain Niel qui concluait : « *En somme, de toutes les recettes permettant de mesurer la représentativité, il n'existe que deux méthodes : l'adhésion ou l'élection. L'audience électorale s'avère à la réflexion complexe et peu adaptée, c'est donc l'adhésion qui reflète le mieux la mesure d'une représentativité patronale.* » (Sylvain NIEL, « La représentativité patronale en débat », *SSL* 2013, n°1590-1591, p.7 et spéc. p.9).

²²⁹⁷V. étude 372 supra.

²²⁹⁸Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.41.

l'adhésion²²⁹⁹. Estimant que l'élection ne pouvait être écartée d'emblée au nom d'une prétendue spécificité de la représentativité patronale par rapport à la représentativité salariale, l'auteur du rapport explique la différence entre le vote du salarié, qui est un acte individuel témoignant de la confiance qu'a ce salarié dans une organisation syndicale pour le représenter, et la situation d'une entreprise qui est une personne morale ne se confondant pas avec la personne du chef d'entreprise et pour laquelle « *la notion de vote et de volonté individuelle perd une partie de sa signification première* »²³⁰⁰. Ainsi, pour l'ancien DGT, « *Même si [...] l'adhésion de l'entreprise à une organisation professionnelle est le plus souvent justifiée par des considérations diverses tenant à la fourniture de services ou à la recherche d'informations, elle traduit mieux que le vote la volonté collective de l'entreprise et ce que les organes dirigeants considèrent comme étant " l'intérêt de l'entreprise ", notion qui pourrait d'ailleurs être opportunément approfondie par la doctrine travailliste* »²³⁰¹. L'auteur rappelle également, à l'appui de ce choix, qu'à la différence d'une organisation syndicale qui a, par nature, vocation à représenter vis-à-vis des employeurs et des pouvoirs publics l'ensemble des salariés au-delà de ses seuls militants, une organisation d'employeurs représente vis-à-vis des syndicats de salariés et des pouvoirs publics les entreprises adhérentes qui l'ont mandatée à cet effet²³⁰². L'option d'un système de mesure de l'audience patronale basée sur l'adhésion est donc justifiée par le rapport Combrexelle²³⁰³, qui n'excluait pas toutefois un retour à l'élection si les contraintes liées à l'application de ce système devenaient trop fortes²³⁰⁴.

La question ressurgira lors des débats à l'Assemblée Nationale au cours desquels certains parlementaires regretteront qu'une « *dissymétrie* »²³⁰⁵ soit ainsi instaurée au sein des critères de représentativité des organisations de salariés et des organisations d'employeurs mais les amendements visant à instaurer l'élection comme système de mesure de l'audience

²²⁹⁹V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., pp. 42-45.

²³⁰⁰Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.43.

²³⁰¹*Ibidem*.

²³⁰²V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., pp.43-44.

²³⁰³Contrairement à l'exposé des motifs du projet de loi dans lequel l'adhésion paraît relever, à tort, de l'évidence : « *il existe des différences fondamentales entre organisations de salariés et d'employeurs. Si la légitimité des premières repose sur l'élection organisée auprès des salariés, celle des secondes ne peut être fondée que sur l'adhésion des entreprises.* » (Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs, p.27). Sur le choix de l'adhésion, faussement évident, dans le projet de loi : V. Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.234.

²³⁰⁴V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.65. L'auteur souligne que le choix de l'adhésion implique une grande transparence de la part des organisations patronales dans la déclaration des effectifs d'adhérents et de rompre en cela avec les pratiques antérieures qui révélaient une certaine opacité. De même, la question des multi-adhésions - pour laquelle le rapport propose des solutions qui seront reprises par le législateur (V. infra) - ne devait pas conduire à des difficultés inextricables d'application.

²³⁰⁵Fanélie CARREY-CONTE, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1569.

patronale, voire à mixer adhésion et élection²³⁰⁶, seront soit rejetés soit retirés²³⁰⁷, consacrant ainsi l'adhésion comme le « *socle de la représentativité patronale* »²³⁰⁸.

2- Contenu et modalités d'appréciation

394. Notion d'adhérent. La prise en compte de l'adhésion comme système de mesure de l'audience patronale nécessite en premier lieu que soit clarifiée la notion d'adhérent. Dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2014, l'article L. 2151-1, 6° du Code du travail indiquait en effet que l'audience « *se mesure en fonction du nombre d'entreprises adhérentes et, selon les niveaux de négociation, en application du 3° des articles L. 2152-1 ou L. 2152-4* ». L'article L. 2152-1 du Code travail relatif à la représentativité patronale au niveau de la branche professionnelle disposait à son tour que l'audience était mesurée à partir du nombre d'« *entreprises adhérentes* » à l'organisation candidate « *à jour de leur cotisation* ». De même, l'article L. 2152-4 relatif à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel vise « *les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation* ». La première exigence pour être adhérent est effectivement de cotiser à l'organisation patronale. Le règlement effectif de la cotisation matérialise ainsi l'acte d'adhésion et permettra au commissaire aux comptes d'attester objectivement le nombre d'adhérents de l'organisation²³⁰⁹. Ce lien entre cotisation et adhésion sera clairement explicité dans les mesures réglementaires d'application de la loi du 5 mars 2014, l'alinéa 1^{er} de l'article R. 2152-1 du Code du travail issu du décret du 10 juin 2015²³¹⁰ précisant : « *Pour l'application des articles L. 2152-1 et L. 2152-4, sont considérées comme adhérentes les entreprises, qu'elles emploient ou non du personnel salarié, dès lors qu'elles versent une cotisation, conformément aux règles fixées par une délibération de l'organe compétent de l'organisation professionnelle d'employeurs à laquelle*

²³⁰⁶V. l'intervention du député Jean-Marc Germain proposant de renvoyer à une négociation interprofessionnelle ultérieure le passage à un système électif en ouvrant la possibilité, dans l'intervalle, aux branches qui le souhaiteraient d'organiser des élections tout en conservant le système général fondée sur l'adhésion (Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, pp.1570-1571).

²³⁰⁷Il est à souligner que le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale reprendra mot à mot les explications fournies dans le rapport Combrexelle sur la différence de signification entre le vote d'un salarié et d'une entreprise pour justifier le rejet de ces amendements (V. Jean-Patrick GILLE, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1569).

²³⁰⁸XXX, « L'adhésion, socle de la représentativité patronale », SSL 2013, n°1604, p.2 (act.).

²³⁰⁹V. infra.

²³¹⁰Décr. n°2015-654 du 10 juin 2015 relatif à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale, JORF 13 juin 2015.

elles adhèrent ou d'une structure territoriale statutaire de cette organisation, et selon des modalités assurant leur information quant à l'organisation destinataire de la cotisation ».

Il est à noter que le décret indique également que les entreprises versant une cotisation sont prises en compte qu'elles emploient ou non du personnel. Le texte d'application apporte utilement cette précision afin de confirmer une des préconisations du rapport Combrexelle. Dans le cadre d'une mesure de l'audience patronale, il aurait pu être envisagé en effet que seuls les employeurs soient effectivement pris en compte et que les entreprises dépourvues de salariés en soient exclues. Cette position aurait pu d'autant plus se comprendre qu'une des finalités premières de la représentativité patronale est de conférer à l'organisation la capacité de signer des accords susceptibles d'extension portant sur les conditions de travail des salariés. Or, selon le rapport Combrexelle, « *la réalité est, toutefois, plus nuancée* »²³¹¹. En effet, par le biais de l'extension, les stipulations d'une convention collective ou d'un accord collectif sont rendues obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés, actuels mais aussi futurs, entrant dans leur champ d'application. Les effets actuels et potentiels d'une convention étendue ne se limitent donc pas aux seuls employeurs mais concernent l'ensemble des entreprises de la branche. Conformément à son objectif originel, l'extension contribue ainsi à la régulation économique et sociale de tout un secteur justifiant que soient prises en compte toutes les entreprises relevant de celui-ci, qu'elles emploient ou non du personnel²³¹².

²³¹¹ Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.54.

²³¹² Il existe cependant une exception à cette règle pour le secteur agricole. La loi du 5 mars 2014 a en effet pris soin de préciser que dans les branches couvrant exclusivement les activités agricoles mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 du Code rural et de la pêche maritime - ainsi que les coopératives d'utilisation de matériel agricole, selon les dispositions de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (JORF, 21 déc. 2014) - les entreprises et exploitations adhérentes sont celles relevant, l'année précédant la mesure de l'audience, du *a* du 3° de l'article L. 723-15 du même code (V. C. trav., art. L. 2152-1, al. 5). Les dispositions de l'article L. 723-15 précitées visant les « *chefs d'exploitations ou d'entreprises mentionnées à l'article L. 722-1 employant une main-d'œuvre salariée, à titre permanent* », seules les entreprises et exploitations agricoles employant effectivement du personnel sont donc prises en compte pour la mesure d'audience au sein de ces branches (la loi du 8 août 2016 ayant précisé que l'entreprise ou l'exploitation agricole est prise en compte quel que soit le nombre d'heures effectuées par les salariés concernés ; V. C. trav., art. L. 2152-1, al. 5, préc.). Cette exception s'explique par la volonté du législateur de préciser le périmètre de la mesure de l'audience dans les branches du secteur agricole, compte tenu des spécificités des exploitations et entreprises agricoles. Il a été ainsi décidé, lors des débats parlementaires, de prendre comme référence les collèges électoraux des caisses de mutualité sociale agricole pour définir ce périmètre (V. notamment Claude JEANNEROT, Rapporteur, Sénat, 20 fév. 2014, JO Sénat, 21 fév. 2014, p.2188).

Les dispositions réglementaires d'application permettront, par ailleurs, de prendre en compte des situations particulières tenant à la structuration de l'entreprise²³¹³ et au secteur d'activité²³¹⁴ et d'affiner ainsi la notion d'entreprise adhérente.

Enfin, la loi dite « Rebsamen » du 17 août 2015²³¹⁵ a apporté deux précisions importantes sur la notion d'adhérent. La première est que l'adhésion à une organisation professionnelle d'employeurs doit être volontaire pour être prise en compte dans la mesure de représentativité²³¹⁶. Cette précision qui pourrait, de prime abord, paraître relever de l'évidence est destinée à prendre en compte une réalité du monde patronal. Des organisations territoriales adhèrent en effet à plusieurs organisations nationales et par le jeu de ces adhésions multiples, certains adhérents pouvaient se retrouver adhérents d'organisations nationales « *sans en avoir toujours conscience* »²³¹⁷. Le texte apporte une réponse sur ce point et permet de garantir le respect du principe de la liberté syndicale et l'exigence de transparence²³¹⁸. La deuxième précision met fin à une distinction que la loi de 2014 avait curieusement opéré entre le niveau de la branche et le niveau interprofessionnel. Comme nous l'avons indiqué supra, l'article L. 2152-1 (3°) du Code travail relatif à la représentativité patronale au niveau de la branche professionnelle ne visait, dans sa rédaction initiale, que les « *entreprises adhérentes à jour de leur cotisation* », alors que l'article L. 2152-4 (3°) relatif à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel vise « *les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation* ». Or, dans la branche comme dans l'interprofession, une entreprise peut

²³¹³Un décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 modifiant les dispositions relatives à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale (JORF, 22 oct. 2016) est venu compléter les dispositions de l'article R. 2152-1 du Code du travail en précisant que pour les entreprises comportant plusieurs établissements, l'adhésion pouvait être effectuée à leur niveau dès lors que le chef d'établissement dispose d'une délégation de pouvoir du chef d'entreprise permettant l'adhésion à une organisation professionnelle d'employeurs et qu'il verse une cotisation. Toutefois, lorsque plusieurs établissements d'une entreprise adhèrent à une même organisation professionnelle d'employeurs ou à une même structure territoriale statutaire d'une organisation professionnelle d'employeurs, une seule adhésion à cette organisation ou à cette structure territoriale est prise en compte au titre de cette entreprise.

²³¹⁴L'article R. 2152-1 du Code du travail précise que « *Pour les professions libérales définies à l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, dans le cas d'une association entre des professionnels, chaque associé qui participe à l'exercice de l'activité libérale et qui adhère à une organisation professionnelle d'employeurs dans les conditions de la présente section est pris en compte comme une entreprise adhérente* ». Le texte précise également que pour les entreprises et exploitations agricoles mentionnées au cinquième alinéa de l'article L. 2152-1 du Code du travail (V. supra note n°2312), « *constituées sous la forme d'un groupement d'employeurs ou d'une société, chaque membre du groupement ou associé qui participe à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation et qui adhère à une organisation professionnelle d'employeurs dans les conditions de la présente section est pris en compte comme une entreprise adhérente* ».

²³¹⁵L. n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF 18 août 2015, p.14346.

²³¹⁶La loi du 17 août 2015 a ainsi complété l'article L. 2151-1, 6° en ajoutant que l'audience se mesure en fonction du nombre d'entreprises « *volontairement* » adhérentes.

²³¹⁷Bernard GAURIAU, « Stratégie et dialogue social adapté (À propos des articles 19, 21 et 23 de la loi du 17 août 2015) », *JCP S* 2015, 1354.

²³¹⁸V. François REBSAMEN, ministre du Travail, Sénat, 24 juin 2015, JO Sénat, 25 juin 2015, p.6794.

adhérer directement à l'organisation candidate à la représentativité ou par le biais soit d'une structure territoriale de cette organisation, soit d'une autre organisation professionnelle d'employeurs elle-même adhérente à l'organisation candidate. Une certaine ambiguïté existait donc sur les adhésions passant par une organisation professionnelle d'employeurs intermédiaire au niveau de la branche²³¹⁹. Dans l'objectif de « *sécuriser la prise en compte des adhésions pour la mesure de l'audience dans les branches professionnelles* »²³²⁰, la loi de 2015 est ainsi venue aligner sur ce point la rédaction de l'article L. 2152-2 du Code du travail sur celle de l'article L. 2152-4, afin de tenir compte des adhésions indirectes.

395. Assiette de calcul. Le choix de l'assiette de calcul mérite également quelques explications. En effet, dans une logique première, un système de mesure de l'audience fondé sur le nombre d'adhésions sous-entend que l'on compare le nombre d'entreprises adhérentes de l'organisation candidate à la représentativité au nombre total d'entreprises comprises dans le champ considéré (branche ou interprofession). C'est d'ailleurs en ce sens que semblait s'orienter la position commune des organisations patronales²³²¹. Toutefois, ce mode de calcul risquait de fragiliser la représentativité des organisations professionnelles dans les branches présentant un taux d'adhésion très faible. Pour remédier à ce problème, le rapport Combrexelle

²³¹⁹Cette question avait pourtant été discutée lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014. Il avait été notamment souligné que la rédaction proposée du futur article L. 2152-1, 3° du Code du travail ne visait pas expressément « *la situation des fédérations de branche qui, au sens strict, n'ont pas d'entreprises adhérentes, mais seulement des organisations professionnelles de base auxquelles adhèrent les entreprises ; elles assument donc, pour ainsi dire, une représentation au deuxième degré, alors que cet état de fait a été pris en considération au 3° de l'article L. 2152-2 [L. 2152-4] pour la mesure de l'audience au niveau national interprofessionnel* » (Jean-Noël CARDOUX, Sénat, 20 fév. 2014, JO Sénat, 21 fév. 2014, p.2187 ; adde Gérard CHERPION, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, pp.1571-1572). Des amendements avaient été présentés lors des discussions à l'Assemblée Nationale (amendement n°74 présenté par Gérard Cherpion) et au Sénat (amendement n°139 présenté par Jean-Noël Cardoux) afin d'aligner la rédaction des deux articles et permettre ainsi de prendre en compte l'adhésion des organisations de base et donc indirectement des entreprises qui adhèrent à ces structures intermédiaires affiliées à une organisation patronale de branche. Ces propositions n'avaient toutefois pas été retenues au motif que ces situations semblaient rares au niveau de la branche contrairement au niveau national et interprofessionnel et que cette question, pertinente malgré tout, pouvait être traitée par concertation directe des partenaires sociaux au sein du HCDS, sans alourdir le texte (V. Jean-Patrick GILLE, rapporteur du projet devant l'Assemblée Nationale, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1572 ; Claude JEANNEROT, rapporteur du projet devant le Sénat, Sénat, 20 fév. 2014, JO Sénat, 21 fév. 2014, p.2187 ; Michel SAPIN, ministre du Travail, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1572 et Sénat, 20 fév. 2014, JO Sénat, 21 fév. 2014, p.2187, ainsi que l'intervention de Claude Jeannerot devant la commission mixte paritaire, in Jean-Patrick GILLE et Claude JEANNEROT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, 24 fév. 2014, p.39).

²³²⁰Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, Etude d'impact, 21 avr. 2015, p.134.

²³²¹V. Position commune de la CGPME, du MEDEF et de l'UPA du 19 juin 2013. L'article II stipule à propos de du critère de l'audience : « *S'agissant de ce dernier critère, s'il est indispensable de prendre en compte le nombre d'entreprises adhérentes par rapport à celles comprises dans le champ d'activités considéré, il demeure que la représentativité se définissant comme la capacité à engager des entreprises non adhérentes, son attribution requiert que l'organisation qui prétend en disposer puisse justifier, au travers de ses adhérents, d'un poids réel (voir supra la finalité des accords collectifs) au sein du champ d'activités dans lequel elle intervient* ».

a proposé que soit retenu une « assiette de calcul plus resserrée, constituée de l'ensemble des entreprises adhérant, à jour de leur cotisation, à toutes les organisations professionnelles sur le champ considéré, et de rapporter à ce total le nombre d'entreprises adhérant à chacune des organisations professionnelles »²³²². L'étude d'impact du projet de loi ayant par ailleurs mis en évidence que le système de mesure s'appuyait sur des informations relatives aux entreprises adhérentes fournies par les organisations patronales elles-mêmes, il a été proposé d'ajouter que la mesure de l'audience des organisations patronales s'effectuerait dans le champ de celles ayant fait acte de candidature auprès du Ministère du travail²³²³. Le système retenu au final consiste donc à comparer le nombre d'entreprises adhérant à l'organisation candidate à la représentativité au nombre total d'entreprises adhérant à chacune des organisations professionnelles d'employeurs elles-mêmes candidates à la représentativité dans le champ considéré²³²⁴.

396. Seuil. La question du seuil minimal d'adhésions à retenir pour accéder à la qualité représentative avait, comme nous l'avons vu, donné lieu à des prises de position administratives et judiciaires dans le système antérieur aux lois de 2008 et 2014, qui accordait une place prépondérante au critère des effectifs d'adhérents en matière de représentativité patronale²³²⁵. Après l'entrée en vigueur de la loi de 2008 fixant le seuil d'audience électorale à 8 % pour les organisations de salariés, la doctrine s'était emparée du sujet. Quel que soit le système de mesure préconisé, certains auteurs avaient proposé qu'un seuil renforcé soit défini pour la représentativité des organisations d'employeurs en raison de son incidence sur la définition des secteurs d'activité (contrairement à la représentativité salariale qui n'a aucun effet en la

²³²²Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., pp.54-55. Le DGT établit un parallèle avec la mesure de l'audience des organisations de salariés pour laquelle seuls les suffrages exprimés sont pris en compte ; de la même manière, pour les entreprises, seules les volontés exprimées à travers l'acte d'adhésion ou plus précisément le paiement effectif d'une cotisation sont prises en compte.

²³²³V. Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, Etude d'impact, 21 janv. 2014, p.107.

²³²⁴V. C. trav., art. L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3°.

²³²⁵Nous rappelons que l'administration retenait en général un seuil minimal de 5 % d'adhérents dans les enquêtes de représentativité même si cette règle ne reposait sur aucun fondement juridique (V. étude 339 supra) et que le Conseil d'Etat avait reconnu la représentativité d'une organisation patronale qui comptait « plus de 2000 adhérents représentant près de 60 % des entreprises du secteur des centres équestres » (CE, 9 nov. 2007, n°257252 ; supra note n°1969). Dans un autre affaire, évoquée par la rapport Combrexelle, le Conseil d'Etat avait considéré qu'une organisation syndicale représentant principalement les médecins généralistes pouvait être considérée comme l'une des organisations syndicales les plus représentatives de médecins pour l'ensemble du territoire et être habilitée à ce titre à négocier et à signer la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie, dès lors qu'elle répondait aux critères énoncés par l'article L.162-33 du code de la sécurité sociale et qu'il résultait de l'enquête de représentativité que les effectifs de cotisants de cette organisation représentaient 5,16 % du total des médecins libéraux (CE, 10 juil. 1992, n°s 105440, 106591, 110194, 121353, Lebon 1992).

matière)²³²⁶. Eludant la question, le rapport Combrexelle a estimé au contraire que le seuil de 8 % fixé pour les organisations de salariés pouvait être retenu comme seuil d'audience minimal pour les organisations patronales tant au niveau des branches qu'au niveau national et interprofessionnel, au motif que ce seuil « *présente un caractère raisonnable* »²³²⁷. En effet, pour l'ancien DGT, ce seuil se justifie - outre sa similitude avec les organisations de salariés - par l'assiette de calcul de l'audience, qui se base uniquement sur les entreprises adhérentes²³²⁸. Il en irait différemment si le dénominateur était composé de toutes les entreprises du secteur, ce qui impliquerait alors qu'un seuil beaucoup plus bas soit fixé afin d'éviter que les branches où il n'existe qu'une seule organisation professionnelle avec un faible taux d'adhésion se voient privées de toute représentation patronale²³²⁹. Suivant « *quasi religieusement* »²³³⁰ les préconisations du rapport, le législateur entérinera ce seuil minimal de 8 % au niveau des branches et au niveau national et interprofessionnel lors du vote de la loi du 5 mars 2014²³³¹, refermant ainsi le débat doctrinal sur l'adaptation du seuil d'audience aux effets particuliers de la représentativité patronale sur la structuration des secteurs de l'économie²³³².

397. Pondération. La nécessité de pondérer le nombre d'adhésions a également fait l'objet de nombreuses discussions amenant le législateur à amender par la suite les dispositions de la loi de 2014. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, dans le monde des salariés, qui est un monde d'égaux, le système « un homme = une voix » semble parfaitement adapté. Dans le monde patronal, à l'inverse, les entreprises adhérentes ont des tailles, appréciées en termes d'effectif de salariés ou d'importance économique, totalement différentes. Pour reprendre l'image utilisée lors des débats parlementaires, le « *Garage Renault* » ne pèse pas autant que « *les usines Renault* »²³³³. La prise en compte de cette réalité a toujours fait l'objet d'un

²³²⁶Madame Maggi-Germain proposait ainsi de retenir un seuil minimum de 15 % des voix dans un système de mesure de l'audience patronale fondé sur l'élection et les auteurs de l'Institut Montaigne proposaient de retenir un seuil de 15 à 20 % d'adhérents dans un système fondé sur l'adhésion (V. étude 368 supra).

²³²⁷Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.56.

²³²⁸V. étude 395 supra.

²³²⁹V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.56.

²³³⁰Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *RDT* 2016, p.354 (note sous Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-519-QPC).

²³³¹V. *C. trav.*, art. L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3°.

²³³²Le seuil de 8 % a également paru raisonnable à un commentateur avisé de la loi de 2014, pour qui des seuils plus élevés auraient pu constituer « *un frein à la négociation* » (Franck PETIT, « Représentativités syndicale et patronale : la symétrie imparfaite », *Dr. soc.* 2014, p.1).

²³³³Cette image a été utilisée à plusieurs reprises dans les débats ; notamment : Denys ROBILIARD, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1570.

questionnement en matière de représentativité patronale²³³⁴. Dans leur position commune du 19 juin 2013, les trois confédérations patronales avaient préconisé que l'audience, basée sur les adhésions, soit « *appréciée en fonction d'une pondération du poids des entreprises adhérentes* »²³³⁵, sans toutefois préciser les critères de pondération à retenir. A l'issue de ses auditions, la mission Combrexelle avait constaté que cette préconisation faisait l'objet d'un certain consensus. Pour la plupart des personnes auditionnées, il était en effet nécessaire d'instaurer un système de pondération au principe « une entreprise = une adhésion », qui ne tenait pas compte des différences de taille ou de poids entre entreprises²³³⁶. Les différentes pistes envisagées consistaient à introduire des variables telles que le nombre de salariés des entreprises adhérentes, leur chiffre d'affaires ou la valeur ajoutée générée par ces dernières²³³⁷.

Pour autant, la mission a conclu ses travaux en proposant une prise en compte de cette question en deux temps ou, plus exactement, à deux niveaux. La question ayant ressurgi lors des débats parlementaires²³³⁸, la solution adoptée par le législateur de 2014 a été là encore fidèle aux préconisations du rapport. Il a ainsi été décidé, en premier lieu, que les adhésions ne seraient pas pondérées. C'est donc le nombre brut des entreprises adhérentes qui est pris en compte par la loi du 5 mars 2014 pour mesurer l'audience par adhésion, permettant ainsi à chaque entreprise d'être représentée, quel que soit son poids. La loi de 2014 introduit ensuite, comme nous l'avons déjà indiqué²³³⁹, un droit d'opposition à l'extension des conventions de branche et des accords professionnels ou interprofessionnels et réserve celui-ci à une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs « *reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce*

²³³⁴Sous l'empire du droit antérieur, qui ne définissait pas explicitement les critères de la représentativité patronale, nous avons vu que le Conseil d'Etat avait introduit, au gré de ses décisions, des critères de pondération tenant à la taille de l'entreprise ou à son poids économique pour apprécier le critère prévalent des effectifs (V. supra note n°1976). La doctrine avait de son côté formulé plusieurs propositions - y compris dans le cadre d'un système électif - mais également des interrogations sur la pertinence des critères de pondération communément admis (V. étude 368 supra).

²³³⁵Position commune de la CGPME, du MEDEF et de l'UPA du 19 juin 2013, art. II.

²³³⁶V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.47.

²³³⁷*Ibidem*. Nous rappelons que l'Institut Montaigne avait formulé, peu de temps avant, une proposition consistant à prendre en compte le nombre d'entreprises adhérentes mais également leur effectif de salariés et leur poids économique, mesuré en fonction du chiffre d'affaires ou de la valeur ajoutée, dans l'appréciation du critère de l'audience (V. étude 368 supra).

²³³⁸Il a notamment été avancé qu'il n'était pas légitime qu'une entreprise qui emploie plusieurs salariés soit comptabilisée pour une seule unité, au même titre qu'une entreprise qui emploie un seul salarié et que dans des cas extrêmes, une organisation qui regrouperait seulement quatre ou cinq très grosses entreprises employant la majorité des salariés d'une branche pourrait ne pas être jugée représentative (V. Gérard CHERPION, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1572).

²³³⁹V. supra note n°569.

niveau »²³⁴⁰. L'effectif de salariés des entreprises adhérentes est donc pris en compte au stade de l'extension des accords conclus par les organisations patronales représentatives dans le champ considéré. Il y aurait ainsi « deux niveaux de représentativité »²³⁴¹ : un premier niveau consistant à accéder à la représentativité patronale, qui permet en matière de négociation collective de s'asseoir autour de la table de négociation des accords extensibles, et un deuxième niveau, « plus exigeant »²³⁴², qui permet de s'opposer à l'extension. Au premier niveau, seul le nombre brut des adhésions est pris en compte, puis une pondération de celui-ci est introduite au deuxième niveau afin de tenir compte du poids réel des adhérents. Le choix d'un critère de pondération tenant compte du nombre de salariés des entreprises adhérentes se conçoit dès lors aisément au stade de l'extension d'un accord collectif, qui a précisément des effets sur les salariés²³⁴³.

Cette réponse par « paliers »²³⁴⁴ à la problématique du poids réel des adhérents n'a toutefois pas convaincu les principaux intéressés. Le MEDEF et des fédérations patronales de branche représentant essentiellement de grandes entreprises ont en effet critiqué ce système qui ne tenait pas compte de la taille réelle des entreprises pour l'accès à la représentativité et ce, alors même que la position commune du 19 juin 2013 avait conditionné la mesure de l'audience fondée sur les adhésions à une prise en compte du poids des entreprises adhérentes²³⁴⁵. Ainsi, et bien que la loi n'ait pas fait l'objet d'une saisine du Conseil Constitutionnel avant sa promulgation²³⁴⁶, la parution des mesures réglementaires d'application a donné l'occasion à ces organisations de questionner de façon incidente la constitutionnalité du mode de calcul de l'audience défini par le législateur. Dans la perspective de la réalisation de la première mesure

²³⁴⁰C. trav., art. L. 2261-19, al.3.

²³⁴¹Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.236.

²³⁴²*Ibidem*.

²³⁴³V. en ce sens : Michel SAPIN, ministre du Travail, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1572. Le rapport Combrexelle a envisagé les différentes possibilités de pondération. Un critère social lié au nombre de salariés est apparu évident en matière de négociation collective - et plus particulièrement au stade de l'extension qui exige la représentativité des organisations patronales – puisque cette dernière a vocation à engager les employeurs mais également à couvrir les salariés. L'ajout d'un critère supplémentaire de caractère économique a, à l'inverse, été écarté car une pondération liée au chiffre d'affaires a paru éloignée de la logique sous-tendant la représentativité sociale, objet de la réforme de la représentativité patronale (ce critère visant davantage la représentativité économique de l'organisation), même si ce critère a parfois été retenu par le juge administratif (V. supra note n°1976). De la manière, la prise en compte de la valeur ajoutée - notion définie en comptabilité que certains jugeaient plus pertinente que le chiffre d'affaires - a paru trop complexe à retenir (V. Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., pp.61-63).

²³⁴⁴Jean-Patrick GILLE, rapporteur, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1572.

²³⁴⁵Les organisations patronales représentant des petites entreprises, telles que la CGPME, étaient au contraire favorisées par un système égalitaire fondé sur le principe « une entreprise = une adhésion », quelle que soit sa taille.

²³⁴⁶V. supra note n°2171.

de l'audience patronale²³⁴⁷, ces organisations ont formé un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret du 10 juin 2015 qui définissait les modalités de mise en œuvre de la réforme²³⁴⁸. Les requérantes ont fait valoir, à l'appui de leur demande d'annulation de l'article 1^{er} du décret, qu'il introduisait les articles R. 2151-1 à R. 2152-9 du Code du travail sans prévoir, à aucun de ces articles, une pondération du critère du nombre des entreprises adhérentes pour mesurer l'audience des organisations professionnelles d'employeurs. A cette occasion, les requérantes ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions des articles L. 2151-1, 6°, L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3° du Code du travail issues de l'article 29 de la loi du 5 mars 2014, en arguant que le fait de mesurer l'audience sans prendre en compte le nombre de salariés des entreprises adhérentes méconnaîtrait certains principes constitutionnels. Le Conseil d'Etat ayant décidé qu'il y avait lieu de surseoir à statuer sur la requête et de transmettre la QPC²³⁴⁹, le Conseil Constitutionnel a donc finalement été invité à analyser le dispositif de mesure de l'audience patronale, tel que défini par la loi de 2014. La juridiction suprême a considéré « *d'une part, qu'en prévoyant que l'audience de ces organisations se mesure en fonction du nombre des entreprises adhérentes, le législateur a entendu assurer un égal accès à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs quel que soit le nombre des salariés employés par les entreprises adhérentes ou leur chiffre d'affaires ; qu'en outre, en vertu du troisième alinéa de l'article L. 2261-19 du Code du travail, le nombre de salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs est pris en compte en matière de négociation collective* »²³⁵⁰. Le Conseil en conclut que le système de mesure de l'audience tel que défini par les dispositions précitées ne heurte ni le principe de participation, ni celui de liberté syndicale, ni, enfin, celui d'égalité devant la loi, garantis par les normes constitutionnelles²³⁵¹. Une annotatrice avisée a toutefois souligné qu'en ajoutant expressément que le nombre de salariés des entreprises adhérentes est pris en compte au travers du nouvel alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du Code du travail - introduisant le droit d'opposition à l'extension - le Conseil aurait pris soin de ménager une marge de manœuvre au législateur lui permettant d'adopter une logique contraire et d'instaurer

²³⁴⁷Nous rappelons que la première mesure de l'audience patronale, réalisée en application des dispositions de la loi du 5 mars 2014, n'était prévue qu'en 2017 afin de l'adapter au calendrier de mesure de la représentativité salariale (V. étude 380 supra).

²³⁴⁸V. supra note n°2310.

²³⁴⁹V. CE, 9 nov. 2015, n°392476.

²³⁵⁰Cons. const., 3 fév. 2016, n°2015-519 QPC, *JCP S* 2016, 1081, comm. Lydie DAUXERRE ; *RDT* 2016, p.354, note Sophie NADAL.

²³⁵¹Les Sages en profitent pour indiquer que les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 relatives au principe de participation ne s'appliquent pas aux employeurs (V. considérant n°11).

à l'avenir un système de pondération au nombre d'adhésions²³⁵². Dans son commentaire de la décision, le Conseil Constitutionnel indique d'ailleurs : « *Le législateur aurait sans doute pu, sans méconnaître aucune exigence constitutionnelle, pondérer le critère de l'audience en fonction du nombre de salariés des entreprises, mais à l'inverse l'absence de pondération pour apprécier la représentativité n'était pas inconstitutionnelle* »²³⁵³. La question d'une réforme de la réforme était donc posée, avant même que celle-ci n'ait été effectivement mise en oeuvre²³⁵⁴...

Ainsi, le 19 janvier 2016, le MEDEF et la CGPME ont conclu une position commune proposant de modifier les modalités de calcul de l'audience, « *afin de davantage tenir compte de la spécificité et de la diversité des organisations professionnelles et des branches* ». Le texte prévoyait que le calcul de l'audience patronale devait tenir compte pour 20 % du nombre des entreprises adhérentes et pour 80 % du nombre des salariés de ces entreprises. Cette proposition a été intégrée dans le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, afin de « *mieux tenir compte des réalités* »²³⁵⁵. Ensuite, dans le prolongement des débats de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi²³⁵⁶, le MEDEF, la CGPME et l'UPA ont conclu une nouvelle position commune, le 2 mai 2016, proposant de mesurer l'audience patronale soit en fonction du nombre d'entreprises adhérant aux organisations professionnelles, soit en fonction du nombre de salariés de ces entreprises. Reprises à l'article 35 de la loi du 8 août 2016, ces nouvelles modalités de calcul de l'audience prévoient désormais que le seuil de 8 % nécessaire pour remplir le critère de l'audience au niveau des branches professionnelles et au niveau

²³⁵²V. Sophie NADAL, *op. cit.*

²³⁵³V. Cons. const., Commentaire Décision n°2015-519 QPC du 3 février 2016, p.15.

²³⁵⁴Nous rappelons à nouveau que la première mesure de l'audience patronale était programmée en 2017.

²³⁵⁵Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Etude d'impact, 24 mars 2016, p.194. Il était soutenu, à l'appui du projet de loi, que les modalités de calcul de l'audience résultant de la loi de 2014 pouvaient désavantager les organisations patronales qui comptent un plus faible nombre d'entreprise adhérentes, quand bien même ces entreprises emploient un nombre important de salariés. Afin de pallier cet écueil, le projet de loi proposait ainsi, dans sa rédaction initiale, d'instaurer une pondération permettant de réduire le poids du nombre d'entreprises adhérentes et d'instaurer une prise en compte du nombre de salariés selon la méthode définie par la position commune du 19 janvier 2016. Le nombre d'entreprises adhérentes à une organisation professionnelle d'employeurs comptait alors pour 20 %, et le nombre de salariés employés par ces entreprises pour 80 % (V. Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, n°3675, Ass. Nat., 7 avr. 2016, p.490 et s.).

²³⁵⁶En commission des affaires sociales, le rapporteur avait mis en exergue le risque de sous-représentation des entreprises employant un faible nombre de salariés, très désavantagées par le système retenu dans le projet de loi, et avait proposé de supprimer l'article en question dans l'attente d'une nouvelle négociation entre les organisations professionnelles d'employeurs (V. Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, après engagement de la procédure accélérée, de modernisation du droit du travail, n°3909, Ass. Nat., 30 juin 2016, p.167 et s.).

national interprofessionnel est calculé soit au regard du nombre d'entreprises adhérentes, soit au regard du nombre de salariés des entreprises adhérentes²³⁵⁷.

Le dispositif actuel de mesure de l'audience en vue d'établir la représentativité des organisations d'employeurs repose donc sur un système alternatif qui a le mérite de paraître plus égalitaire à la fois pour les organisations représentant de grosses entreprises et pour celles représentant les petites entreprises. En revanche, les modalités de calcul de l'audience requise pour l'opposition à l'extension - qui font uniquement référence au nombre de salariés selon les dispositions de l'article L. 2261-19 al. 3 du Code du travail - continuent d'alimenter la controverse. Des organisations telles que l'U2P lui reprochent, en effet, de concentrer le pouvoir d'opposition sur les organisations patronales représentant de grosses entreprises et de défavoriser ainsi les TPE et les PME²³⁵⁸.

398. Vérification et formalisme. L'obligation de transparence, que la mission Combrexelle a considéré comme inhérente à la réforme de la représentativité patronale²³⁵⁹, est une des conditions premières d'un système de mesure de l'audience basé sur les adhésions²³⁶⁰. En effet, en application des dispositions de l'article L. 2152-5 du Code du travail, les organisations patronales souhaitant accéder à la représentativité doivent faire acte de candidature dans des conditions déterminées par voie réglementaire²³⁶¹ et indiquer, à cette occasion, le nombre de leurs entreprises adhérentes et le nombre des salariés qu'elles emploient. Il s'agit donc d'un système déclaratif reposant sur les données fournies par les organisations candidates elles-mêmes. Pour garantir la transparence et la fiabilité de ces données, le législateur a toutefois pris la précaution de les faire vérifier par un tiers extérieur aux organisations. Il a ainsi été prévu qu'un commissaire aux comptes atteste le nombre d'entreprises adhérant à l'organisation candidate, ainsi que le nombre de leurs salariés²³⁶². Afin d'éviter de trop lourdes charges financières, la loi a prévu que le commissaire aux comptes en charge de cette mission puisse être celui mandaté par l'organisation dans le cadre de l'obligation de certification des comptes²³⁶³. Ainsi, l'intervention du commissaire aux comptes destinée à

²³⁵⁷V. *C. trav.*, art. L. 2151-1, 6°, L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3°.

²³⁵⁸V. Ass. Nat., question écrite n°22037, JOAN, 12 janv. 2021, p.378 ; Sénat, questions écrites n°s 11707, 11778, 11795, 11930, 11939, 11988, 12099, 12371, 12427, JO Sénat, Réponses des ministres aux questions écrites, 14 janv. 2021, pp.283-287 ; Pascal LOKIEC, « Revitaliser la représentation collective », *Dr. soc.* 2020, p.29.

²³⁵⁹V. étude 389 supra.

²³⁶⁰Nous rappelons que le rapport Combrexelle indique qu'à défaut de transparence de la part des organisations patronales dans la déclaration de leurs effectifs d'adhérents, un retour à un système électif devrait être envisagé (V. supra note n°2304)

²³⁶¹V. *C. trav.*, art. R. 2152-12 et s.

²³⁶²V. *C. trav.*, art. L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3°. Sur la mission d'attestation du commissaire aux comptes : V. Yves NICOLAS, « Le rôle du commissaire aux comptes dans les organisations syndicales », *Dr. soc.* 2014, p.251.

²³⁶³V. *C. trav.*, art. L. 2152-1, 3° et L. 2152-4, 3°, préc.

garantir le respect du critère de transparence financière et celle destinée à fiabiliser la mesure de l'audience sont étroitement liées²³⁶⁴.

Le ministre chargé du Travail examinera ensuite le dossier de candidature et vérifiera que tous les critères de représentativité sont respectés, en s'assurant « *notamment que le montant des cotisations versées par les entreprises et, le cas échéant, les organisations professionnelles adhérentes est de nature à établir la réalité de leur adhésion* »²³⁶⁵.

Une fois ces vérifications effectuées, et après avis du HCDS, le ministre arrêtera liste des organisations patronales reconnues représentatives dans le champ considéré et fixera, à cette occasion, leurs poids respectifs pour l'opposition à l'extension des accords collectifs²³⁶⁶.

399. Regroupement. Afin de prendre en compte les recompositions intervenant au sein du monde patronal, le décret du 20 octobre 2016 pris en application de la loi du 5 mars 2014²³⁶⁷ a, enfin, prévu que l'ensemble des éléments démontrant l'audience mais également l'influence et l'ancienneté acquises par les organisations professionnelles d'employeurs préexistantes bénéficie à l'organisation issue de leur regroupement, en vue de sa candidature à la représentativité²³⁶⁸.

B. La forme juridique des organisations patronales représentatives

400. La question de la forme juridique des organisations pouvant accéder à la représentativité est un vieux débat (1) que législateur de 2014 semblait avoir mis de côté, avant qu'il ne ressurgisse à l'occasion de l'adoption de la loi du 17 août 2015 (2).

²³⁶⁴Nous rappelons que si la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire pour toute organisation patronale qui souhaite candidater à la représentativité, l'obligation de certification des comptes ne s'impose qu'aux organisations salariales et patronales dépassant un certain seuil de ressources annuelles. Toutefois, comme le soulignait le rapport Combrexelle, les effectifs adhérents doivent pouvoir se déduire des documents financiers et, en particulier, du poste « cotisations » du compte de résultats des organisations (V. étude 389 supra).

²³⁶⁵C. trav., art. L. 2152-6.

²³⁶⁶Il convient de souligner que la fixation du poids des organisations au titre du droit d'opposition issu de l'article L. 2261-19, al. 3 du Code du travail n'est pas expressément prévu par l'article L. 2152-6. La jurisprudence a toutefois admis que le ministre du Travail pouvait légalement fixer ce poids dans l'arrêté établissant la liste des organisations reconnues représentatives, au vu de leurs audiences respectives (V. CAA Paris, 5 déc. 2022, n^{os} 22PA00280, 22PA00294). Il convient de préciser également que les informations recueillies à l'occasion de la mesure de l'audience sont utilisées à d'autres finalités telles que la détermination du nombre de sièges attribués aux organisations dans le cadre des élections prud'homales (V. C. trav., art. L. 1441-4) ou bien encore la répartition des mandats au sein du conseil d'administration du Fonds pour le financement du dialogue social et l'attribution de ses crédits (V. C. trav., art. L. 2135-13 et L. 2135-15).

²³⁶⁷V. supra note n^o 2313.

²³⁶⁸V. C. trav., art. R. 2151-1.

1- Un débat ancien

401. Origine. Lorsque la loi du 21 mars 1884 proclamant la liberté syndicale fût votée²³⁶⁹, le Gouvernement de l'époque souhaitait généraliser la liberté d'association²³⁷⁰. Toutefois, pour des raisons politiques, le projet fût reporté jusqu'au vote de la loi du 1^{er} juillet 1901²³⁷¹. Le statut de « *syndicats professionnels* » créé par la loi de 1884 était ainsi perçu comme une forme d'association de type particulier ayant un objet précisément défini et consistant à la défense des intérêts professionnels au sens large, dans l'attente de l'adoption d'un texte plus général²³⁷². La loi du 1^{er} juillet 1901 est venue, par la suite, définir l'association comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* »²³⁷³. Son objet est ainsi beaucoup plus large que celui du syndicat qui obéit au principe de spécialité et dont la constitution est limitée aux « *personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* »²³⁷⁴. En raison de la plus grande souplesse offerte par le statut d'association, de nombreux groupements patronaux ont opté pour cette forme juridique, qui a notamment permis la constitution de groupements primaires interprofessionnels²³⁷⁵.

402. Hésitations. La loi du 24 juin 1936 réservant la composition de la commission mixte chargée de négocier les conventions collectives de travail aux « *représentants des organisations syndicales patronales et ouvrières, les plus représentatives* »²³⁷⁶, la question s'est posée de savoir ce que recouvrait l'expression « organisations syndicales ». La faculté de signer les conventions susceptibles d'extension était-elle réservée aux seuls syndicats professionnels constitués conformément à la loi de 1884 ou était-elle ouverte aux organisations patronales et ouvrières constituées sous la forme d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 ? Saisi pour avis, le Conseil d'Etat considéra : « *Il résulte des termes mêmes de l'article 31 va du livre*

²³⁶⁹L. du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels (V. étude 23 supra).

²³⁷⁰V. Denis BARBET, « Retour sur la loi de 1884. La production des frontières du syndical et du politique » in *La construction du syndicalisme* (sous la direction de Michel Offerlé), *Genèses*, 3, 1991, pp. 5-30 et spéc. p.6.

²³⁷¹L. du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF 2 juil. 1901, p.4025.

²³⁷²L'article 2 de la loi du 21 mars 1884 vise d'ailleurs expressément « *Les syndicats ou associations professionnelles* » (expression reprise quasiment à l'identique à l'actuel article L. 2131-2 du Code du travail : « *Les syndicats ou associations professionnels* [...] »).

²³⁷³L. 1^{er} juil. 1901, art. 1^{er}.

²³⁷⁴C. trav., art. L. 2131-2, al.1.

²³⁷⁵V. Paul DURAND, « Le régime juridique des syndicats patronaux », *Dr. soc.* 1946, p.372 et spéc. p.375.

²³⁷⁶C. trav., art. 31 va. anc., réd. L. du 24 juin 1936.

Ier du code du travail que la loi du 24 juin 1936 n'a pas eu pour but de réserver aux seuls syndicats professionnels ou unions de syndicats constitués conformément au titre Ier du livre III du code du travail, la qualité nécessaire pour pouvoir participer à une commission mixte en vue de conclure une convention collective susceptible d'être rendue obligatoire par arrêté ministériel ; mais qu'en employant l'expression générale d'organisations syndicales, sans aucune référence aux conditions exigées par la loi pour la constitution des syndicats professionnels, le législateur a entendu viser toutes les organisations professionnelles légalement constituées et ayant un objet syndical, tel qu'il est défini par l'article 1^{er} du livre III du code du travail, c'est-à-dire l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels et commerciaux ; qu'ainsi les conventions collectives de travail régies par la loi du 24 juin 1936 peuvent être conclues par des groupements professionnels constitués sous la forme d'associations de la loi du 1er juillet 1901, pourvu qu'ils soient les plus représentatifs pour la branche d'industrie ou de commerce de la région considérée »²³⁷⁷. Les associations ouvrières et patronales ayant un objet syndical et constituées conformément à la loi de 1901 pouvaient donc signer les conventions collectives de travail extensibles, selon la formation consultative du Conseil d'Etat, du moment qu'elles étaient les plus représentatives dans le champ professionnel et géographique considéré. Partant, une association de loi 1901 pouvaient donc être reconnue représentative au sens de la loi du 24 juin 1936... Cette interprétation sera ensuite reprise par la circulaire du ministre du Travail du 26 novembre 1937 relative à l'application de l'article 31 va du livre Ier du Code du travail sur les conventions collectives de travail, ainsi que dans d'autres domaines²³⁷⁸.

La question ressurgit après l'adoption de la loi du 11 février 1950, qui dispose que les commissions mixtes chargées de la négociation et de la conclusion des conventions collectives de travail susceptibles d'être étendues « *sont composées des représentants des organisations syndicales d'employeurs les plus représentatives et des organisations syndicales de travailleurs les plus représentatives pour l'ensemble du territoire* »²³⁷⁹. Pour la doctrine la plus autorisée à l'époque, il ne fait aucun doute que la situation des associations de loi 1901 au regard des conventions collectives susceptibles d'extension n'a pas été modifiée, l'article 31 f. du Code

²³⁷⁷CE, avis du 26 oct. 1937, *Dr soc.* 1938, p.92, note Pierre-Henri TEITGEN.

²³⁷⁸V. Albert ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.139 (note bas de page n°1).

²³⁷⁹C. trav., art. 31 f. anc., réd. L. du 11 fév. 1950. L'article 31 h. réserve à ces mêmes « *organisations syndicales* » d'employeurs et de travailleurs « *les plus représentatives d'une branche d'activité* », la faculté de conclure des conventions collectives régionales et locales.

du travail reproduisant « *sans différence notable* »²³⁸⁰ l'ancien article 31 va. Ainsi, les associations professionnelles régies par la loi de 1901 peuvent « *présenter les caractères d'organisations les plus représentatives* »²³⁸¹. Considérée comme « *capitale* »²³⁸² dans des secteurs tels que l'agriculture ou les employeurs de gens de maisons - qui venaient d'être intégrés dans le droit commun des conventions collectives par la nouvelle loi²³⁸³ et dont les organisations étaient constituées sous la forme d'associations de loi 1901 - la question est soumise à nouveau au Conseil d'Etat qui reprend sa précédente interprétation mais en l'assortissant d'une distinction. Le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que pour les conventions collectives ordinaires, l'article 31 a. du Code du travail dispose que celles-ci sont conclues entre, d'une part, « *une ou plusieurs organisations syndicales de travailleurs* »²³⁸⁴ et, d'autre part, « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupements d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* ». Il ressort expressément de ces dispositions, selon le Conseil d'Etat, que du côté patronal sont admis à participer à la conclusion des conventions ordinaires tant les syndicats professionnels que tous autres groupements, y compris donc les associations de loi 1901²³⁸⁵, mais qu'en revanche « *l'expression "organisations syndicales", seule employée en ce qui concerne les travailleurs, ne peut viser que les syndicats constitués conformément aux dispositions du Livre III du Code du travail* »²³⁸⁶. Le Conseil d'Etat indique ensuite, à propos des conventions susceptibles d'extension régies par l'article 31 f. (qui, rappelons-le, ne fait expressément référence qu'aux « *organisations syndicales [...] les plus représentatives* » tant du côté salarial que du côté patronal), qu'en ce qui concerne les employeurs « *pour interpréter le terme "organisation syndicale" on ne saurait faire abstraction de l'étendue du champ d'application de la loi où entrent désormais des activités n'ayant aucun caractère professionnel ou pouvant même avoir un objet entièrement désintéressé, telles que les employeurs de gens de maison pris en autre qualité, les propriétaires d'immeubles et diverses associations ; qu'ainsi la loi n'a pu entendre*

²³⁸⁰Paul DURAND, « La conclusion des conventions collectives de travail par les associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901 », *Dr. soc.* 1950, p.357 et spéc. p.360.

²³⁸¹*Idem*, p.361.

²³⁸²XXX, « La situation des conventions collectives en agriculture », *Dr. soc.* 1951, p.252.

²³⁸³V. supra note n°138.

²³⁸⁴Nous rappelons que la condition de représentativité pour la signature des conventions ordinaires par les organisations de salariés ne sera introduite qu'en 1971 (V. étude 32 supra).

²³⁸⁵Cette règle est aujourd'hui confirmée par l'article L. 2231-1 du Code du travail qui dispose que la convention ou l'accord collectif est signé du côté patronal par « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* » et que « *Les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* ».

²³⁸⁶CE, avis n°253.787 du 1^{er} mars 1951, *Dr soc.* 1951, p.252

limiter aux seuls syndicats professionnels la possibilité de participer au nom des employeurs à la conclusion de conventions ; que par suite les groupements d'employeurs prévus à l'article 31 a ne doivent pas être regardés comme ayant été écartés par l'article 31 f»²³⁸⁷. En ce qui concerne les organisations de travailleurs, le Conseil d'Etat reprend également la position adoptée pour les conventions ordinaires et considère qu'« *à plus forte raison* »²³⁸⁸ les syndicats professionnels sont seuls habilités à participer à la conclusion des conventions extensibles. Contrairement à son avis de 1937, le Conseil d'Etat établit donc une différence entre les organisations de travailleurs les plus représentatives qui ne pourront revêtir que la forme syndicale et les organisations d'employeurs les plus représentatives qui pourront revêtir différentes formes juridiques, dont celle de la loi du 1^{er} juillet 1901²³⁸⁹. Il convient de rappeler à ce propos, et pour une parfaite compréhension du problème, qu'au-delà des dispositions sur l'extension, l'article 31 f. issu de la loi du 11 février 1950 venait d'introduire dans le Code du travail les critères de représentativité fixés par la circulaire du 28 mai 1945²³⁹⁰ en utilisant la même expression générale d'« *organisations syndicales* »²³⁹¹. L'avis du Conseil d'Etat permettait donc de déterminer les organisations pouvant signer les conventions susceptibles d'extension et par déduction celles pouvant accéder à la représentativité.

A des fins de clarification, une loi est votée le 17 avril 1957 « *précisant les organisations habilitées à discuter les conventions collectives de travail* »²³⁹². Cependant, ce texte « *a brouillé les cartes* »²³⁹³, plus qu'il n'a clarifié la situation. En effet, malgré son intitulé général, la loi vise uniquement les « *personnes employant sans but lucratif des salariés* » qu'elle autorise, par dérogation au champ d'application du droit syndical en vigueur à l'époque, à « *se grouper en syndicat pour la défense des intérêts qu'elles ont en commun* »²³⁹⁴. L'article 2 ajoute : « *Les conventions collectives, signées par des associations d'employeurs ayant le même objet que les syndicats visés à l'article 1^{er} de la présente loi, qui répondent à toutes les autres conditions prévues par les articles 31 f et suivants [du Code du travail] sont susceptibles d'extension, conformément aux dispositions des articles 31 f et suivants* ». En prévoyant cette autorisation formelle pour les associations de personnes employant des salariés sans but lucratif (notamment

²³⁸⁷CE, avis du 1^{er} mars 1951, préc..

²³⁸⁸CE, avis du 1^{er} mars 1951, préc..

²³⁸⁹Les « *unions ou fédérations à forme mutualiste* » sont également visées par l'avis du Conseil d'Etat.

²³⁹⁰V. étude 28 supra.

²³⁹¹« *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : [...]* » (C. trav., art. 31 f., al. 4, anc., réd. L. du 11 fév. 1950).

²³⁹²L. n°57-496 du 17 avr. 1957 précisant les organisations habilitées à discuter les conventions collectives de travail, JORF 18 avr. 1957, p.4100.

²³⁹³Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), D. 1962, p.740 et spéc. p.744.

²³⁹⁴L. 17 avr. 1957, préc., art. 1^{er}.

les employeurs de gens de maison), cette loi spéciale relançait le débat sur la possibilité pour toutes les autres organisations patronales constituées sous la forme associative de signer des conventions extensibles et *in fine* de se voir reconnaître la qualité représentative, à tout le moins en matière de négociation collective.

Aussi, dans un troisième et dernier avis en date du 5 août 1958²³⁹⁵, le Conseil d'Etat est revenu sur sa position antérieure en précisant qu'il résultait du rapprochement de l'article 31 f. du Code du travail traitant de la composition de la commission mixte paritaire chargée de négocier et conclure les conventions susceptibles d'extension avec les termes de l'article 31 a. traitant de la conclusion des conventions ordinaires, que « *le législateur avait entendu limiter aux seules organisations syndicales tant d'employeurs que de salariés, la participation aux travaux de cette commission* » et qu'il ne pouvait « *être apporté d'exceptions à cette règle que, d'une part, dans les cas où la constitution d'un syndicat d'employeur serait légalement impossible, et, d'autre part, en application de la loi du 17 avril 1957, au profit des associations représentatives groupant des personnes employant des salariés sans but lucratif* ». Par cette position restrictive, le Conseil d'Etat refusait donc aux associations régies par la loi de 1901 le droit de siéger au sein des commissions mixtes paritaires et donc de se voir reconnaître la qualité d'organisation représentative au sens des dispositions relatives à la négociation et à la conclusion des conventions collectives susceptibles d'extension. Les seules exceptions admises par la formation consultative concernaient la partie patronale, lorsque la constitution d'un syndicat était légalement impossible ou lorsque l'association regroupait des employeurs de salariés sans but lucratif au sens de la loi du 17 avril 1957. Ainsi, dans un arrêt précédant de quelques jours cet avis, la formation contentieuse du Conseil d'Etat avait formellement dénié au CNPF, régi par la loi de 1901, le caractère d'organisation syndicale qui ne pouvait être réservé qu'aux syndicats, unions, fédérations et confédérations constituées conformément à la loi de 1884²³⁹⁶...

Toutefois, dans l'important arrêt *Confédération nationale artisanale* du 2 mars 1962 - maintes fois cité dans notre étude - le Conseil d'Etat a admis la légalité de l'arrêté ministériel du 12 mai 1959 prononçant l'agrément de la convention du 31 décembre 1958 créant le régime national interprofessionnel d'assurance chômage, signée par le seul CNPF du côté patronal²³⁹⁷. Or, comme nous l'avons précédemment souligné, l'ordonnance du 7 janvier 1959 instituant la

²³⁹⁵Cité par Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE, 2 mars 1962 (*Confédération nationale artisanale*), *D.* 1962, p.740 et spéc. p.744.

²³⁹⁶V. CE, 15 juil. 1958, *Lebon* 1958, p.460.

²³⁹⁷V. CE, 2 mars 1962, *Confédération nationale Artisanale*, *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX ; *Dr. soc.* 1962, p.544 (concl. Pierre NICOLAY, p.545).

procédure d'agrément ministériel des ANI d'assurance chômage exigeait que ces derniers soient conclus, « *sur le plan national et interprofessionnel, entre organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs, au sens de la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives* »²³⁹⁸. L'expression « organisations syndicales » était donc reprise par l'ordonnance pour l'agrément (extension) des ANI de protection sociale complémentaire²³⁹⁹, à l'identique des dispositions de l'article 31 f. du Code du travail régissant l'extension des conventions collectives de branche. Bien que la question n'ait pas été soulevée dans la requête, certains auteurs ont conclu qu'en validant l'arrêté ministériel d'agrément, le Conseil d'Etat serait revenu sur sa dernière position et aurait « *implicitement* » reconnu dans cette décision la qualité d'organisation représentative, au sens de la loi du 11 février 1950, au CNPF constitué sous la forme d'une association de loi 1901²⁴⁰⁰.

Pour clore la discussion, l'ordonnance du 27 septembre 1967 assouplissant les conditions de l'extension des conventions collectives de travail est venue expressément prévoir que le ministre du Travail pouvait prononcer l'extension, sur avis favorable de la commission supérieure des conventions collectives émis sans opposition, « *Lorsque la convention collective a été signée par une ou des associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 et répondant à toutes les autres conditions exigées, et notamment à celles des articles 31 f et 31 h ci-dessus* »²⁴⁰¹. Pour l'un des plus éminents spécialistes du droit de la négociation collective, l'ordonnance de 1967 venait ainsi « *mettre fin au monopole, jusqu'à présent reconnu, en matière de négociation de conventions susceptibles d'extension, aux seules organisations syndicales représentatives* »²⁴⁰².

Le débat aurait donc dû en rester là...mais le vote de la loi du 13 novembre 1982 portait les germes d'un nouveau questionnement. En effet, l'article L. 132-2 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de 1982, qui deviendra ensuite l'article L. 2231-1 après la recodification de 2008 et qui traite de la capacité à négocier les conventions et accords collectifs

²³⁹⁸Ord. 7 janv. 1959, art. 3 (V. étude 122 supra).

²³⁹⁹Il en était de même dans l'ordonnance du 4 février 1959 visant l'agrément des ANI de retraite complémentaire (V. étude 122 supra).

²⁴⁰⁰Albert ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.141 ; adde Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S* 2006, 1609 ; contra Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *D.* 1962, p.740 et spéc. p.744.

²⁴⁰¹*C. trav.*, art. 31 ja, 3°, anc., réd. Ord. 27 sept. 1967.

²⁴⁰²Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », *D.* 1968, Chron., p.147 et spéc. p.148. Le Professeur Despax soulignait que « *seules les associations d'employeurs, employant sans but lucratif du personnel domestique, pouvaient depuis la loi du 17 avr. 1957, conclure des conventions "extensibles"* » et qu'en application des nouvelles dispositions du Code du travail issues de l'ordonnance « *toutes les associations patronales seront, sur ce point, mises sur le même plan que les syndicats, à condition, il est vrai, que leur représentativité soit démontrée dans les mêmes conditions que ceux-ci* » (*Ibidem*).

en général, est venu utilement préciser : « *Les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* »²⁴⁰³. Dans le plan du Code du travail de 1982, le titre visé par l'article L.132-2 est le Titre III du livre Premier, s'intitulant « *Conventions et accords collectifs de travail* ». Ses trois chapitres recouvrent l'ensemble des dispositions relatives aux conventions et accords collectifs, y compris celles spécifiques aux conventions et accords susceptibles d'extension (objets du chapitre III). Dans ce cadre, l'article L. 133-1 du Code du travail (devenu ensuite l'article L. 2261-19) continue d'employer l'expression « *organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* » pour fixer limitativement la composition de la commission mixte chargée de négocier et conclure les conventions et accords extensibles. De même, l'article L. 133-2 fixant les critères de représentativité continue - dans sa rédaction issue de la loi de 1950, inchangée par la loi de 1982 - de viser de façon générale les « *organisations syndicales* », sans plus de précisions. Fort de la clarification effectuée par l'article L. 132-2 du Code du travail assimilant les associations d'employeurs régies par la loi de 1901 aux organisations syndicales « *pour les attributions conférées par le présent titre* », l'article L. 133-11 du même code relatif aux possibilités de déroger aux conditions communes de l'extension après avis de la CNNC émis sans opposition, ne reprend pas le cas dérogatoire visé par l'ordonnance de 1967 concernant les conventions signées par les associations d'employeurs. La possibilité pour une convention ou un accord signé par une association patronale constituée sous la forme juridique de la loi de 1901 d'être étendu paraît, en effet, relever désormais du droit commun de l'extension en vertu des dispositions générales de l'article L. 132-2 du Code du travail, et ce même si les dispositions de l'article L. 133-1 continuent de ne viser expressément que les « *organisations syndicales* ». Par extension (sans jeu de mots...), l'article L. 133-2 du Code du travail fixant les critères de représentativité, inclus lui-aussi dans les dispositions du chapitre III du Titre III, semble également couvert par l'assimilation pratiquée par l'article L. 132-2, même si ce dernier indique littéralement que cette assimilation vaut pour les « *attributions conférées par le présent titre* » ...

Amené à se prononcer, le Conseil d'Etat a considéré « *qu'aux termes de l'article L. 133-1 du code du travail : " La convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes doivent, pour pouvoir être étendus, avoir été*

²⁴⁰³V. supra note n°2385.

négociés et conclus en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré" ; que l'article L. 133-2 du même code précise les critères de cette représentativité ; qu'aux termes de l'article L. 132-2 du même code : " Les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui ont compétence pour négocier des conventions et accords collectifs, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci " par la législation sur les conventions et accords collectifs de travail ; [...] que la circonstance que l'UNAPL se soit constituée sous la forme d'une association ne fait pas obstacle à ce qu'elle exerce, comme le prévoit l'article L. 132-2 précité du code du travail, les attributions conférées par ce code aux organisations syndicales pour la négociation et la conclusion de conventions ou d'accords collectifs de travail ; que cette union, comme le rappelle l'article R. 136-3 précité du code du travail, est une organisation d'employeurs représentative des professions libérales au niveau national ; qu'ainsi, elle est représentative dans le champ d'application des accords étendus, sans qu'ait d'incidence la circonstance qu'elle ne soit pas signataire des conventions collectives conclues pour chacune des professions libérales comprise dans ce champ ; que cette représentativité lui permettait de négocier et conclure l'accord étendu sans avoir à justifier, au préalable, d'un mandat obtenu de chacune des organisations syndicales d'employeurs présentes au sein des différentes professions libérales concernées »²⁴⁰⁴. La référence aux dispositions générales de l'article L. 132-2 du Code du travail pour justifier que les organisations patronales constituées sous la forme d'associations de loi 1901 peuvent négocier et conclure des conventions susceptibles d'extension et se voir reconnaître la qualité représentative en matière de négociation collective est donc confirmée par le Conseil d'Etat²⁴⁰⁵.

Malheureusement, la recodification de 2008, pourtant effectuée à droit constant, nous semble avoir fragilisé cet édifice légal et jurisprudentiel. En effet, l'article L. 2231-1 du Code du travail ayant succédé à l'article L. 132-2 relève du Titre III du Livre II de la Deuxième partie du nouveau code (intitulé « *Conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail* »), alors que les dispositions relatives à l'extension relèvent

²⁴⁰⁴CE, 31 mai 2002, n°229574, *Lebon* 2002, préc. (V. supra note n°2025).

²⁴⁰⁵Le Conseil d'Etat confirmera cette solution dans un arrêt du 30 juin 2006 : « *Considérant, enfin, qu'aux termes du dernier alinéa de l'article L. 132-2 du Code du travail : " les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords collectifs, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre " ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la FDCUMA, en raison de son statut d'association, n'avait pas qualité pour signer l'avenant du 20 mars 1996 [étendu] ne peut qu'être écarté »* (CE, 30 juin 2006, n°263752, *JCP S* 2006, 1609, note Lydie DAUXERRE).

désormais du Titre VI (« *Application des conventions et accords collectifs* »). En continuant d'indiquer que les associations d'employeurs de loi 1901 sont assimilées aux organisations syndicales « *pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* », l'article L. 2231-1 du Code du travail semble réserver cette assimilation à la négociation et à la conclusion des seules conventions ordinaires et ne pouvoir s'appliquer à la composition de la commission en charge de la négociation et de la conclusion des conventions susceptibles d'extension, pour laquelle l'article L. 2261-19 continue, encore à ce jour, à se référer à la notion d'« *organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ considéré* »...Par ailleurs, les dispositions de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail fixant les critères de représentativité des « *organisations syndicales* » ont été reprises à l'identique par L. 2121-1 du nouveau code lors de l'opération de recodification mais elles ont été détachées des dispositions du Livre II consacré à la négociation collective et positionnées au sein du nouveau Livre I de la Deuxième partie consacré aux « *syndicats professionnels* », dans un Titre II intitulé « *Représentativité syndicale* »...

2- Un débat quasiment refermé

403. Période intermédiaire. La loi du 20 août 2008 a réformé, comme nous l'avons vu, les critères de représentativité issus de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail (qui était devenu l'article L. 2121-1 au 1^{er} mai 2008 lors de l'opération de recodification). Dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 20 août 2008, l'article L. 2121-1 du Code du travail rénovant les critères de la représentativité continue de viser expressément les « *organisations syndicales* », sans autres précisions. Pensée avant tout pour les organisations de salariés, la loi de 2008 fait impasse sur la question de la forme juridique des organisations pouvant accéder à la représentativité. Le positionnement de l'article L. 2121-1 au sein du Titre II intitulé « *Représentativité syndicale* », lui-même inclus au sein du Livre I (de la Deuxième partie du Code du travail) intitulé « *Les syndicats professionnels* », laisse à penser que l'expression « *organisations syndicales* » est à entendre comme visant les organisations constituées sous la forme de syndicats (confortant en cela les positions prises sous l'empire du droit antérieur concernant la forme juridique des organisations de salariés représentatives). Or, nous avons vu qu'en l'absence de texte spécifique régissant la représentativité patronale jusqu'à l'adoption de la loi de 2014, les critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail ont été mobilisés lorsque la

représentativité des organisations d'employeurs devait être établie²⁴⁰⁶. Malgré la rédaction de l'article L. 2121-1, les organisations patronales constituées sous la forme de la loi de 1901 se sont donc vues appliquer ses dispositions durant la période intermédiaire courant de l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 jusqu'à celle de la loi du 5 mars 2014. Cependant, les dispositions de l'article L. 2231-1 du Code du travail assimilant les associations patronales constituées sous la forme de la loi de 1901 aux organisations syndicales « *pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* » ne permettaient pas de justifier cette application, en raison du positionnement de l'article L. 2121-1 dans un livre et un titre différents depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail au 1^{er} mai 2008.

404. Sémantique. Dans un article de 2011, une éminente spécialiste de la représentativité patronale avait soulevé la question de la pertinence du maintien d'une dualité de statuts juridiques (association / syndicat) pour les organisations d'employeurs²⁴⁰⁷. Or, cette question n'a curieusement pas été évoquée dans les travaux préparatoires à la loi du 5 mars 2014²⁴⁰⁸. Le rapport Combrexelle utilise certes l'expression « *organisations professionnelles d'employeurs* » dans les différentes propositions qu'il formule, paraissant en cela vouloir se détacher de la notion limitative d'organisations syndicales, mais la signification de cette notion sur un plan juridique n'est pas précisée. La loi de 2014, suivant fidèlement le rapport, n'évoque pas davantage cette question et reprend l'expression « *organisations professionnelles d'employeurs* » dans ses dispositions sur la représentativité patronale, qu'elle insère également au sein du Livre I consacré aux « *syndicats professionnels* », dans un nouveau titre V intitulé « *Représentativité patronale* »²⁴⁰⁹. Dans un des premiers commentaires de la loi de 2014, le Professeur Bernard Teyssié s'interroge sur « *le champ couvert par les articles L. 2151- 1 et suivants du Code du travail* » introduits par la réforme : « *ne concernent-ils que les organisations patronales (environ les deux-tiers) constituées sous la forme de syndicats (ou d'unions, fédérations ou confédérations syndicales) ou concernent-ils également celles (dont notamment le MEDEF et la CGPME) créées sous la forme d'association ?* »²⁴¹⁰. Admettant que

²⁴⁰⁶V. chap. I supra.

²⁴⁰⁷V. Nicole Maggi-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1080.

²⁴⁰⁸Le rapport Combrexelle souligne la coexistence des deux formes juridiques en indiquant que deux tiers des organisations d'employeurs ont un statut de syndicat professionnel au sens de la loi du 21 mars 1884 et un tiers un statut d'association conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901 (V. rapport préc., p. 27) mais cette précision est livrée dans les constats préalables dressés par la mission, sans qu'une clarification des dispositions du Code du travail préexistantes ne soit par la suite proposée.

²⁴⁰⁹V. étude 376 supra.

²⁴¹⁰Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

l'insertion de ces dispositions au sein du livre du Code du travail consacré aux « *syndicats professionnels* » pourrait suggérer que seuls les syndicats patronaux sont visés, l'auteur soutient toutefois l'opinion inverse en postulant que l'expression « organisations professionnelles d'employeurs » est une « *formule générale qui englobe syndicats patronaux (et leurs éventuelles unions) et associations patronales* », cette formule revenant « *régulièrement dans les autres dispositions du Code du travail nées de la loi du 5 mars 2014 lorsqu'est évoquée la mécanique de la représentativité* »²⁴¹¹. Par ailleurs, la loi de 2014 modifie la rédaction de l'article L. 2135-6 du Code du travail - créé par la loi du 20 août 2008 et visant les règles de certification des comptes des organisations syndicales de salariés et des organisations d'employeurs²⁴¹² - en ajoutant : *Les syndicats professionnels d'employeurs, leurs unions et les associations d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 qui souhaitent établir leur représentativité sur le fondement du titre V du présent livre Ier sont tenus de nommer au moins un commissaire aux comptes [...]*. En visant expressément les « associations d'employeurs », cette dernière précision permettrait ainsi de confirmer que les organisations patronales constituées sous la forme de la loi du 1^{er} juillet 1901 peuvent candidater la représentativité en désignant pour cela un commissaire aux comptes chargé d'attester leur effectif d'adhérents.

405. Clarification. La question a ressurgi de façon incidente dans les travaux d'adoption de la loi Rebsamen du 17 août 2015²⁴¹³. Dans un chapitre curieusement intitulé « *L'adaptation des règles du dialogue social interprofessionnel* », l'étude d'impact du projet de loi proposait un certain nombre d'ajustements à la réforme de la représentativité patronale²⁴¹⁴. Dans ce cadre, l'étude avait identifié « *La nécessité d'ajustements complémentaires pour tenir compte de la spécificité du secteur de la production agricole* »²⁴¹⁵. L'étude relevait en effet qu'un certain nombre d'acteurs du syndicalisme patronal agricole sont constitués sous la forme d'associations de loi 1901 ayant pour objet la défense d'intérêts professionnels sans pour autant avoir compétence pour négocier. Il s'agit essentiellement de structures communales ou cantonales regroupant historiquement des exploitations agricoles. Il était ainsi proposé une « *adaptation de la mesure de l'audience au niveau des branches professionnelles aux spécificités du secteur agricole en permettant la prise en compte des entreprises adhérant à des associations d'employeurs constituées conformément aux*

²⁴¹¹ *Ibidem*.

²⁴¹² V. étude 389 supra.

²⁴¹³ V. supra note n°2315.

²⁴¹⁴ Notamment les précisions apportées à la notion d'adhérent (V. étude 394 supra).

²⁴¹⁵ Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, Etude d'impact, 21 avr. 2015, p.135.

dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et dont l'objet statutaire est la défense d'intérêts professionnels »²⁴¹⁶.

La question a finalement été abordée de façon plus globale lors des débats parlementaires et un amendement sénatorial au projet de loi a proposé de « *préciser les formes juridiques des organisations professionnelles d'employeurs prises en compte dans le cadre général de la représentativité patronale* »²⁴¹⁷. L'amendement (adopté) a pour cela proposé de compléter la rédaction de l'article L. 2151-1 du Code travail issu de la loi de 2014 en précisant qu'au-delà du secteur agricole, certes particulièrement concerné, les associations patronales de loi 1901 devaient être considérées comme des organisations professionnelles d'employeurs en matière de représentativité²⁴¹⁸. Ainsi, l'article L. 2151-1 du Code du travail fixant les critères généraux de la représentativité patronale comporte désormais un deuxième paragraphe disposant : « *Pour l'application du présent titre, sont considérées comme des organisations professionnelles d'employeurs les syndicats professionnels d'employeurs mentionnés à l'article L. 2131-1 et les associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1* »²⁴¹⁹.

Après ce « débat fleuve », aussi ancien que la notion de représentativité elle-même, il est donc aujourd'hui confirmé avec certitude que la représentativité patronale n'est pas réservée aux seuls syndicats patronaux mais peut être reconnue aux associations d'employeurs régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, cette précision étant particulièrement utile au niveau national et interprofessionnel où les confédérations patronales ont été constituées sous cette forme²⁴²⁰.

406. Regret. Nous pouvons regretter toutefois que l'article L. 2261-19 du Code du travail régissant les dispositions sur l'extension conserve, encore à ce jour, des traces de ce débat. En effet, premièrement, l'alinéa 2 de l'article continue d'indiquer que la commission en charge de la négociation des accords extensibles est composée « *de représentants des*

²⁴¹⁶Etude d'impact préc., pp.135-136.

²⁴¹⁷Amendement n°322 présenté par Mme Procaccia, Sénat, 23 juin 2015 (objet).

²⁴¹⁸V. Catherine PROCACCIA, rapporteur, Sénat, séance du 24 juin 2015, JO Sénat 25 juin 2015, p. 6794.

²⁴¹⁹Nous rappelons que l'article L. 2131-1 du Code du travail fixe l'objet des syndicats professionnels (au sens de la loi de 1884) et que l'article L. 2231-1 du même code assimile les associations d'employeurs constituées sous la forme de la loi du 1^{er} juillet 1901 aux organisations syndicales pour les dispositions relatives aux conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail (V. étude 402 supra). Les dispositions spécifiques aux activités agricoles figurant à l'alinéa 5 de l'article L. 2152-1 du Code du travail relatif à la représentativité patronale au niveau de la branche professionnelle (V. supra note n°2312) ont également été complétées par la loi du 17 août 2015 afin de confirmer que les associations professionnelles sont également considérées comme des organisations professionnelles d'employeurs dans ce secteur : « *Dans ces branches, les associations d'employeurs constituées conformément à la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association et dont l'objet statutaire est la défense d'intérêts professionnels sont également assimilées aux organisations professionnelles d'employeurs mentionnées au II de l'article L. 2151-1 du présent code* ».

²⁴²⁰Nous rappelons que le MEDEF, la CGMPE (CPME) et l'UPA (U2P) ont été constitués sous forme d'associations de loi 1901 (V. chap. I supra).

organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré ». Cette rédaction, quasiment inchangée depuis 1936, ne permet pas d'affirmer avec certitude que les organisations patronales constituées sous forme d'associations de loi 1901 ont la capacité de siéger au sein de la commission et donc de signer les accords extensibles, ce qui reviendrait ainsi à rendre sans objet leur capacité à accéder à la représentativité, désormais expressément reconnue par l'article L. 2151-1 du Code du travail, puisque la fonction principale de la représentativité patronale dans le domaine de la négociation collective est précisément de négocier et conclure de tels accords... Comme nous l'avons souligné précédemment²⁴²¹, le positionnement dans des titres différents des articles L. 2231-1 et L. 2261-19 depuis l'opération de recodification de 2008, ne permet plus, contrairement au plan de l'ancien code, d'utiliser l'assimilation entre les associations d'employeurs et les organisations syndicales effectuée par l'article L. 2231-1 « *pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* »...

Deuxièmement, si les dispositions de l'alinéa 3 relatives au droit d'opposition patronal à l'extension, introduites à l'article L. 2261-19 par la loi du 5 mars 2014²⁴²², font référence aux « *organisations professionnelles d'employeurs* » selon la nouvelle formule consacrée par le législateur (et non plus aux « *organisations syndicales d'employeurs* » comme à l'alinéa 2 du même texte...), la précision apportée par la loi Rebsamen du 17 août 2015 sur la signification de cette notion ne peut pas davantage être utilisée. En effet, comme nous l'avons mentionné ci-dessus²⁴²³, le deuxième paragraphe de l'article L. 2151-1 du Code du travail introduit par la loi du 17 août 2015 dispose : « *Pour l'application du présent titre, sont considérées comme des organisations professionnelles d'employeurs les syndicats professionnels d'employeurs mentionnés à l'article L. 2131-1 et les associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1* ». Or, le titre en question est le Titre V relatif à la représentativité patronale introduit par la loi du 5 mars 2014 au sein du Livre I (« *Les syndicats professionnels* ») de la deuxième partie du Code du travail, alors que l'article L. 2261-19 est positionné, comme nous l'avons déjà indiqué, au sein du Titre VI du Livre II consacré à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail...

²⁴²¹V. étude 402 supra.

²⁴²²V. étude 397 supra.

²⁴²³V. étude 405 supra.

Tout cela ne semble résulter que de « coquilles » ou d'oublis législatifs²⁴²⁴ mais un toilettage des dispositions de l'article L. 2261-19 du Code du travail nous paraît cependant souhaitable afin que le doute, exprimé il y a fort longtemps par le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux, sur la capacité du MEDEF (ex CNPF) à signer des ANI susceptibles d'agrément ou d'extension en raison de sa forme associative, ne soit définitivement levé²⁴²⁵...

Section 2. L'adaptation des règles de représentativité au niveau national et interprofessionnel

407. Si les règles posées par la loi du 5 mars 2014 sont identiques au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel, deux adaptations ont toutefois été réalisées à ce dernier niveau. La première consiste à prendre en compte une réalité de la représentation patronale, qui est la multi-adhésion (§ 1). La deuxième consiste à exiger de l'organisation candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel qu'elle justifie son implantation dans un certain nombre de secteurs, témoignant d'une activité diversifiée (§ 2).

§ 1. La prise en compte des adhésions multiples

408. Le phénomène des adhésions multiples semble être une pratique plus courante niveau national et interprofessionnel et pose des difficultés pour mesurer l'audience à ce niveau (A). Un traitement spécifique de cette question au niveau national et interprofessionnel a ainsi été décidé par le législateur (B).

²⁴²⁴Nous avons signalé que l'article L. 2261-19 du Code du travail comportait déjà une « maladresse » de rédaction en renvoyant, depuis la loi du 8 août 2016, à l'article L 2232-9 qui vise la CPPNI constituée au sein de chaque branche pour désigner la commission en charge de la négociation des accords interprofessionnels extensibles (V. supra note n°1390). En effet, depuis la fusion opérée par loi de 2016 entre les anciennes commissions paritaires de négociation et d'interprétation au sein de la CPPNI (V. supra note n°568), l'existence d'une telle commission au niveau interprofessionnel se pose...

²⁴²⁵V. Jean-Jacques DUPEYROUX, note préc. sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *D.* 1962 p.740 et spéc. p.744 (V. supra note n°2400).

A. Une pratique patronale soulevant des difficultés

409. L'origine de la multi-adhésion s'explique par les particularités du monde patronal (1) mais soulève davantage de problèmes au niveau national et interprofessionnel (2).

1- L'origine de la multi-adhésion

410. Entreprise multi-adhérente. Le rapport Combrexelle a mis en évidence que « *les adhésions d'employeurs à plusieurs organisations professionnelles et d'organisations professionnelles à plusieurs confédérations sont un phénomène qui, sans être courant, n'est pas anecdotique* »²⁴²⁶. Ce phénomène s'explique très probablement par la logique de l'adhésion patronale qui est avant tout guidée par l'intérêt de l'entreprise²⁴²⁷, plus que par un engagement individuel et militant, comme dans le syndicalisme salarié²⁴²⁸. Ainsi, l'entreprise peut rechercher des services auprès de plusieurs organisations ou bien adhérer à des organisations de branches différentes dans un contexte de multi-activités. Il convient d'évoquer également le cas d'une entreprise qui adhère directement à une organisation territoriale interprofessionnelle (exemple : les « MEDEF territoriaux »²⁴²⁹), tout en étant adhérente d'une organisation professionnelle de branche (qui pourra elle-même adhérer à une autre confédération que le MEDEF au niveau national...).

411. Organisation multi-adhérente. Le phénomène se reproduit, voire s'amplifie, au niveau des organisations professionnelles elles-mêmes qui peuvent adhérer à plusieurs structures fédérales et confédérales à même de les représenter. Au niveau des confédérations, le MEDEF entend en effet assurer, comme nous l'avons déjà souligné, « *une représentation de toutes les entreprises, quels que soient leur taille et leur secteur* »²⁴³⁰. A l'origine, la CGPME (CPME aujourd'hui) représentant les petites et moyennes entreprises était d'ailleurs adhérente

²⁴²⁶Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.57.

²⁴²⁷V. étude 393 supra.

²⁴²⁸La multi-adhésion syndicale est également permise pour les salariés car elle relève de la liberté syndicale (V. infra) mais cette situation ne crée pas les mêmes difficultés dans un système de mesure de l'audience basé sur les élections. En effet, le salarié ne votera que pour une seule liste syndicale lors des élections professionnelles et ce suffrage salarial ne sera donc pris en compte que pour une seule organisation dans le calcul de l'audience. Cette situation d'adhésions multiples semble par ailleurs plus rare que dans le monde patronal (le paiement de cotisations individuelles à chaque syndicat par les salariés eux-mêmes expliquant peut-être cela...). Il faut également rappeler que l'acte d'adhésion patronal entraîne une conséquence beaucoup plus importante, à savoir l'application des textes conventionnels signés par l'organisation, alors que l'adhésion salariale n'a sur ce point aucun effet.

²⁴²⁹V. étude 262 supra.

²⁴³⁰V. statuts du MEDEF, art. 2, <https://www.medef.com>

du CNPF²⁴³¹. Désormais autonome et se revendiquant comme « *l'organisation patronale des petites et moyennes entreprises, tous secteurs confondus : industrie, services, commerce, artisanat et professions libérales* »²⁴³², la CPME a, de son côté, vocation à regrouper des organisations entrant dans le champ de l'U2P représentant « *l'artisanat, le commerce et les professions libérales* »²⁴³³. Au demeurant, en tant que structures confédérales, le MEDEF, la CPME et l'U2P ne sont pas en relation directe avec les entreprises qu'elles ont en charge de représenter. Comme l'a souligné le sociologue Jean Bunel « *ces trois confédérations prétendent défendre les entreprises et leurs chefs mais elles ne connaissent que des groupements et des unions territoriales qui sont leurs membres* »²⁴³⁴. En effet, les entreprises n'adhèrent pas directement aux confédérations mais en général à une organisation patronale de base qui elle-même pourra se regrouper au sein d'une fédération et rejoindre, par l'intermédiaire de cette dernière, une confédération²⁴³⁵. L'adhésion à une confédération relève donc plus de la décision d'une instance intermédiaire que de celle d'un syndicat de base ou de l'entreprise elle-même. Le MEDEF, la CPME et l'U2P sont ainsi « *l'agrégation de corps intermédiaires professionnels qui, au contraire des syndicats de salariés, ne sont pas réunis par un sentiment d'identité confédérale* »²⁴³⁶. Cette spécificité expliquerait, pour certains, le phénomène de la multi-adhésion au niveau national et interprofessionnel, c'est-à-dire que des fédérations professionnelles adhèrent à la fois au MEDEF et à la CPME, ainsi parfois qu'à l'U2P²⁴³⁷.

²⁴³¹V. étude 326 supra.

²⁴³²<https://www.cpme.fr>

²⁴³³<https://u2p-france.fr>. Nous rappelons que l'UPA s'est transformée en U2P en 2016, suite à l'adhésion de l'UNAPL représentant les professions libérales (V. étude 327 supra).

²⁴³⁴Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.7.

²⁴³⁵Nous rappelons que des organisations territoriales - qui peuvent recevoir l'adhésion directe des entreprises - sont également membres de la confédération. Ainsi le MEDEF, par exemple, compte comme adhérents des fédérations professionnelles au niveau national et les MEDEF territoriaux (V. statuts du MEDEF, art. 6 ; <https://www.medef.com>).

²⁴³⁶Gérard ADAM, Eric AUBRY et Jérôme MARCHAND-ARVIER, « 10 propositions pour refonder le patronat », Institut Montaigne, juin 2013, p.3, <http://www.institutmontaigne.org/>

²⁴³⁷V. Gérard ADAM, Eric AUBRY et Jérôme MARCHAND-ARVIER, *op. cit.* Lors de l'examen du projet de loi sur la réforme de la représentativité patronale l'exemple du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA), qui est une organisation patronale représentant les intérêts des entreprises de la distribution et des services de l'automobile, a été cité comme adhérent à la fois au MEDEF, à la CGPME et à l'UPA (V. Claude JEANNEROT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°359, Sénat, 12 fév. 2014, p.42).

2- Une complexité particulière au niveau national et interprofessionnel

412. Libertés constitutionnelles. Si la pratique de la multi-adhésion ne peut être condamnée puisqu'elle relève de la liberté syndicale ou de la liberté d'association, protégées constitutionnellement, elle crée en revanche des difficultés dans un système de mesure de l'audience patronale fondé sur les adhésions car il convient de déterminer avec précision qui adhère à quelle organisation. De l'aveu même du principal instigateur de la loi du 5 mars 2014, la question de la multi-adhésion a d'ailleurs été « *l'un des casse-tête de la réforme* »²⁴³⁸...

413. Niveau concerné. Cependant, cette question ne se poserait pas au niveau des branches professionnelles, ou alors à titre marginal, selon le rapport Combrexelle. À ce niveau en effet, si elles adhèrent à plusieurs organisations professionnelles, les entreprises le font en règle générale au profit d'organisations relevant de branches différentes, en raison notamment de la diversité de leurs activités. Dès lors, il n'existerait pas de phénomène de « doublon » pour calculer l'audience des organisations professionnelles et déterminer lesquelles sont représentatives au sein d'une branche donnée. L'adhésion de l'entreprise multi-adhérente ne serait bien comptabilisée qu'une seule fois au sein de chaque branche professionnelle²⁴³⁹. Certes, mais comme l'a fait remarquer le Professeur Paul-Henri Antonmattei lors de la publication de la loi de 2014, il existe pourtant des exceptions où une entreprise adhère à deux organisations candidates au sein de la même branche et cette entreprise sera alors comptabilisée deux fois, y compris pour le calcul de l'assiette²⁴⁴⁰...

Si l'on veut bien considérer toutefois, à l'instar du rapport Combrexelle, que cette dernière situation reste malgré tout exceptionnelle, les problèmes liés à la multi-adhésion se poseraient donc principalement lorsqu'il s'agit de mesurer l'audience des confédérations au niveau national et interprofessionnel. Une même organisation professionnelle multi-adhérente pourrait en effet, à ce niveau, être comptabilisée plusieurs fois pour déterminer l'audience des confédérations interprofessionnelles²⁴⁴¹.

Afin de prévenir ces difficultés, le législateur a été ainsi amené à définir un système de traitement des multi-adhésions spécifique au niveau national et interprofessionnel.

²⁴³⁸Jean-Denis COMBREXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP G* 2015, doctr. 235, p.379 et spéc. p.384.

²⁴³⁹V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport sur la représentativité patronale (préc.), p.57

²⁴⁴⁰V. Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.236.

²⁴⁴¹V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.57.

B. Le traitement spécifique des multi-adhésions au niveau national et interprofessionnel

414. Si plusieurs solutions au problème de la comptabilisation des adhésions multiples semblaient envisageables (1), le législateur a finalement retenu un dispositif privilégiant la liberté de l'organisation multi-adhérente, tout en l'encadrant réglementairement (2).

1- Les solutions envisageables

415. Plusieurs pistes ont été étudiées par la mission Combrexelle afin de traiter les adhésions multiples dans les modalités de calcul de l'audience patronale au niveau national et interprofessionnel.

La première consistait à prendre en compte toutes les adhésions, c'est-à-dire à comptabiliser les organisations multi-adhérentes autant de fois qu'elles ont souscrit d'adhésions, mais cela conduisait à « *"gonfler" artificiellement le nombre d'adhérents en comptant plusieurs fois une même organisation* »²⁴⁴² et risquait d'inciter à la multi-adhésion.

La deuxième visait à répartir à parts égales les adhésions entre les confédérations. Cependant, malgré sa simplicité, cette solution risquait d'aboutir à une « *répartition théorique sans lien avec la réalité de ces pratiques* »²⁴⁴³.

La troisième envisageait une règle de départage calculée au prorata du montant des cotisations versées par les organisations multi-adhérentes à chaque confédération. Cette solution avait le mérite de se référer aux cotisations qui traduisent la réalité des adhésions dans l'esprit et la lettre de la réforme²⁴⁴⁴. Toutefois, un « *problème d'acceptabilité* »²⁴⁴⁵ pouvait surgir en cas de montants de cotisations disproportionnés, demandés par les différentes confédérations.

Enfin, la dernière solution, qui avait la préférence du rapporteur, consistait à laisser les organisations professionnelles décider elles-mêmes de la répartition de leurs adhérents entre les confédérations interprofessionnelles. Une mise en garde était toutefois adressée à l'encontre de répartitions discrétionnaires, voire arbitraires, consistant, par exemple, à affecter la totalité des adhérents à une seule confédération. La mission préconisait que la répartition prenne au

²⁴⁴²Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.58.

²⁴⁴³*Ibidem*.

²⁴⁴⁴V. étude 394 supra.

²⁴⁴⁵Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.58.

contraire en compte la « *réalité des multi-adhésions* » en utilisant des critères objectifs comme « *la taille, les effectifs et l'activité des entreprises adhérentes* »²⁴⁴⁶. Le rapport contient quelques suggestions sur l'encadrement de cette répartition mais son auteur a souhaité avant tout qu'une « *doctrine* »²⁴⁴⁷ se crée en matière de multi-adhésions et que celle-ci soit commune à l'ensemble des organisations professionnelles (la loi ou le pouvoir réglementaire ne devant intervenir qu'à défaut).

2- La solution retenue

416. Une liberté encadrée. Après avoir rappelé les différentes options, l'étude d'impact du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale indique : « *En raison des problèmes que ces solutions posent en terme d'adéquation avec la réalité des adhésions ou d'égalité entre les confédérations, il a été préféré dans le présent projet de loi un dispositif confiant à chaque organisation professionnelle multi-adhérente le soin de répartir ses entreprises adhérentes (et leurs salariés) entre les différentes confédérations interprofessionnelles. Il est apparu néanmoins nécessaire afin de conférer à l'adhésion à plusieurs confédérations une portée substantielle témoignant d'un réel choix affirmé par l'organisation adhérente en matière sociale et d'un réel ancrage, de fixer une part minimale d'entreprises et de salariés par confédération. Celle-ci sera fixée par décret et devra être comprise entre 10 et 20%* »²⁴⁴⁸.

Le législateur s'est donc prononcé, là encore, très clairement en faveur de la solution préconisée par la mission Combrexelle mais a souhaité toutefois l'encadrer en fixant une part minimale d'adhérents à affecter par confédération, plutôt que de tabler sur l'émergence d'une doctrine des organisations. Ainsi, l'article L. 2152-4 du Code du travail relatif à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, créé par la loi du 5 mars 2014, a prévu que lorsqu'une organisation professionnelle d'employeurs adhère à plusieurs organisations professionnelles d'employeurs ayant statutairement vocation à être présentes au niveau national et interprofessionnel, elle répartit ses entreprises adhérentes entre ces organisations pour permettre la mesure de l'audience. Le texte indique qu'elle ne peut toutefois

²⁴⁴⁶*Ibidem*.

²⁴⁴⁷*Idem*, p.59.

²⁴⁴⁸Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, Etude d'impact, 21 janv. 2014, p.108.

affecter à chacune de ces organisations une part d'entreprises inférieure à un pourcentage fixé par décret, compris entre 10 % et 20 %.

417. Extension. Une disposition similaire avait par ailleurs été introduite par la loi de 2014 à l'alinéa 3 de l'article 2261-19 du Code du travail afin de calculer le poids des organisations interprofessionnelles dans le cadre du droit d'opposition à l'extension. Cette disposition indiquait que les organisations professionnelles multi-adhérentes devaient répartir, entre les confédérations, les salariés employés par leurs entreprises adhérentes en respectant le même taux minimal que celui fixé à l'article L. 2152-4²⁴⁴⁹. Toutefois, lors de l'adoption de la loi du 8 août 2016, qui a instauré le système alternatif de mesure de l'audience patronale en fonction du nombre d'entreprises adhérentes ou de leurs salariés²⁴⁵⁰, cette précision a été retirée de l'alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du Code du travail car le législateur a estimé qu'elle devenait désormais inutile²⁴⁵¹. En effet, la rédaction actuelle de L. 2152-4 du Code du travail indique : « *Lorsqu'une organisation professionnelle d'employeurs adhère à plusieurs organisations professionnelles d'employeurs ayant statutairement vocation à être présentes au niveau national et interprofessionnel, elle répartit entre ces organisations, pour permettre la mesure de l'audience prévue au présent article, ses entreprises adhérentes. Elle ne peut affecter à chacune de ces organisations une part d'entreprises inférieure à un pourcentage fixé par décret, compris entre 10 % et 20 %.* La clé de répartition retenue s'applique au nombre de salariés de ces entreprises. [...] ». En apportant la précision que dans l'hypothèse d'une pluri-adhésion d'une organisation de branche, la clé de répartition est utilisée à la fois pour affecter ses entreprises adhérentes mais également les salariés de ces dernières dans le système alternatif de mesure de l'audience patronale en vigueur depuis 2016, le législateur semble considérer que cette règle est d'application générale et vaut également pour le calcul du seuil d'opposition à l'extension prévu à l'article L. 2261-19 du Code du travail. Par conséquent, les dispositions de la loi du 5 mars 2014 qui définissaient expressément les règles de calcul de ce seuil en cas de

²⁴⁴⁹Nous rappelons que l'article L. 2261-19 du Code du travail réserve le droit d'opposition aux « *organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau* ». C'est donc le nombre de salariés des entreprises adhérentes de l'organisation qui doit ici être réparti entre les confédérations interprofessionnelles et non les entreprises adhérentes elles-mêmes.

²⁴⁵⁰V. étude 397 supra.

²⁴⁵¹V. notamment Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, n°3675, Ass. Nat., 7 avr. 2016, pp. 492-493.

multi-adhésions au niveau national et interprofessionnel étaient devenues superfétatoires et n'avaient ainsi plus lieu d'être²⁴⁵²...

418. Pourcentage minimal d'affectation. Pris « *pour l'application de l'article 29 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* », le décret n° 2016-1474 du 28 octobre 2016 « *relatif à la prise en compte, pour la mesure de la représentativité patronale, des organisations professionnelles d'employeurs adhérant à plusieurs organisations de niveau national et interprofessionnel* »²⁴⁵³ fixe à 10 % le pourcentage minimal d'affectation mentionné à l'article L. 2152-4 du Code du travail. Ainsi, pour permettre la mesure de l'audience en vue d'établir la représentativité au niveau national et interprofessionnel, l'organisation de branche multi-adhérente doit répartir ses entreprises adhérentes ou les salariés employés par ces dernières entre les différentes confédérations interprofessionnelles auxquelles elle adhère en affectant au minimum 10 % de ces entreprises ou de leurs salariés à chacune de ces confédérations. La même clé de répartition sera logiquement appliquée pour le calcul du poids des différentes confédérations interprofessionnelles représentatives dans le cadre de l'exercice du droit d'opposition à l'extension des ANI, même si l'on peut regretter là encore un certain flou textuel à l'article L. 2261-19 du Code du travail²⁴⁵⁴.

419. Transparence. Enfin, sur un plan procédural, il est prévu que l'organisation professionnelle d'employeurs multi-adhérente indique la répartition retenue dans la déclaration

²⁴⁵²Nous pouvons toutefois, là encore, émettre un doute sur la sécurisation des dispositions de l'article L. 2261-19 du Code du travail qui n'opère aucun renvoi express aux dispositions de l'article L. 2152-4.

²⁴⁵³JORF, 3 nov. 2016.

²⁴⁵⁴Il convient de noter que le décret 28 octobre 2016 introduit l'article D. 2152-9-1 du Code du travail disposant : « *Le seuil prévu au dernier alinéa de l'article L. 2152-4 est fixé à 10 %* ». Il n'est pas fait mention dans ce texte de la prise en compte de ce seuil minimal d'affectation de 10 % dans le calcul du poids des organisations patronales interprofessionnelles pour l'opposition à l'extension. Nous avons souligné par ailleurs que, premièrement, depuis la loi du 8 août 2016 l'alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du Code du travail ne comporte plus les précisions relatives au calcul du seuil de 50 % de salariés en cas de multi-adhésions au niveau national et interprofessionnel, qui avaient été introduites par l'article 29 de la loi du 5 mars 2014 et que, deuxièmement, l'article L. 2261-19 dans sa rédaction actuelle ne renvoie pas expressément aux dispositions de l'article L. 2152-4, ce qui est susceptible de fragiliser le raisonnement consistant à considérer que les règles relatives à la répartition des adhérents ou de leurs salariés en cas de multi-adhésions au niveau national et interprofessionnel sont d'application générale. La seule référence textuelle à laquelle nous pouvons nous référer semble être la notice du décret du 28 octobre 2016 (dont il convient malgré tout de rappeler qu'il a été pris expressément en application de l'article 29 de la loi du 5 mars 2014, entre-temps modifié par la loi du 8 août 2016...) qui indique : « La même clé de répartition est appliquée au nombre de salariés des entreprises adhérentes afin de permettre le calcul du taux prévu à l'article L. 2261-19, permettant l'exercice, par les organisations professionnelles d'employeurs, de leur droit d'opposition à l'extension d'une convention ou d'un accord professionnel ». On notera jusqu'au bout le manque de précision des textes : la notice vise l'opposition à l'extension « *d'une convention ou d'un accord professionnel* », alors que la clé de répartition n'est pas applicable au niveau de la branche puisque la question de la multi-adhésion n'est prise en compte par le législateur qu'au niveau national et interprofessionnel (la notice devrait donc viser les accords interprofessionnels et non les accords professionnels...).

de candidature effectuée par les confédérations en vue de l'établissement de la représentativité au niveau national et interprofessionnel²⁴⁵⁵. Il s'agit toutefois de la seule obligation imposée à l'organisation multi-adhérente, qui reste libre de procéder à la répartition des entreprises ou de leurs salariés selon des critères de son choix dès l'instant où elle respecte le pourcentage minimal d'affectation par confédération. Les préconisations émises par la mission Combrexelle de se référer à des critères objectifs fondés sur les caractéristiques des entreprises (taille, effectifs, activité...) ²⁴⁵⁶ pour effectuer leur répartition n'ont, en effet, pas été reprises par le législateur qui s'est contenté d'un traitement purement quantitatif de cette question. Ainsi, les manœuvres calculatoires ne sont pas exclues : une organisation patronale de branche adhérent, par exemple, à la fois au MEDEF et à la CPME aura les pleins pouvoirs pour répartir ses entreprises adhérentes ou les salariés employés par ces dernières entre les deux confédérations, alors que la prise en compte d'un critère basé sur le niveau des effectifs conduirait à rattacher les entreprises de petites tailles plutôt à la CPME et celles de grandes tailles au MEDEF, selon la vocation première de ces deux confédérations²⁴⁵⁷... Par ailleurs, comme l'a souligné le Professeur Paul-Henri Antonmattei, les entreprises « *n'ont pas la main sur la répartition opérée par l'organisation de branche* »²⁴⁵⁸. En effet, c'est l'organisation patronale de branche qui décide seule de la répartition, sans que l'entreprise adhérente puisse indiquer la destination de son mandat au niveau interprofessionnel²⁴⁵⁹. Ce point avait d'ailleurs été soulevé lors des débats parlementaires et un amendement visant à instaurer une consultation pour avis des entreprises sur la répartition opérée avait été présenté mais n'a pas été retenu²⁴⁶⁰. Malgré tout, dans l'objectif de transparence qui anime la réforme de la représentativité patronale, le législateur a prévu que les entreprises adhérentes soient, au minimum, informées de cette répartition²⁴⁶¹.

²⁴⁵⁵V. *C. trav.*, art. L. 2152-4 et R. 2152-17.

²⁴⁵⁶V. étude 415 supra.

²⁴⁵⁷Le Professeur Teyssié recommandait lors de la publication de la loi de 2014 qu'un rattachement au MEDEF ou à la CPME se fasse en tenant compte du niveau des effectifs salariés des entreprises (V. Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158).

²⁴⁵⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.237.

²⁴⁵⁹Même si rien n'empêche que cette question soit traitée dans les statuts de l'organisation de branche définissant les modalités d'adhésion des entreprises.

²⁴⁶⁰V. la discussion sur le projet d'amendement n°676 défendu par le député Francis Vercamer (Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1575).

²⁴⁶¹V. *C. trav.*, art. L. 2152-4.

§ 2. L'exigence d'implantations multiples

420. Nous avons vu qu'aux six critères communs de la représentativité patronale, la loi du 5 mars 2014 a ajouté, à l'instar de la loi du 20 août 2008, un critère supplémentaire au niveau de la branche consistant à exiger de l'organisation candidate à la représentativité qu'elle puisse justifier d'une implantation territoriale équilibrée afin de s'assurer qu'elle dispose d'adhérents dans les régions et départements dans lesquels les entreprises de la branche sont le plus fortement implantées²⁴⁶². Dans la même logique, la loi de 2014 a également reproduit l'exigence formulée par la loi de 2008 à l'endroit des organisations syndicales de salariés candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel de justifier d'une implantation dans certains secteurs d'activité (A). Cette exigence n'a toutefois pas du tout la même conséquence en matière de représentativité patronale car elle réduit la notion d'interprofession à ces secteurs d'activité (B).

A. La justification d'une implantation dans certains secteurs d'activité

421. En ajoutant une contrainte supplémentaire relative au champ professionnel dans les critères d'appréciation de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, les lois de 2008 puis de 2014 ont délimité expressément le périmètre d'appréciation de cette dernière (1). Une certaine imprécision des textes laisse toutefois une marge d'appréciation à l'autorité administrative dans l'appréciation de ce critère (2).

1- Une délimitation du périmètre d'appréciation de la représentativité nationale et interprofessionnelle

422. « **Sous-critère** ». Lors de l'élaboration de la position commune du 9 avril 2008 préfigurant la réforme de la représentativité syndicale, les partenaires sociaux étaient convenus qu' *« Outre l'atteinte de ces seuils [d'audience] et la réunion des autres critères, la reconnaissance de la représentativité est subordonnée, au niveau des branches professionnelles, à une présence territoriale équilibrée au regard de l'implantation géographique de la branche et, au niveau national interprofessionnel, à la reconnaissance de*

²⁴⁶²V. étude 385 supra.

la représentativité dans des branches à la fois de l'industrie, de la construction, du commerce et des services »²⁴⁶³. Ces propositions ayant été reprises par la loi du 20 août 2008²⁴⁶⁴, la doctrine en avait déduit qu' « *outre la vérification des critères fondamentaux* », le législateur avait introduit « *à la fois un sous-critère et une exigence supplémentaire* »²⁴⁶⁵ pour l'établissement de la représentativité au niveau national et interprofessionnel.

423. Cadre d'appréciation. Au-delà, les partenaires sociaux, suivis en cela par le législateur, auraient souhaité à travers les critères particuliers imposés au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel « *adapter au mieux la représentativité à son cadre d'appréciation* », en serrant ce dernier « *au plus près* »²⁴⁶⁶. Ainsi, en exigeant expressément que l'organisation syndicale candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel soit représentative à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, la loi de 2008 est venue préciser que le cadre d'appréciation de la représentativité à ce niveau correspond à ces quatre secteurs de l'économie. Elle a fait écho, en cela, à la démarche déjà entreprise par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur, qui avait refusé de reconnaître l'UNSA (non visée par l'arrêté de 1966) comme représentative au niveau national et interprofessionnel au motif que les effectifs et l'audience de cette organisation n'étaient pas suffisamment importants dans le secteur privé, notamment dans l'industrie et le commerce²⁴⁶⁷. Une présence suffisante au sein des grandes activités du secteur privé était donc nécessaire pour le Conseil d'Etat et l'UNSA se trouvait disqualifiée au motif que l'essentiel de son implantation se trouvait dans la Fonction publique et que son implantation

²⁴⁶³Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, art. 2.2 (in Jean-Frédéric POISSON, « Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », Ass. Nat., 25 juin 2008, annexe 2, p.295).

²⁴⁶⁴V. *C. trav.*, art. L. 2122-5, 2° art. L. 2122-9, 2°.

²⁴⁶⁵Bernard GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale - Loi n°2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, 1448.

²⁴⁶⁶Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p.712.

²⁴⁶⁷V. CE, 5 nov. 2004, n°257878, *Dr. soc.* 2004, p.1098, concl. Jacques-Henri STAHL ; *RDP* 2005, p.919, note Guillaume TUSSEAU. Cet argument avait été formulé par le ministre du Travail pour justifier le refus implicitement opposé à cette demande de l'UNSA de modifier l'arrêté du 31 mars 1966 fixant la liste des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au plan national, ainsi que l'article R. 136-2 (anc.) du Code du travail relatif à la répartition des sièges au sein de la commission nationale de la négociation collective.

dans les différentes activités du secteur privé était encore trop réduite²⁴⁶⁸. Un commentateur de la décision avait d'ailleurs rappelé que la jurisprudence avait déjà refusé qu'un syndicat dont l'activité se déploie essentiellement dans une seule profession ou une seule branche puisse prétendre être représentatif au niveau national et interprofessionnel²⁴⁶⁹ et que « *l'exigence d'interprofessionnalité est donc importante et traditionnelle* »²⁴⁷⁰ lorsqu'il s'agit d'apprécier la représentativité à ce niveau.

Pour autant, la loi va plus loin. Elle ne se contente pas en effet d'inviter le juge à vérifier que le syndicat a une véritable implantation dans plusieurs champs professionnels, mais elle impose qu'il soit représentatif « *dans les branches qu'il considère comme les plus importantes au plan de la négociation collective* »²⁴⁷¹. Elle affirme dès lors que les quatre secteurs traditionnels de l'économie que sont l'industrie, la construction, le commerce et les services constituent l'unique cadre d'appréciation de la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel.

424. Reprise. Si l'aspect géographique revêt une importance particulière pour vérifier la représentativité au niveau de la branche, au moyen du critère de l'implantation territoriale équilibrée, le champ professionnel devient ainsi « *prééminent* »²⁴⁷² au niveau national et interprofessionnel. En effet, le critère territorial étant déjà vérifié au niveau des organisations de branche adhérentes, la confédération doit, au-delà, prouver qu'elle est réellement « *interprofessionnelle* » en justifiant de son implantation dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

²⁴⁶⁸Le Conseil d'Etat a considéré que « *si l'U.N.S.A. revendique plus de 300 000 adhérents et si elle soutient que sa représentativité a été établie dans vingt quatre branches d'activité et serait en voie de l'être dans quatre autres branches, celles qui sont couvertes par les conventions collectives sont au nombre de 300 et l'essentiel de son implantation se situe encore dans la fonction publique ; que la progression récente de ses effectifs, marquée par les 260 000 suffrages obtenus lors des élections prud'homales du 7 décembre 2002 - contre 35 000 en 1997, soit 0,7 % - se caractérise par une audience encore trop réduite dans la majeure partie du champ ci-dessus défini ; que, dans ces conditions, le ministre n'a pas fait une inexacte application des dispositions précitées du code du travail en estimant que l'U.N.S.A. ne pouvait pas être regardée comme étant au nombre des organisations syndicales les plus représentatives au niveau national* ». Préalablement, le Commissaire du gouvernement avait souligné « *l'hétérogénéité de l'implantation de l'UNSA dans le secteur privé* » et que l'organisation était « *surtout implantée dans le secteur des transports et celui des services, notamment la banque, l'assurance, les services financiers ou le commerce* ». Il concluait ainsi : « *Quelle que soit leur vigueur, ces implantations demeurent sectorielles, ce qui conforte nos doutes quant à la représentativité aujourd'hui de l'organisation au plan national et interprofessionnel* » (Jacques-Henri STAHL, concl. préc.).

²⁴⁶⁹V. notamment CE, 6 nov. 1970, n°74192, *Lebon* 1970, p.659.

²⁴⁷⁰Guillaume TUSSEAU, « À propos de la représentativité syndicale », *RDP* 2005, p.919.

²⁴⁷¹Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Franck PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales - Enjeux et mesures de l'audience électorale », *Dr. soc.* 2010, p.1168.

²⁴⁷²*Ibidem*.

Cette exigence d'une présence au sein d'un nombre suffisant de secteurs d'activité avait également été prônée par la doctrine pour la partie patronale²⁴⁷³. La représentation d'une part importante des entreprises industrielles et commerciales françaises avait d'ailleurs été considérée très tôt comme déterminante par la jurisprudence pour l'appréciation de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel²⁴⁷⁴. Après la parution de la loi du 20 août 2008, le Conseil d'Etat avait refusé, au visa du nouvel article L. 2122-9, 2° du Code du travail, de reconnaître la qualité d'organisation d'employeurs représentative au niveau national et interprofessionnel à l'UNAPL - très présente dans les services - au motif qu'elle n'établissait pas qu'elle était également représentative dans les branches de l'industrie, de la construction et du commerce²⁴⁷⁵. Enfin, en décidant elles-mêmes des critères qui devaient leur être applicables, les trois confédérations patronales historiquement reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel avaient indiqué dans leur position commune du 19 juin 2013 que la représentativité à ce niveau devait s'apprécier dans le champ d'activité économique couvert par leurs adhérents, à savoir l'industrie, le commerce, la construction et les services²⁴⁷⁶.

C'est donc sans « surprise »²⁴⁷⁷ que le rapport Combrexelle a proposé que ce critère soit repris dans les règles d'établissement de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel²⁴⁷⁸. Ainsi, l'article L. 2152-4, 2° du Code du travail, introduit par la loi du 5 mars 2014, reproduit cette exigence en disposant que sont représentatives au niveau national et interprofessionnel, les organisations professionnelles d'employeurs « *Dont les organisations adhérentes sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »²⁴⁷⁹.

²⁴⁷³V. notamment Gérard ADAM, Eric AUBRY et Jérôme MARCHAND-ARVIER, « 10 propositions pour refonder le patronat », Institut Montaigne, juin 2013, p.11, <http://www.institutmontaigne.org/>

²⁴⁷⁴V. CE, 2 mars 1962 (Confédération Nationale Artisanale), *Dr. soc.* 1962, p.544, concl. Pierre NICOLAY ; *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX.

²⁴⁷⁵V. CAA Paris, 8^och., 25 juin 2012, n°11PA01477 (V. infra).

²⁴⁷⁶V. étude 372 supra.

²⁴⁷⁷Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.237.

²⁴⁷⁸V. Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.52.

²⁴⁷⁹Contrairement à l'article L. 2122-9, 2°, qui dispose que sont représentatives au niveau national et interprofessionnel, les organisations syndicales de salariés qui « *Sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* », l'article L. 2152-4, 2° vise les « *organisations adhérentes* » de la confédération patronale. Cette précision s'explique par le fait que la représentativité patronale est fondée sur l'adhésion. En effet, pour être représentative au niveau national et interprofessionnel, la confédération devra justifier qu'elle dispose d'organisations adhérentes représentatives au sein de branches relevant de ces quatre secteurs.

2- Une marge de manœuvre

425. Une exigence non quantifiée. En disposant que la confédération patronale candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel doit rassembler des organisations adhérentes représentatives « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* », l'article L. 2152-4, 2° du Code du travail ne quantifie pas cette exigence. Cette absence de précision légale, que l'on retrouve également à l'article L. 2122-9, 2° pour les organisations de salariés, n'a pas été corrigée par les dispositions réglementaires d'application. Dès lors, comme l'a très justement fait remarquer le Professeur Teyssié, « *une large marge d'appréciation est laissée à l'autorité appelée à délivrer le label de représentativité* »²⁴⁸⁰.

426. Règle de gestion. Le Haut Conseil du dialogue social, créé par la loi du 20 août 2008 et chargé de formuler un avis préalablement à la publication des arrêtés de représentativité²⁴⁸¹, avait proposé une interprétation des dispositions de l'article L. 2122-9, 2° dans le cadre de sa mission d'« enseignements » sur l'application de la réforme de la représentativité syndicale²⁴⁸². Ainsi, pour le HCDS, le critère de représentativité dans les branches des quatre secteurs devait s'entendre comme imposant « *d'être représentatif dans au moins deux branches nationales de chacun des quatre secteurs* »²⁴⁸³. Cette interprétation, en apparence logique, avait toutefois été jugée « *restrictive* »²⁴⁸⁴ à la lumière des résultats de la mesure d'audience du premier cycle de la représentativité syndicale, qui démontraient qu'il était difficile d'être présent dans deux branches du secteur de la construction qui ne comptait que sept branches nationales²⁴⁸⁵. Pour autant, le rapport Combrexelle a, semble-t-il, estimé que

²⁴⁸⁰Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²⁴⁸¹V. C. trav., art. L. 2122-11 et L. 2152-6.

²⁴⁸² En application de l'article 16 de la loi du 20 août 2008, il était prévu : « *I. Avant le 31 décembre 2013, le Gouvernement présente au Parlement, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, un rapport sur l'application des articles L. 2122-1 et L. 2122-2, du 3° de l'article L. 2122-5, des articles L. 2122-6, L. 2122-7, du 3° de l'article L. 2122-9 et des articles L. 2122-10 et L. 2232-2 à L. 2232-13 du code du travail. II. Le Haut conseil du dialogue social prévu à l'article L. 2122-11 du code du travail soumet au ministre chargé du travail les enseignements à tirer de l'application de la présente loi, ainsi que les enseignements à tirer du rapport mentionné au I du présent article, notamment de l'application des articles L. 2122-2, L. 2122-5 à L. 2122-10 et L. 2232-2 à L. 2232-13 du même code* ».

²⁴⁸³Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, Commission nationale de la négociation collective, « *Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant* », 16 déc. 2013, p.68.

²⁴⁸⁴*Ibidem*.

²⁴⁸⁵Le rapport concluait que « *S'agissant d'une simple question d'interprétation des textes, elle pourrait être reposée à droit constant dans le cadre des travaux du Haut Conseil pour le deuxième cycle* » (Rapport Ministère du travail, 16 déc. 2013, préc., p.68). Or, cette question n'a visiblement pas été reprise par la suite.

cette « *règle de gestion* »²⁴⁸⁶ pouvait être appliquée de la même manière aux organisations patronales.

En application de cette règle de gestion, la confédération patronale candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel devra donc justifier « mathématiquement », par le biais de ses organisations adhérentes, de sa présence dans au moins huit branches, dont deux dans chacun de ces quatre secteurs.

Il convient de souligner, enfin, que dans l'interprétation livrée par le HCDS en 2013 (non reformulée depuis à notre connaissance) sont visées des « *branches nationales* », alors que les articles L. 2122-9, 2° et L. 2152-4, 2° du Code du travail se contentent d'exiger une présence dans des « *branches* » relevant de ces quatre secteurs. La précision apportée par le HCDS semble vouloir indiquer que ne sont prises en compte que les organisations adhérentes représentatives au niveau national, ce qui semble logique puisque la confédération doit établir sa représentativité au niveau national et interprofessionnel. Une organisation adhérente représentative dans une « *branche territoriale* » relevant d'un de ces quatre secteurs ne pourrait donc pas être comptabilisée. Or, nous avons vu que la loi du 8 août 2016 est venue préciser depuis que les branches ont un champ d'application national²⁴⁸⁷, contrairement aux conventions de branche et aux accords professionnels dont le champ d'application territorial peut être national, régional ou local²⁴⁸⁸. Malgré les réserves émises sur la tentative de synthèse entre les notions de branche et de convention collective opérée par la loi du 8 août 2016²⁴⁸⁹, cette précision conforte l'idée que l'exigence formulée par les articles L. 2122-9, 2° et L. 2152-4, 2° doit s'entendre comme une représentativité nationale au sein des branches relevant de ces quatre secteurs. Ainsi, une confédération candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel ne pourra se prévaloir de l'adhésion d'une organisation seulement représentative dans le champ d'une convention ou d'un accord infra-national pour démontrer sa représentativité dans des branches relevant des quatre secteurs.

²⁴⁸⁶Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.66.

²⁴⁸⁷V. *C. trav.*, art. L. 2232-5-2.

²⁴⁸⁸V. *C. trav.*, art. L. 2232-5.

²⁴⁸⁹V. étude 65 supra.

B. Les conséquences sur la définition de l'interprofession

427. En exigeant une implantation dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services pour établir la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, la loi du 5 mars 2014 consacre une approche classique et unitaire de la notion d'interprofession (1) mais elle ne règle pas la question de la portée de cette représentativité entretenant ainsi un doute sur les limites de l'interprofession (2).

1- La consécration d'une approche classique et unitaire de l'interprofession

428. L'exigence d'une présence simultanée au sein de branches des quatre secteurs permet de démontrer la pluralité et la diversité des champs représentés qui caractérisent l'interprofession (a). Proclamant l'unicité de la notion d'interprofession (b), la loi du 5 mars 2014 révèle dans le même temps la situation de secteurs exclus de cette définition (c).

a) La pluralité et la diversité des champs représentés

429. **Caractérisation.** Nous avons vu en première partie de notre étude que l'interprofession se caractériserait par la réunion de plusieurs branches disparates²⁴⁹⁰. En exigeant de la partie patronale candidate à la représentativité au niveau national et interprofessionnel qu'elle dispose d'organisations adhérentes représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, la loi du 5 mars 2014 permet de répondre aux exigences d'une telle définition de la notion d'interprofession. L'organisation patronale devra en effet rapporter l'adhésion de plusieurs organisations de branche représentatives dans différents secteurs d'activité que sont l'industrie, la construction, le commerce et les services pour démontrer sa représentativité au niveau national et interprofessionnel. Le rapport Combrexelle avait d'ailleurs souligné, à l'appui de sa proposition de reprendre l'exigence posée par la loi de 2008 d'une représentativité simultanée dans des branches de ces quatre secteurs, que « *la représentativité d'une confédération ne saurait être établie au niveau national et interprofessionnel si celle-ci est absente d'un certain nombre de*

²⁴⁹⁰V. études 241 et s., supra.

secteurs témoignant d'une activité diversifiée »²⁴⁹¹. Une présence dans un certain nombre de branches est donc, en premier lieu, exigée afin de distinguer le cadre interprofessionnel du simple cadre professionnel²⁴⁹² mais ces branches doivent, en second lieu, relever de « *champs multiples* »²⁴⁹³ afin de démontrer la diversité des activités représentées. La représentativité au niveau national et interprofessionnel repose par conséquent sur une certaine hétérogénéité des secteurs représentés. A défaut, on ne pourrait en effet distinguer ce cadre d'appréciation de celui de la représentativité interbranche qui se caractérise également par la représentation de plusieurs branches mais relevant d'activités homogènes²⁴⁹⁴. L'exigence d'une pluralité de branches (« *des* ») et de leur implantation au sein de secteurs d'activité dissemblables (au sein « *de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* ») formulée par l'article L. 2152-4, 2° du Code du travail permet ainsi de caractériser la pluralité de professions et l'absence de déterminants économiques et sociaux communs à ces professions, qui définissent l'interprofession²⁴⁹⁵.

430. Complément. Ceci est d'autant plus vrai pour la partie patronale dont la représentativité dans les branches permet de cerner, rappelons-le, le champ d'application de l'ANI étendu et donc les contours de l'interprofession. Dès lors, la définition de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel à partir d'une audience minimale rapportée au sein des branches de ces quatre secteurs permet de compléter la définition conventionnelle de l'interprofession. Le champ d'application de l'accord, qui est défini par la partie patronale signataire selon les principes classiques de notre droit de la négociation collective, est en effet désormais clairement délimité par des critères objectifs, au-delà de la seule référence au champ d'intervention professionnel revendiqué par l'organisation dans ses statuts. Au stade de l'extension, l'organisation patronale signataire devra prouver qu'elle est représentative au sein de ce champ d'application sur la base des critères

²⁴⁹¹Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.51.

²⁴⁹²V. étude 245 supra.

²⁴⁹³Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²⁴⁹⁴Nous rappelons que dès les années 1960, le Conseil d'Etat avait établi une distinction entre l'interprofession et l'interbranche fondée sur l'unité de nature des activités regroupées. Pour le juge administratif, seul le « groupement de branches » était compatible avec le cadre restrictif de l'extension posé par la loi du 11 février 1950 car l'homogénéité des activités regroupées justifiait leur soumission à une règle conventionnelle unique. Il en allait différemment de l'interprofession qui regroupait des branches disparates et était donc incompatible avec le cadre de l'extension limité à l'époque à la seule convention collective de branche (V. études 104 et 105 supra). Nous rappelons, par ailleurs, que plus récemment le projet de loi sur la représentativité et les règles de validité des accords interbranches indique que les arrêtés de représentativité sont pris sur la base des critères de représentativité applicables à la branche, « *au sein de périmètres constitués de plusieurs branches professionnelles ayant des activités économiques proches ou identiques* » (V. étude 196 supra).

²⁴⁹⁵V. études 241 et s., supra.

expressément définis par la loi du 5 mars 2014 et donc rapporter l'adhésion d'organisations satisfaisant au seuil minimal d'audience dans des branches des quatre secteurs lorsque cette représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel, c'est-à-dire dans le champ d'application de l'ANI²⁴⁹⁶.

431. Concordance. Tout comme le champ d'application de la convention collective constitue le cadre d'appréciation de la représentativité au niveau de la branche en application du principe de concordance²⁴⁹⁷, le champ d'application de l'ANI constitue en effet le cadre d'appréciation de la représentativité au niveau national et interprofessionnel. Mais, inversement, la représentativité permet de cerner ce champ d'application dès lors qu'une représentativité au sein des branches est exigée des confédérations patronales signataires pour engager ces dernières, conformément au principe dégagé par la jurisprudence²⁴⁹⁸. En rapportant l'adhésion d'organisations représentatives au sein des branches pour démontrer leur représentativité dans le champ d'application de l'ANI, les confédérations patronales signataires définissent ainsi, par le biais de leurs adhérents, le champ d'application de l'accord et donc les frontières de l'interprofession. Ces branches devant être rattachées aux quatre secteurs que sont l'industrie, la construction, le commerce et les services, une certaine approche de la notion d'interprofession est dès lors consacrée par la loi de 2014...

b) L'unicité de la notion d'interprofession

432. Mono-interprofession. En exigeant une présence dans l'industrie, la construction, le commerce et les services, le législateur a repris « *le périmètre classique de l'interprofessionnalité* »²⁴⁹⁹ composée des secteurs traditionnels de l'économie. Il consacre en cela une approche classique de la notion d'interprofession. Mais au-delà, la loi semble également confirmer la thèse de la « mono-interprofession »²⁵⁰⁰. En effet, en fondant

²⁴⁹⁶Nous soulignons qu'en exigeant que les organisations adhérentes de la confédération patronale représentative au niveau national et interprofessionnel soient « *représentatives* » dans des branches des quatre secteurs, l'article L. 2152-4, 2° du Code du travail renvoie à la vérification du seuil minimal d'audience de 8 % au sein de ces branches, effectuée en application des dispositions de l'article L. 2152-1, 3° du Code du travail.

²⁴⁹⁷V. CE, 22 nov. 2021, n°431275, *Lebon* 2021 ; *Lexbase soc.* 2021, n°886, obs. Charlotte MORONVAL ; *Lexbase soc.* 2022, n°890, note Yannick PAGNERRE ; *BJT* fév. 2022, n°200z2, p.13, note Christophe MARIANO ; *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2021, n°42, p.39, obs. Nathalie FINCK et Samuel SEROC (V. étude 389 supra, spéc. (5°).

²⁴⁹⁸V. Cass. soc., 16 mars 2005 (Michelin), préc.

²⁴⁹⁹Christophe RADE, « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : les nouvelles règles de la représentativité des organisations patronales », *Lexbase Hebdo - édition sociale*, n°563, 20 mars 2014, act.

²⁵⁰⁰V. études 255 et s., supra.

expressément et exclusivement la représentativité nationale et interprofessionnelle sur la représentation de ces quatre secteurs, la loi consacre une approche unitaire de la notion d'interprofession qui ne pourra être revendiquée en dehors de ce périmètre.

433. Socle de représentativité. La Cour administrative d'appel de Paris, compétente en premier et dernier ressort sur la contestation des arrêtés de représentativité²⁵⁰¹, a toutefois précisé que s'il résulte des dispositions de l'article L. 2152-4 du Code du travail qu'une organisation professionnelle d'employeurs, pour être représentative au niveau national et interprofessionnel, doit regrouper des organisations adhérentes représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, ce texte n'exclut pas « *que certaines organisations adhérentes soient représentatives dans d'autres branches* »²⁵⁰². Ainsi, le juge administratif souligne que l'instauration d'une cadre d'appréciation de la représentativité nationale et interprofessionnelle reposant sur des branches relevant des quatre secteurs n'empêche pas l'organisation candidate de justifier d'adhérents représentatifs dans des branches relevant d'autres secteurs, dès l'instant où la condition exigée par l'article L. 2152-4, 2° du Code du travail est satisfaite²⁵⁰³. Il faut donc en conclure que dans les dispositions précitées le législateur forge le socle de la représentativité nationale et interprofessionnelle à partir des quatre secteurs mais qu'il ne fixe pas les limites de l'interprofession.

Par conséquent, la notion d'interprofession, réduite aux branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, n'est donc pas pour autant totalement « enfermée » au sein de ces dernières, dès l'instant où elle pourra prospérer au sein d'autres secteurs par le jeu des adhésions patronales.

²⁵⁰¹V. C. trav., art. R. 2122-99 et R. 2152-19 ; Code de justice administrative, art. R. 311-2.

²⁵⁰²CAA Paris, 5 déc. 2022, n^{os} 22PA00280, 22PA00294.

²⁵⁰³Dans sa décision, la Cour admet que certaines organisations patronales regroupant des entreprises relevant de l'économie sociale et solidaire - donc hors champ des quatre secteurs (V. infra) - qui ont fait le choix d'adhérer à une confédération patronale représentative au niveau national et interprofessionnel puissent être prises en compte pour calculer le poids de cette dernière dans le cadre du droit d'opposition à l'extension prévu à l'article L. 2261-19, al. 3 du Code du travail (V. considérant n°15). Le calcul du seuil de 50 % de salariés requis par les dispositions précitées pour s'opposer à l'extension d'un ANI prendra forcément en compte les effectifs des entreprises appartenant aux branches relevant des quatre secteurs puisque le droit d'opposition est réservé aux organisations reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel dans le cadre des dispositions de l'article L. 2152-4 du Code du travail. Toutefois, les effectifs salariés d'entreprises relevant d'autres secteurs pourront également être pris en compte selon le juge administratif, dès l'instant où l'article L. 2152-4 du Code du travail, tout en fixant expressément l'obligation de disposer d'adhérents représentatifs dans des branches des quatre secteurs, n'exclut pas pour autant que la confédération patronale puisse également rapporter l'adhésion d'organisations représentatives au sein de branches extérieures aux quatre secteurs. La Cour précise que cette solution vaut à la fois pour apprécier le poids des organisations interprofessionnelles dans le cadre de l'exercice du droit d'opposition à l'extension prévu par l'article 2261-19, al. 3 du Code du travail mais également dans le cadre de la mesure de l'audience des organisations candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel prévue à l'article L. 2152-4, 3° du Code du travail (V. considérant n°18).

c) Des exclusions

434. Objectif. En imposant une présence simultanée dans des branches des quatre secteurs, le législateur de 2008 avait comme objectif de « *favoriser la présence d'organisations syndicales généralistes* »²⁵⁰⁴ au niveau national et interprofessionnel. Cet objectif n'était pas en cela très différent de celui de la décision interministérielle du 8 avril 1948, modifiée par l'arrêté du 31 mars 1966, qui avaient souhaité « *limiter à quelques grandes confédérations généralistes* »²⁵⁰⁵ l'accès à la négociation des conventions collectives nationales. Mais la reprise de cette exigence par la loi de 2014 emporte des conséquences qui vont bien au-delà de cet objectif. En raison de l'effet structurant de la représentativité patronale sur l'espace social, la loi de 2014 livre certes une certaine définition de l'interprofession fondée sur les secteurs traditionnels de l'économie mais elle souligne, dans le même temps, la situation d'autres secteurs exclus de ce périmètre.

435. Conséquences. Comptés comme « *négligeables* »²⁵⁰⁶ par la loi de 2008, des secteurs tels que l'agriculture mais également l'économie sociale et solidaire, « *a priori non réductibles* »²⁵⁰⁷ aux quatre secteurs précités, se trouvent ainsi exclus du cadre d'appréciation de la représentativité nationale et interprofessionnelle. Or, cette exclusion, qui n'avait pas vraiment d'importance lorsqu'était envisagée la seule représentativité des organisations syndicales de salariés, dépourvue d'effet sur la délimitation des espaces professionnels de négociation, devient problématique lorsqu'est envisagée la représentativité des organisations d'employeurs. Les entreprises relevant de ces secteurs - et par conséquent les salariés de celles-ci - se trouvent en effet en dehors du périmètre de l'interprofession consacré par la loi de 2014, empêchant par là même les organisations les représentant d'accéder à la représentativité au niveau national et interprofessionnel et aux prérogatives qui lui sont associées.

²⁵⁰⁴Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Franck PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales - Enjeux et mesures de l'audience électorale », *Dr. soc.* 2010, p.1168.

²⁵⁰⁵*Ibidem.*

²⁵⁰⁶Gilles BELIER et Henri-José LEGRAND, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Editions Liaisons, coll. Droit Vivant, 2009, p.79.

²⁵⁰⁷*Ibidem.*

2- Une absence de précision sur la portée de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel

436. En définissant la représentativité au niveau national et interprofessionnel au travers d'une présence dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services mais pas dans la totalité de ces dernières, la loi du 5 mars 2014 semble se livrer à une appréciation par « échantillonnage » de cette représentativité (a). Cette méthode ne permet pas de conclure à une représentativité universelle, y compris au sein des secteurs traditionnels de l'économie (b).

a) Une appréciation par échantillonnage de la représentativité au niveau national et interprofessionnel

437. Omission. En livrant une définition de l'interprofession basée sur les quatre secteurs traditionnels de l'économie, la loi du 5 mars 2014 n'englobe donc pas tous les secteurs. C'est la situation d'organisations patronales présentes dans un certain nombre de branches extérieures aux quatre secteurs mais représentant un poids malgré tout non négligeable dans l'économie nationale qui conduira d'ailleurs le législateur à instaurer un niveau de représentation spécifique pour ces dernières en créant la représentativité nationale et multi-professionnelle²⁵⁰⁸.

Mais au-delà, la loi de 2014 fait l'impasse sur une question tout aussi cruciale qui est celle du champ de la représentativité nationale et interprofessionnelle au sein même des quatre secteurs.

En effet, dans les travaux préparatoires à la réforme, la question des secteurs exclus du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle au motif que leurs organisations représentatives n'adhéraient pas aux trois confédérations patronales reconnues jusqu'alors comme représentatives au niveau national et interprofessionnel a bien été évoquée mais uniquement pour traiter la situation des secteurs traditionnellement considérés comme « hors champ »²⁵⁰⁹ et pour lesquels, comme nous venons de le rappeler, la loi de 2014 viendra instaurer des règles spécifiques en créant la représentativité nationale et multi-professionnelle.

²⁵⁰⁸V. infra.

²⁵⁰⁹V. études 309 et 353 supra. Le rapport Combrexelle vise notamment les professions libérales, l'agriculture et l'économie sociale (V. rapport préc, p.33).

En revanche, en se contentant d'asseoir la représentativité nationale et interprofessionnelle sur une présence dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, la loi de 2014 ne traite pas la question de l'ensemble des branches relevant de ces quatre secteurs. En effet, en exigeant des confédérations patronales candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel qu'elles disposent d'organisations adhérentes représentatives dans des branches des quatre secteurs, le législateur de 2014 semble vouloir instaurer une appréciation par « échantillonnage » de la représentativité au niveau national et interprofessionnel. Si l'on s'en réfère à la règle de gestion posée par le HCDS, l'adhésion d'organisations représentatives dans deux branches de chacun des quatre secteurs suffit à conférer à la confédération répondant aux autres exigences de l'article L. 2152-4 du Code du travail une représentativité au niveau national et interprofessionnel²⁵¹⁰. Pour autant, la situation des branches relevant de ces quatre secteurs dont les organisations représentatives ne sont pas adhérentes d'une des confédérations patronales candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel - et donc exclues de l'échantillon - n'est pas envisagée par le législateur.

438. Questionnement. En précisant les critères de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, dont celui d'une présence simultanée au sein de branches des quatre secteurs, la loi de 2014 permet de déterminer quelles sont les confédérations représentatives à ce niveau mais elle ne règle pas la question de la portée de cette représentativité au sein de l'ensemble des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Un questionnement demeure en effet sur les branches relevant d'un de ces quatre secteurs traditionnels de l'économie mais dont aucune organisation d'employeurs reconnue représentative en application de l'article L. 2152-1 du Code du travail relatif à la représentativité patronale au niveau de la branche professionnelle n'adhère à une des confédérations. Bien que ces branches soient a priori comprises dans le cadre d'appréciation de la représentativité au niveau national et interprofessionnel puisqu'elles relèvent soit de l'industrie, de la construction, du commerce ou des services, leurs organisations et les entreprises qu'elles représentent ne seront pas pour autant prises en compte dans le calcul de l'audience des confédérations patronales candidates à la représentativité à ce niveau car elles n'adhèrent pas à ces dernières. Dès lors, une fois que la liste des confédérations patronales reconnues comme représentatives au niveau national et interprofessionnel aura été arrêtée sur la base des critères de l'article L. 2152-4 du Code du travail - dont celui prévu au 2° se

²⁵¹⁰V. étude 426 supra.

satisfaisant d'une représentativité établie dans certaines branches des quatre secteurs et non dans toutes - quelles conséquences faudra-t-il en tirer sur l'effet de cette représentativité au sein de l'ensemble de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ? Une branche dont l'organisation représentative n'adhère pas à une des confédérations reconnues comme représentatives au niveau national et interprofessionnel mais dont l'activité permet de la raccrocher indiscutablement soit à l'industrie, à la construction, au commerce ou aux services sera-t-elle engagée par les actes de ces confédérations au motif que ces dernières bénéficient d'une représentativité « nationale et interprofessionnelle » ? Dans le domaine de la négociation collective, par exemple, la signature d'une ou plusieurs de ces confédérations reconnues représentatives en vertu de l'article L. 2152-4 du Code du travail permettra-t-elle, lors de l'extension, d'engager toutes les branches relevant de ces quatre secteurs ?²⁵¹¹

Ce serait, à notre sens, aller bien plus loin que l'œuvre du législateur de 2014...

b) Une absence d'universalité de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel

439. Un apport législatif limité. Comme nous l'avons précédemment souligné, la loi du 5 mars 2014 a le mérite d'avoir mis en place, à l'instar de la loi du 20 août 2008, un système de reconnaissance *ex ante* de la représentativité²⁵¹². La représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel est ainsi déterminée en amont et pas uniquement à l'occasion d'une contestation de celle-ci, notamment lors de l'extension d'un ANI. La définition expresse de critères objectifs permettant l'acquisition de cette représentativité renforce en parallèle la clarté et la sécurité de l'édifice. Pour autant, on peut légitimement se demander si ce n'est pas là, la seule « véritable évolution »²⁵¹³ opérée par la loi du 5 mars 2014 par rapport au système antérieur. En effet, la loi n'aborde pas la question subséquente des prérogatives attachées à la représentativité patronale ou alors sur des points particuliers²⁵¹⁴. Dans le domaine du paritarisme de participation, l'identification des organisations à même de siéger dans les instances s'en trouve certainement clarifiée²⁵¹⁵ mais

²⁵¹¹V. étude 276 supra.

²⁵¹²V. étude 379 supra.

²⁵¹³Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *RDT* 2016, p.354 (note sous Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-519-QPC).

²⁵¹⁴Plus particulièrement les règles de financement des organisations représentatives que la loi de 2014 a refondu (V. infra).

²⁵¹⁵V. infra.

dans le domaine de la négociation collective, les règles classiques attachées aux effets de la représentativité patronale ne sont pas modifiées. Tout au plus pouvons-nous noter, comme nous l'avons indiqué, l'introduction à l'article L. 2261-19 du Code du travail d'un droit d'opposition à l'extension réservé aux organisations patronales non signataires ayant été reconnues représentatives au niveau considéré, c'est-à-dire dans le champ d'application de l'accord, selon les nouvelles règles de représentativité. En revanche, le régime de l'extension lui-même n'est pas modifié. Le travail du ministre sera certes facilité lors de la convocation des organisations appelées à siéger au sein de la commission en charge de négocier les accords extensibles²⁵¹⁶ mais une fois l'accord signé, le champ professionnel de l'extension sera, comme précédemment, contraint par la portée réelle de la représentativité des organisations patronales signataires.

440. Une représentativité stricte. La représentativité des organisations syndicales de salariées est une représentativité « *universelle* »²⁵¹⁷ à laquelle sont attachés des effets *erga omnes*. Par sa signature la confédération salariale engagera toute la collectivité des salariés, même ceux qui ne sont pas adhérents. Mais, comme nous l'avons à maintes reprises souligné, le champ d'application de l'accord est déterminé par la partie patronale et non par la partie salariale. C'est donc l'identification de la partie patronale signataire qui déterminera la collectivité à laquelle l'accord est réellement applicable. Les salariés seront soumis à l'accord parce que leur employeur le sera, conformément aux dispositions de l'article L. 2254-1 du Code du travail. Or, une organisation patronale ne peut engager que ses adhérents par sa signature. Comme le rappelle une éminente spécialiste de la question, les organisations d'employeurs représentent en effet « *au sens du droit civil* » et les actes qu'elles concluent n'engagent leurs adhérents « *que dans la mesure où leur consentement a été donné par le biais de leur adhésion* »²⁵¹⁸. De ce fait, la confédération patronale signataire d'un ANI ne pourra engager par sa signature les entreprises d'une branche - et par voie de conséquence leurs salariés - qu'à la condition que l'organisation de branche à laquelle adhère ces entreprises soit adhérente de la confédération signataire, à défaut de signer elle-même directement le texte. Au stade de

²⁵¹⁶Nous rappelons que la convocation par le ministre des organisations amenées à négocier les accords extensibles est en effet simplifiée puisque ces organisations, tant du côté salarial que patronal, sont désormais clairement identifiées en amont via un arrêté ministériel et siègent de façon permanente au sein de la CPPNI (V. étude 99 supra).

²⁵¹⁷Nicolas BRICHE, *La représentativité des organisations patronales*, mémoire Master Droit du travail, Lille 2, 2005, p.67 ; *adde.* Alain CHATRIOT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1009.

²⁵¹⁸Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *RDT* 2016, p.354 (note sous Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-519-QPC).

l'extension, la représentativité nationale et interprofessionnelle de la confédération, reconnue *ex ante* sur la base des critères de l'article L. 2152-4 du Code du travail et qui lui aura permis de justifier sa place à la table des négociations, ne lui permettra pas pour autant d'engager des branches dont les organisations représentatives sont étrangères à son cercle d'adhérents. Cette règle vaudra aussi bien pour les branches non adhérentes dont l'activité permet de les rattacher soit à l'industrie, à la construction, au commerce ou aux services que pour des branches non adhérentes relevant d'autres secteurs. Il ne pourrait, à notre sens, en être autrement que si le législateur avait assorti la reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel d'une présomption de représentativité au sein de l'ensemble des branches des quatre secteurs, que celles-ci soient adhérentes ou non. Or, la loi ne paraît pas aller jusque là...

Ainsi, contrairement à la représentativité salariale, la représentativité patronale demeure une représentativité « *stricte* »²⁵¹⁹ et non universelle. Comme le souligne à nouveau Sophie Nadal : « *La représentativité n'est pas du tout conçue, côté patronal, en tant qu'elle serait une capacité à engager par-delà le cercle des adhérents* »²⁵²⁰. La clarification opérée par la loi de 2014 sur les critères de la représentativité patronale, dont l'exigence d'une présence suffisante dans certains secteurs lorsque cette représentativité est appréciée au niveau national et interprofessionnel, n'a rien modifié sur ce point. Les effets de la représentativité des organisations patronales d'employeurs au niveau national et interprofessionnel ne permettront pas d'engager des activités au-delà du cercle composé des branches adhérentes, cantonnant ainsi le périmètre de l'interprofession à ce cercle d'adhérents.

441. Revirement ? Nous avons vu que la Cour de Cassation avait suivi, dans son arrêt Michelin du 16 mars 2005, la position précédemment adoptée par le Conseil d'Etat sur l'absence d'une présomption de représentativité dans les branches d'une confédération reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel²⁵²¹. Même si la Chambre sociale a réduit entre-temps le rôle du juge judiciaire en matière de contrôle de la représentativité des organisations patronales²⁵²², elle a pris soin de rappeler, dans un arrêt du 9 juin 2021, que celui-ci restait compétent pour apprécier le champ d'application d'un accord

²⁵¹⁹Nicolas BRICHE, *La représentativité des organisations patronales*, mémoire Master Droit du travail, Lille 2, 2005, p.67 ; *adde.* Alain CHATRIOT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », in Jean-Claude Daumas (dir.), *Dictionnaire historique des patrons Français*, Flammarion, 2010, p.1009

²⁵²⁰Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *RDT* 2016, p.354 (note sous Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-519-QPC).

²⁵²¹V. études 206 et 207 *supra*.

²⁵²²V. étude 271 *supra*.

interprofessionnel étendu, dès lors que ce dernier ne précise pas ce champ, en regard de la représentativité réelle des confédérations patronales signataires dans les branches²⁵²³. Tout en transférant la charge de la preuve à l'employeur - à qui il appartient désormais de démontrer que l'organisation représentative dans sa branche ne compte pas parmi les adhérents des confédérations interprofessionnelles signataires pour s'extraire du champ d'application de l'ANI étendu, alors que cette vérification relevait auparavant du juge - la Chambre sociale a toutefois souligné que le litige en question concernait un accord interprofessionnel signé « *antérieurement à la première mesure de la représentativité patronale au niveau interprofessionnel effectuée en application des dispositions de l'article L. 2152-4 du code du travail, issues de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, qui disposent désormais que sont représentatives au niveau interprofessionnel les organisations professionnelles d'employeurs dont les organisations adhérentes sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »²⁵²⁴. Dans son propre commentaire de l'arrêt, la Chambre sociale a expliqué, en effet, que le contrôle du juge judiciaire sur le champ d'application des accords collectifs interprofessionnels étendus, en fonction de la représentativité des organisations patronales signataires, restait nécessaire « *tout au moins jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 2014 qui instaure un mode d'établissement de la représentativité patronale* »²⁵²⁵. Nous nous sommes interrogés sur la signification de ces précisions fournies par la Chambre sociale de la Cour de cassation annonçant possiblement un revirement de sa jurisprudence classique - maintes fois réaffirmée depuis l'arrêt Michelin - si un litige venait à naître sur l'applicabilité d'un accord interprofessionnel étendu conclu après la mise en œuvre des nouvelles modalités d'appréciation de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel issues de la loi de 2014²⁵²⁶. Pour autant, même si les hauts magistrats devaient estimer que le juge judiciaire est désormais incompetent pour apprécier le champ d'application d'un l'ANI étendu en regard de la représentativité des confédérations patronales signataires dans les branches, au motif que la représentativité nationale et interprofessionnelle de ces confédérations est depuis la loi du 5 mars 2014 clarifiée en amont sur la base de critères objectifs dont celui d'une présence suffisante dans les secteurs classiques de l'interprofession et que le contrôle de cette représentativité a forcément été effectué par l'administration lors de la publication des arrêtés,

²⁵²³V. Cass. soc., 9 juin 2021, *D.* 2021, p.1137 ; *RJS* 2021, n°472 (étude 274 supra).

²⁵²⁴Cass. soc., 9 juin 2021, préc.

²⁵²⁵Lettre de la chambre sociale, n°10, mai/juin/juillet 2021, p.24.

²⁵²⁶V. étude 276 supra.

voire du juge administratif en cas de contestation de ces derniers, le principe sous-tendu par la jurisprudence Michelin ne serait pas, à notre sens, remis en cause. En effet, nous avons conclu, à la lumière de nos précédents développements, que la reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, effectuée en application des nouvelles dispositions issues de la loi de 2014, ne conférerait pas aux confédérations détentrices de cette qualité le pouvoir d'engager des branches dont les organisations représentatives ne sont pas adhérentes de ces confédérations, y compris au sein des quatre secteurs traditionnels de l'économie forgeant le périmètre classique de l'interprofession. Or, c'est précisément la solution dégagée par le Conseil d'Etat sous l'empire de l'ancien droit et, à sa suite, par la Cour de cassation dans l'arrêt Michelin : l'extension, principale prérogative de la représentativité des organisations d'employeurs, ne peut atteindre les entreprises d'une branche dans laquelle les confédérations interprofessionnelles signataires de l'ANI ne sont pas représentatives dès lors que l'organisation patronale représentative de cette branche n'adhère pas à l'une de ces confédérations et n'a pas elle-même signé l'ANI... A défaut d'une présomption de représentativité dans l'ensemble des branches, que la loi de 2014 ne confère absolument pas - à l'instar de l'ancien droit - aux confédérations patronales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, la portée de cette représentativité reste limitée aux branches adhérentes, que ce soit à l'intérieur des quatre secteurs ou à l'extérieur de ceux-ci. Ainsi, et bien que la solution dégagée par l'arrêt Michelin puisse être considérée par d'éminents spécialistes comme une altération injustifiée des effets de l'extension au niveau national et interprofessionnel²⁵²⁷, la suppression éventuelle du contrôle du juge judiciaire sur l'applicabilité d'un ANI étendu aux entreprises d'une branche donnée en regard de la représentativité réelle des confédérations signataires dans la branche en question, découlant de l'adhésion de

²⁵²⁷V. étude 331 supra.

l'organisation représentative de cette branche, ne changera pas fondamentalement le problème de la détermination du contour précis de l'interprofession²⁵²⁸.

442. Disputes doctrinales. Dans son approche doctrinale de la notion d'interprofession formulée en 2010 et 2011²⁵²⁹, le Professeur Christophe Radé avait émis le souhait que la réforme de la représentativité patronale à venir soit l'occasion de consacrer une interprofession unique et universelle, qui serait définitivement débarrassée des contraintes liées à la délimitation de l'effet de l'extension de l'ANI. Cette thèse de la « mono-interprofession autonome » soutenait en effet que dès l'instant où la représentativité des confédérations serait attestée au niveau national et interprofessionnel, les ANI conclus par ces dernières auraient vocation s'appliquer sur l'ensemble du territoire national et à l'ensemble des secteurs d'activité. L'extension permettrait dès lors d'appliquer l'accord aux entreprises non syndiquées, sans qu'il soit besoin de vérifier au préalable la représentativité des confédérations signataires dans les

²⁵²⁸On distingue mal, au demeurant, comment la solution d'un contrôle même allégé, comme l'a institué l'arrêt du 9 juin 2021, pourrait être définitivement abandonnée. En effet, dans le cas d'un litige portant sur le champ d'application d'un accord professionnel étendu, la Cour de cassation a jugé qu'un double contrôle administratif et judiciaire de la représentativité des organisations signataires était inutile (voire dangereux) car le champ d'application de l'accord étendu est nécessairement le ou les secteurs d'activité pour lesquels le juge administratif s'est assuré de la représentativité des organisations invitées à la négociation (V. Cass. soc., 27 nov. 2019, *D.* 2019, p.2305 ; *JCP E* 2019, act. 805 ; *JCP G* 2019, 1333, obs. Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *RJS* 2020, n°103 ; *JCP G* 2020, 25, note Stéphane BRISSY ; *JSL* 2020, n°490, p.4, obs. Marie HAUTEFORT ; études 269 à 272 supra). Dans le cadre d'un accord interprofessionnel étendu qui ne précise pas son champ d'application, la Cour de cassation a maintenu, comme nous l'avons vu, le contrôle du juge judiciaire consistant à vérifier la représentativité de la confédération interprofessionnelle signataire dans la branche dans laquelle l'application de l'ANI est contestée, même si elle a en dernier lieu allégé ce contrôle en considérant que c'était à l'employeur souhaitant échapper à l'extension de démontrer que l'organisation représentative dans la branche dont il relève n'est pas adhérente de la confédération signataire. Or, la précision donnée par la Cour de cassation sur le fait que cette solution serait applicable à tout le moins pour un ANI conclu avant la mise en œuvre des dispositions de la loi de 2014 ne permet pas, à l'inverse, de considérer que ce contrôle deviendrait inutile dans le cadre d'un litige postérieur à la mise en œuvre de ces dispositions. En effet, si l'ANI reste muet sur son champ d'application - ou plus exactement si ce champ ne prévoit aucune restriction professionnelle comme cela est souvent le cas - une entreprise pourra toujours demander au juge judiciaire de vérifier ce champ. Les litiges sur l'appréciation du champ d'application d'un accord collectif relèvent en effet de la compétence classique du juge judiciaire. Mais ce dernier ne pourra alors se fier à l'activité de l'entreprise, critère usuel d'applicabilité de l'accord, pour la raccrocher à un champ qui n'est pas expressément défini. Dès lors, sauf à considérer que la représentativité nationale et interprofessionnelle de la confédération patronale signataire, établie en amont dans le cadre d'un arrêté quadriennal de représentativité qui n'aurait pas été contesté devant le juge administratif, confère à cette dernière une représentativité dans toutes les branches, lui permettant d'engager toutes les entreprises quelle que soit leur activité, on voit mal comment cette question pourrait être éludée en cas de contestation d'une entreprise sur l'application d'un ANI étendu, singulièrement lorsque celui-ci ne précise pas son champ. Certes, si l'arrêt d'extension lui-même n'a pas été contesté devant le juge administratif, on pourrait considérer que la représentativité n'a pas à être vérifiée par le juge judiciaire, conformément à la position prise par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui estime qu'en procédant à l'extension, le ministre a nécessairement apprécié la représentativité de l'organisation dans le secteur d'activité considéré et que celle-ci ne peut plus être contestée devant le juge judiciaire (V. Cass. soc., 5 mars 2008, n°s 06-44.829 et 06-44.830). Mais cette solution - qui visait là encore un accord professionnel et non un ANI - semble constituer un argument difficilement opposable à l'entreprise qui objectera au juge judiciaire que l'organisation représentative de la branche dont elle relève n'adhère à aucune des confédérations patronales signataires de l'ANI étendu...

²⁵²⁹V. études 259 à 263 supra.

différentes branches, garantissant ainsi une application universelle de l'accord dans l'ensemble des entreprises du territoire national, quel que soit le secteur d'activité²⁵³⁰. Cette portée universelle de l'ANI étendu serait confortée par la vérification en amont de la représentativité nationale et interprofessionnelle des confédérations en utilisant la même méthode que celle instaurée par la loi du 20 août 2008 pour les organisations de salariés, à savoir une vérification dans certains « secteurs clefs » que sont l'industrie, la construction, le commerce et les services dès l'instant où la vérification dans l'ensemble des branches s'avère pratiquement impossible²⁵³¹. Cela revenait à consacrer la méthode par « échantillonnage », que nous avons dénommée ainsi dès l'instant où elle consiste à vérifier la représentativité des confédérations dans certaines branches et à en tirer des conséquences pour « l'ensemble » de l'interprofession. Ce raisonnement permettrait dès lors de donner la même portée à la représentativité des organisations patronales et des organisations de salariés au niveau national et interprofessionnel : en étant représentatives dans certaines branches, les confédérations patronales pourraient engager l'ensemble des entreprises du territoire national, y compris au-delà du cercle de leurs branches adhérentes...

Or, si la loi de 2014 a bien repris cette vérification préalable au sein des secteurs forgeant traditionnellement l'interprofessionnalité, elle n'a pas pour autant conféré, comme nous l'avons souligné, à la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel une portée universelle dans l'ensemble des branches. La vérification par échantillonnage ne permet de conclure à la représentativité des confédérations qu'au sein des branches adhérentes et non d'en déduire une représentativité toutes branches et tous secteurs confondus, y compris au sein de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Cela ne serait possible qu'à condition de reconnaître que la méthode par échantillonnage suffit à conférer une présomption de représentativité dans l'ensemble des branches aux confédérations reconnues comme représentatives au niveau national et interprofessionnel, ce que la loi de 2014, comme la jurisprudence sous l'empire de l'ancien droit, ne consacre absolument pas... Parallèlement, les règles de l'extension instaurant un régime unique au niveau professionnel et interprofessionnel n'ont pas été modifiées et ne permettent donc pas de traiter différemment l'accord interprofessionnel du simple groupement de branches. Pour reprendre à nouveau les mots de Pierre Nicolay, c'est au niveau de la branche que l'on

²⁵³⁰Nous rappelons que le Professeur Radé justifiait l'existence de la procédure d'élargissement - qui pourrait s'avérer de prime abord inutile dès l'instant où l'extension permettrait la systématisation de l'application de l'accord dans l'ensemble des entreprises du territoire national - par la faculté laissée aux parties de limiter expressément le champ d'application professionnel de l'accord.

²⁵³¹V. étude 268 supra.

s'engage²⁵³² et l'on voit mal comment la jurisprudence aussi bien administrative que judiciaire pourrait décider d'éluder à l'avenir le choix d'adhésion des fédérations professionnelles qu'elle a toujours préservé... Nous rappelons, là encore, que la conception « *horizontale* »²⁵³³ de la représentativité nationale et interprofessionnelle, que suggérait l'éminent Commissaire du Gouvernement, ne conduisait pas malgré tout à systématiser l'application de l'ANI d'assurance chômage du 31 décembre 1958 dans l'ensemble des branches et plus particulièrement dans celles où le CNPF signataire ne représentait rien²⁵³⁴...

Donc, si la loi du 5 mars 2014 permet indiscutablement de clarifier le mode de reconnaissance de la représentativité des organisations patronales au niveau national et interprofessionnel, elle ne permet pas de conclure à l'existence d'une interprofession universelle telle que la prônait le Professeur Radé. Mais les thèses défendues à la même époque par ses détracteurs n'en sortent pas pour autant victorieuses. L'unicité de la notion d'interprofession semble être consacrée puisque la loi du 5 mars 2014 réserve le vocable « interprofessionnel » aux seules confédérations patronales dont les organisations adhérentes sont représentatives dans les branches des quatre secteurs²⁵³⁵. En ce sens, la thèse de la « pluri-interprofession » soutenue par chaque Barthélémy ne semble pas, à tout le moins sur un plan « sémantique », avoir été consacrée²⁵³⁶. La thèse d'une « mono-interprofession non autonome » défendue par le Professeur Philippe Langlois semble donc validée au niveau de l'unicité de la notion d'interprofession - à l'instar sur ce point de la thèse défendue par le Professeur Radé - mais l'universalité de l'interprofession, qui serait atteinte grâce à la procédure d'élargissement, reste soumise au constat d'une carence de la négociation collective dans les branches non

²⁵³²V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE, 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), *Dr. soc.* 1962, p.346 et spéc. p.351.

²⁵³³Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *D.* 1962, p.740 et spéc. p.742.

²⁵³⁴V. Pierre NICOLAY, concl. sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), *Dr. soc.* 1962, p.545 et spéc. p.547 (V. notamment étude 206 supra). Nous rappelons que c'est l'obligation légale d'affiliation, qui sera par la suite consacrée, qui permet de rendre les ANI d'assurance chômage et de retraite complémentaire agréés (ou étendus et élargis) à l'ensemble des entreprises du secteur privé et non une représentativité nationale et interprofessionnelle des confédérations patronales signataires qui leur donnerait une capacité d'engager tous les secteurs.

²⁵³⁵V. étude 432 supra.

²⁵³⁶Nous rappelons que pour Jacques Barthélémy, il existerait une interprofession « classique » composée des secteurs de l'industrie, du commerce et des services et d'autres interprofessions (V. études 252 et 253 supra).

atteintes par l'extension²⁵³⁷. La réforme de la représentativité patronale n'a rien changé sur ce point.

Enfin, les trois thèses se trouvent tour à tour questionnées par la reconnaissance légale d'un nouveau niveau de représentativité patronale au niveau national, distinct de la représentativité nationale et interprofessionnelle, que nous allons désormais étudier.

Conclusion du chapitre II

443. L'analyse des sources de la loi du 5 mars 2014 confirme que la question de la représentativité patronale a été appréhendée tardivement. Si la réforme de la représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008 a servi de catalyseur à une réflexion sur le sujet, la volonté d'aligner les règles présidant à l'établissement des deux représentativités s'est heurtée à la nécessité de prendre en compte les particularités du monde patronal. Bâties sur un tronc commun, les modalités de reconnaissance des deux représentativités divergent en effet au stade de la mesure de l'audience, qui permet de s'assurer avec objectivité de la représentativité réelle des organisations vis à vis des sujets représentés dans un champ professionnel et territorial donné. Si un système de mesure basé sur l'élection a répondu parfaitement au désir de renforcer la démocratie sociale lors de l'adoption de la loi de 2008, l'adhésion lui a été préférée en 2014 car elle semble traduire plus précisément la réalité de l'engagement patronal. Au niveau national et interprofessionnel, cette réalité nécessite un traitement spécifique des multi-adhésions mais elle souligne également un manque de précision sur la portée réelle de la représentativité des organisations. La représentativité des confédérations patronales, désormais clairement « critérisée », ne semble pas en effet pouvoir déployer ses effets au-delà du cercle des adhérents. Ainsi, et bien que le législateur ait prévu que l'audience de ces confédérations soit vérifiée dans un nombre suffisant de branches relevant de secteurs d'activité diversifiés, les nouvelles règles de reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel ne permettent pas de conclure à l'universalité de la notion d'interprofession.

²⁵³⁷Nous rappelons qu'à l'instar de Christophe Radé, Philippe Langlois soutient la thèse d'une « mono-interprofession » mais celle-ci reste conditionnée par la méthode de détermination du champ d'application de l'ANI issue de la jurisprudence Michelin et nécessite l'intervention de l'élargissement pour transcender la relativité des effets de l'extension de l'ANI, alors que la thèse de la « mono-interprofession autonome » défendue par le Professeur Radé s'en écarte (V. note n°1667 supra)

CONCLUSION DU TITRE I

444. Jusqu'à l'adoption de la loi du 5 mars 2014, la représentativité patronale était très peu encadrée sur un plan juridique. En l'absence de textes traitant spécifiquement de la question, la jurisprudence concluait à l'application d'un régime unique de représentativité pour les organisations syndicales de salariés et d'employeurs, tout en se livrant à une appréciation adaptée des critères définis par le Code du travail. L'adoption de la loi du 20 août 2008 ayant profondément rénové les modalités de reconnaissance de la représentativité, un travail complémentaire est dès lors apparu nécessaire afin de clarifier les règles spécifiquement applicables aux organisations professionnelles d'employeurs. La loi du 5 mars 2014 répond à ce besoin de clarification, tout en prenant en compte les particularités du monde patronal.

Au niveau national et interprofessionnel, cette clarification permet d'enrichir le débat sur l'interprofession en raison de l'effet structurant de la représentativité patronale sur les espaces professionnels de négociation. Mais elle souligne dans le même temps la contingence de la notion. Loin d'être universelle, la représentativité des organisations d'employeurs à ce niveau demeure en effet une représentativité stricte, qui ne permet pas d'engager au-delà des branches adhérentes. Si l'unicité de la notion d'interprofession, forgée sur les secteurs traditionnels de l'économie, semble pouvoir se déduire des nouvelles dispositions législatives, son universalité n'est pas consacrée.

TITRE II : UNE REPRESENTATIVITE SPECIFIQUE POUR LES SECTEURS « HORS CHAMP »

445. Nous venons de voir qu'en fondant l'appréciation de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel sur les secteurs traditionnels de l'économie, la loi du 5 mars 2014 a consacré la conception classique de la notion d'interprofession, excluant par là-même plusieurs secteurs de ce champ de représentation.

Pour répondre à la situation de ces secteurs « hors champ », la loi crée un nouveau niveau de représentativité des organisations professionnelles d'employeurs aux côtés de la branche et du niveau national et interprofessionnel : le niveau national et multi-professionnel. Destinée à répondre aux limites de l'interprofession (**chapitre I**), cette création législative nous semble cependant poser au moins autant de questions qu'elle n'en résout. A cette réponse inachevée (**chapitre II**), nous tenterons d'apporter quelques éléments de réflexion supplémentaires dans la logique d'une meilleure représentation de l'ensemble des secteurs d'activité au niveau national.

CHAPITRE I : UNE RÉPONSE AUX LIMITES DE L'INTERPROFESSION

446. Une analyse des sources de la représentativité nationale et multi-professionnelle (section 1) démontre que la prise en compte des secteurs « hors champ » était une question centrale dans les réflexions ayant précédé l'adoption de la loi du 5 mars 2014. Si sa création (section 2) s'insère dans l'architecture générale de la réforme, le législateur réserve toutefois un régime spécifique à la reconnaissance de ce nouveau niveau de représentativité.

Section 1. Les sources de la représentativité nationale et multi-professionnelle

447. L'exclusion de secteurs du champ de la négociation nationale interprofessionnelle avait, comme nous l'avons vu, donné naissance à la notion de « hors champ »²⁵³⁸. La situation de ces secteurs a fait l'objet d'un éclairage nouveau après l'adoption de la loi du 31 janvier 2007 qui a consacré la fonction de pré-législative de l'ANI et par conséquent le rôle de pré-législateur de ses négociateurs. En réservant expressément le processus de concertation préalable et l'éventuelle négociation en découlant aux seules organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, l'article L.1 du Code du travail a posé en effet de manière accrue le problème des secteurs non représentés par ces organisations, qui se voient appliquer les stipulations d'un accord repris par la loi sans avoir participé à son élaboration²⁵³⁹. La fonction « *conventionnelle* »²⁵⁴⁰ de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, qui permet de négocier les ANI, mais également sa fonction « *organique* »²⁵⁴¹, qui permet de siéger dans de nombreuses instances officielles relevant du paritarisme de gestion ou de participation, ont dès lors suscité la convoitise de certaines organisations représentatives de ces secteurs qui ont multiplié les actions juridiques

²⁵³⁸V. études 297 et s., supra.

²⁵³⁹V. études 357 et 358 supra. Nous rappelons qu'il en est de même des accords d'assurance chômage et de retraite complémentaire dont l'agrément ou l'extension-élargissement nécessitent leur négociation et leur conclusion par les seules organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel et dont l'application est généralisée à tous les secteurs par l'effet de la loi.

²⁵⁴⁰Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p.5.

²⁵⁴¹*Ibidem.*

pour rejoindre l'interprofession (§ 1). Bien qu'elles n'aient pu aboutir dans le contexte du droit existant à l'époque, ces actions ont révélé un nouveau cercle de représentation patronale au niveau national (§ 2).

§ 1. Un accès revendiqué à l'interprofession

448. Deux organisations patronales présentes au niveau national mais qui ne bénéficiaient pas du « label » de représentativité octroyé, dans le contexte du droit antérieur, au MEDEF, à la CGPME et plus tardivement à l'UPA²⁵⁴² ont revendiqué l'accès à l'interprofession : l'Union nationale des professions libérales (A) et l'Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (B).

A. L'action des professions libérales pour rejoindre l'interprofession

449. Après avoir été reconnue représentative au niveau national (1), l'UNAPL a engagé une action conventionnelle puis contentieuse pour accéder au niveau national et interprofessionnel mais cet accès lui a été refusé (2).

1- La reconnaissance d'une représentativité au niveau national

450. Créée en 1977 par le regroupement de plusieurs unions de syndicats de professionnels libéraux avec pour objectif d'assurer une représentation unique et unitaire des professions libérales²⁵⁴³, l'UNAPL voit sa représentativité progressivement reconnue par les pouvoirs publics. Elle obtient ainsi le droit de désigner des représentants au Conseil économique

²⁵⁴²V. études 321 et s., supra.

²⁵⁴³V. Marion RABIER, « La représentation patronale en France », *BS* 4/08, Etude, 51. Elle fédère aujourd'hui 69 organisations syndicales des professions de la santé, du droit, du cadre de vie et technique (V. <https://unapl.fr/>)

et social en 1984²⁵⁴⁴, puis de participer aux émissions « Expression directe » dans les médias publics en 1991²⁵⁴⁵. Enfin, en 1997, soit vingt ans après sa création, l'UNAPL intègre la Commission nationale de la négociation collective²⁵⁴⁶.

Cette intégration au sein de la CNNC lui vaut ainsi d'être reconnue comme figurant dans la liste des « *organisations d'employeurs les plus représentatives au plan national* » selon les termes de l'ancien article L. 136-2 du Code du travail relatif à la composition de l'instance²⁵⁴⁷.

2- Un accès refusé au niveau national et interprofessionnel

451. Forte de la reconnaissance de sa représentativité « au niveau national », l'UNAPL va conclure des accords nationaux et interprofessionnels qui vont conduire au rejet d'une interprofession des professions libérales (a). Elle revendiquera en parallèle sa participation à la procédure de concertation et de négociation préalable à l'adoption de la loi en sollicitant vainement la reconnaissance de sa représentativité au niveau national et interprofessionnel (b).

a) Le rejet d'une interprofession des professions libérales

452. A l'instar de l'UPA, qui avait engagé des négociations avec les centrales syndicales après son intégration au sein de la CNNC²⁵⁴⁸, l'UNAPL va conclure plusieurs accords qualifiés

²⁵⁴⁴V. Décr. n°84-558 du 4 juil. 1984 fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique et social, JORF 5 juil. 1984, p.2115 (art.7). Sa vocation à représenter seule les professions libérales au sein de cette instance lui sera toutefois contestée par la Chambre nationale des professions libérales (CNPL) qui obtiendra également le droit de désigner un représentant en tant que l'une des organisations professionnelles les plus représentatives des professions libérales au sens de l'article 7 de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental (V. CE, 8 oct. 2012, n°343082 et Décr. n°2013-76 du 25 janv. 2013 relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental représentant les professions libérales, JORF 26 janv. 2013).

²⁵⁴⁵Dans un arrêt du 25 novembre 1991 (n°115993), le Conseil d'Etat a annulé la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui lui refusait le même temps d'antenne qu'aux autres organisations. Considérant que l'UNAPL est une « *organisation représentative à l'échelle nationale* », le Conseil l'a ainsi rendue bénéficiaire d'un temps d'émission accordé aux organisations syndicales et professionnelles représentatives à l'échelle nationale en application de l'article 55 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JORF 1^{er} oct. 1986, p.11760).

²⁵⁴⁶V. Décr. n°97-80 du 30 janv. 1997 portant modification des articles R. 136-3, R. 136-9 et R. 136-10 du code du travail relatifs à la composition de la Commission nationale de la négociation collective et des sous-commissions constituées en son sein, JORF 31 janv. 1997.

²⁵⁴⁷V. étude 351 supra.

²⁵⁴⁸V. étude 327 supra.

d'interprofessionnels mais dans le champ des professions libérales²⁵⁴⁹. Nous pouvons citer, à titre d'exemples, l'« *Accord national interprofessionnel portant création du PEI et du PPESVI "épargne salariale-professions libérales"* » du 27 novembre 2002 et l'« *Accord national interprofessionnel relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des salariés des professions libérales* » du 28 février 2005. Or, ces deux accords ont fait l'objet d'arrêtés d'extension qui n'ont pas exclu l'emploi du mot « interprofessionnel » dans le titre et le corps des textes au motif qu'il contreviendrait aux dispositions légales²⁵⁵⁰. Il était donc permis de penser, à ce stade, que les professions libérales constituaient une interprofession distincte de l'interprofession classique, accréditant ainsi la thèse de la pluri-interprofession²⁵⁵¹.

Cette interprétation va toutefois être contredite à l'occasion d'une affaire à rebondissements concernant le financement du paritarisme dans le secteur des professions libérales. A l'exemple de l'UPA pour l'artisanat²⁵⁵², l'UNAPL a en effet souhaité développer le dialogue social au sein des professions libérales unifiées syndicalement et se doter des moyens financiers permettant de soutenir cet objectif. Pour cela, l'organisation patronale conclut le 28 septembre 2012 un accord avec les cinq organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel qui s'intitule : « accord interprofessionnel relatif au développement du dialogue social et du paritarisme dans le secteur des professions libérales ». Le champ d'application professionnel de l'accord vise l'ensemble des professions et des entreprises libérales, réglementées ou non réglementées, répondant à certains critères fondamentaux liés à l'exercice libéral et à la définition légale des professions libérales issue de la loi du 22 mars 2012²⁵⁵³. Son champ géographique est national, y compris l'outre-mer²⁵⁵⁴. Dans son article 2, l'accord stipule qu'il « *a pour objet de développer le dialogue social dans l'interprofession des professions libérales, tant au plan national que territorial* » et qu'il « *vise à organiser les moyens de développement du dialogue social dans*

²⁵⁴⁹Il convient de préciser toutefois qu'un des premiers accords de ce type remonte à 1987, soit bien avant l'admission de l'UNAPL au sein de la CNNC, et qu'il portait sur la création d'un fonds d'assurance formation des professions libérales, ces fonds issus de la loi du 16 juillet 1971 sur la formation professionnelle continue ayant servi, comme nous l'avons vu, de catalyseur à la structuration du « hors champ » (V. étude 299 supra). V. Accord cadre interprofessionnel relatif à la formation permanente et à la création du FAF-PL du 9 Juillet 1987.

²⁵⁵⁰V. Arr. du 1er août 2003 portant extension d'un accord relatif à l'épargne salariale dans le secteur des professions libérales, JORF 13 août 2003 et Arr. du 12 avril 2006 portant extension d'un accord national interprofessionnel conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 25 avr. 2006.

²⁵⁵¹V. études 252 et 253 supra. Nous rappelons que Jacques Barthélémy soutenait l'existence d'une interprofession des professions libérales aux côtés de l'interprofession classique composée des secteurs de l'industrie, du commerce et des services. La variété des professions exercées avec des intérêts propres tenant au mode d'exercice libéral justifiait cette approche selon l'auteur.

²⁵⁵²V. étude 330 supra.

²⁵⁵³L. n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF 23 mars 2012.

²⁵⁵⁴V. Accord du 28 sept. 2012 préc., art. 1^{er}.

l'interprofession des professions libérales, sans préjudice des dispositifs qui ont pu être mis en place au niveau des branches ». A cette fin, le texte crée une cotisation conventionnelle au taux de 0,05 % de la masse salariale brute des entreprises entrant dans son champ d'application, collectée par une « *Association paritaire de gestion pour le dialogue social dans l'interprofession des professions libérales* » dont les statuts sont annexés à l'accord. Les sommes collectées sont notamment destinées à « *faciliter la mise en place et le développement de commissions paritaires interprofessionnelles régionales de dialogue social dans l'interprofession des professions libérales* », ainsi que « *l'organisation et la préparation de réunions favorisant le dialogue social interprofessionnel* »²⁵⁵⁵. Bien que l'objectif ne soit pas clairement affiché, cet accord structure conventionnellement l'interprofession des professions libérales. Son champ est précisé et des moyens sont dédiés au développement, au sein de ce champ, d'un dialogue social qualifié d'interprofessionnel, ainsi qu'à la mise en place de structures paritaires qualifiées également d'interprofessionnelles.

Cependant, l'extension de l'accord ne va pas soutenir cette interprétation. Par arrêté du 22 novembre 2013, le ministre du Travail étend en effet le texte mais en l'expurgeant des termes « *interprofessionnel* », « *interprofessionnelles* », « *dans l'interprofession* », « *de l'interprofession* » et « *au niveau national et interprofessionnel* », qu'il considère comme étant contraires aux dispositions des articles L. 2231-1 et L. 2261-19 du Code du travail²⁵⁵⁶. Le caractère interprofessionnel est ainsi refusé à l'accord, qui est requalifié en simple accord professionnel par l'arrêté d'extension, et l'existence d'une interprofession spécifique au secteur des professions libérales est rejetée par les pouvoirs publics.

L'affaire connaîtra ensuite plusieurs soubresauts. Saisi par la CNPL, concurrente de l'UNAPL au sein du secteur²⁵⁵⁷, et par plusieurs syndicats patronaux et ordres professionnels de professions libérales, le Conseil d'Etat annulera l'arrêté d'extension du 22 novembre 2013 au motif que le produit de la cotisation conventionnelle instaurée par l'accord du 28 septembre 2012 ne pouvait valablement être réservé, au titre des organisations représentatives des

²⁵⁵⁵ Accord du 28 sept. 2012 préc., art. 4.2.

²⁵⁵⁶ V. Arr. du 22 nov. 2013 portant extension d'un accord national professionnel conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 30 janv. 2014. Il convient de souligner que l'arrêté substitue dès lors le terme professionnel au terme interprofessionnel pour qualifier le texte étendu.

²⁵⁵⁷ V. supra note n°2544.

employeurs, à la seule UNAPL tel que le prévoyait ledit accord²⁵⁵⁸. Face à cette décision, l'UNAPL et les organisations syndicales signataires concluent, le 31 janvier 2017, un avenant en vue de modifier l'accord du 28 septembre 2012. L'avenant prévoit notamment d'abaisser le taux de la cotisation à 0,04 % et de répartir le montant destiné à la partie patronale « *de manière proportionnelle entre les organisations professionnelles d'employeurs déclarées représentatives dans le champ des professions libérales au niveau interprofessionnel ou multiprofessionnel* »²⁵⁵⁹. Mais au-delà de cette question, l'avenant prend en compte, de façon alambiquée, les exclusions prononcées lors de l'extension relatives à l'existence d'une interprofession des professions libérales. S'il s'attache en effet à supprimer dans le corps du texte la référence à la notion d'interprofession, qu'il remplace par l'expression « *au niveau multiprofessionnel* » consacrée entre-temps par la loi du 5 mars 2014 pour le secteur des professions libérales²⁵⁶⁰, il conserve le qualificatif d'interprofessionnel pour désigner l'accord qu'il renomme : « *Accord national interprofessionnel pour le développement du dialogue social et du paritarisme au niveau multiprofessionnel des professions libérales du 28 septembre 2012* »...Un nouvel arrêté ministériel du 28 décembre 2017 étend le texte, jugé désormais conforme sur le fond, tout en l'expurgeant à nouveau de toute référence au niveau national et interprofessionnel²⁵⁶¹, dont la loi du 5 mars 2014 est venue entre-temps refuser expressément l'accès aux représentants des professions libérales²⁵⁶². Le nouvel arrêté sera toutefois annulé à son tour au motif que l'avenant n'a pas été négocié avec la CNPL, alors que cette dernière

²⁵⁵⁸V. CE, 10 juil. 2015, n° 376775 et 376867 (inédit). Il convient de préciser que le Conseil d'Etat fait ici usage de la solution dégagée par le Tribunal des conflits permettant au juge saisi au principal de se prononcer sur une question relevant d'un autre ordre de juridiction eu égard à l'exigence d'une bonne administration de la justice et au vu d'une jurisprudence établie (V. supra note n°1681). Rappelant le principe selon lequel la légalité d'un arrêté ministériel procédant à l'extension d'un accord collectif est nécessairement subordonnée à la validité de l'accord (V. étude 85 supra), le juge administratif se prononce sur la clause de l'accord réservant le produit de la cotisation à la seule organisation patronale signataire, à savoir l'UNAPL, alors que les contestations sur la validité d'un accord collectif relèvent normalement du juge judiciaire. Le Conseil d'Etat utilise pour cela une jurisprudence établie de la Cour de cassation selon laquelle un accord collectif ne peut instituer une contribution au financement du dialogue social en excluant de la répartition de son produit certaines organisations syndicales représentatives de salariés et décide qu'il en va nécessairement de même lorsque la contribution litigieuse est mise à la charge de l'ensemble des employeurs compris dans le champ d'application de l'accord, alors que seuls certains d'entre eux adhèrent aux organisations au bénéfice desquelles cette contribution est prélevée. Dès lors, le Conseil d'Etat considère que la contestation relative à la validité de l'accord sur ce point peut être accueillie et annule l'arrêté prononçant l'extension de l'accord.

²⁵⁵⁹Avenant du 31 janvier 2017 à l'accord interprofessionnel du 28 septembre 2012 relatif au développement du dialogue social et du paritarisme, art. 4 (Pour une présentation des dispositions modifiées : V. *Liaisons soc. quotidien*, 13 sept. 2017).

²⁵⁶⁰V. infra.

²⁵⁶¹V. Arr. du 28 déc. 2017 portant extension d'un accord et d'un avenant audit accord conclu dans le cadre du secteur des professions libérales, JORF 30 déc. 2017. Cet arrêté sera modifié le 5 janvier 2018 afin de préciser que les experts-comptables et les commissaires aux comptes sont compris dans le champ d'application de l'accord et de l'avenant (V. Arr. du 5 janv. 2018 modifiant l'arrêté du 28 décembre 2017 portant extension d'un accord et d'un avenant audit accord conclu dans le cadre du secteur des professions libérales, JORF 11 janv. 2018).

²⁵⁶²Cette situation évoluera lors de l'adhésion de l'UNAPL à l'U2P (V. infra).

devait être regardée comme représentative au niveau du secteur des professions libérales couvert par l'accord au moment où l'avenant a été négocié et signé²⁵⁶³. Un avenant n°2 portant révision de l'accord est alors conclu le 17 juillet 2023 entre les organisations syndicales et les organisations professionnelles d'employeurs « *reconnues représentatives dans le périmètre utile à la négociation des professions libérales* », incluant la CNPL aux côtés de l'UNAPL pour la partie patronale. Ce nouvel avenant rebaptise le texte « *Accord national pour le développement du dialogue social et du paritarisme dans le secteur des professions libérales du 28 septembre 2012* » et ne fait plus aucune référence ni au niveau interprofessionnel, ni au niveau multi-professionnel (que les professions libérales ont quitté lors de l'alliance de l'UNAPL avec l'UPA au sein de l'U2P²⁵⁶⁴). Il sera étendu par un arrêté du 8 décembre 2023 qui semble clore à ce jour le débat²⁵⁶⁵.

b) Le rejet d'une représentativité au niveau national et interprofessionnel

453. Nous avons vu que le ministre du Travail avait soigneusement évité de prendre position sur la question de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel lors des débats parlementaires sur la loi du 31 janvier 2007, préférant maintenir le statu quo dans l'attente d'une éventuelle réforme²⁵⁶⁶. Insatisfaite, l'UNAPL va alors prendre les devants en sollicitant directement auprès du ministère du Travail une reconnaissance de sa représentativité en vue de participer aux concertations et éventuelles négociations préalables à l'adoption des réformes en droit du travail prévues par le nouvel article L. 1 du Code du travail. Par une décision en date du 24 novembre 2009, confirmant une première décision implicite²⁵⁶⁷, le ministre rejette la demande au motif qu'une telle reconnaissance suppose une « *audience interprofessionnelle* », aucune concertation au niveau sectoriel ou intersectoriel

²⁵⁶³V. CE, 21 janv. 2021, n°418617 (inédit). Après avoir souligné que l'avenant a été négocié et signé avant l'achèvement du premier cycle de mesure de la représentativité patronale effectué en application de la loi du 5 mars 2014, le Conseil d'Etat fait application dans cette décision des critères de la représentativité syndicale fixés à l'article L. 2121-1 du Code du travail pour déclarer la CNPL représentative dans le champ de l'accord.

²⁵⁶⁴V. infra.

²⁵⁶⁵V. Arr. du 8 déc. 2023 portant extension d'un avenant à un accord national conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 16 déc. 2023.

²⁵⁶⁶V. études 357 et 358 supra.

²⁵⁶⁷En application de l'article L. 2121-2 du Code du travail, l'UNAPL avait adressé une demande d'enquête au ministère du Travail, le 2 mars 2009, afin de voir sa représentativité déterminée au sens de l'article L.1, c'est à dire au niveau national et interprofessionnel. Le ministère ayant gardé le silence pendant plus de six mois, la requête de l'UNAPL pouvait être considérée comme rejetée sur la base de l'article R. 2121-2 du Code du travail (V. étude 335 supra).

n'étant prévue par l'article L. 1 du Code du travail²⁵⁶⁸. Demandant l'annulation de la décision implicite de rejet et de la décision confirmative du 24 novembre 2009, l'UNAPL est déboutée par un jugement du Tribunal administratif de Paris en date du 25 janvier 2011. Elle fait alors appel en invoquant deux arguments à l'appui de son recours. D'une part, le qualificatif « interprofessionnel » de l'article L. 1 du code du travail ne constituerait en réalité qu'une précision du terme « national » et serait forcément représentative au niveau national une organisation regroupant plusieurs professions. D'autre part, les textes régissant la composition de la Commission nationale de la négociation collective et du Haut conseil du dialogue social, dont l'UNAPL est membre, visent les organisations représentatives d'employeurs « au niveau national » sans que ne soit mentionnée la qualification « interprofessionnel »²⁵⁶⁹.

La Cour administrative d'appel de Paris rejette le recours de l'UNAPL en considérant *« qu'il résulte des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi susvisée du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social que la procédure de concertation et de négociation qu'elle institue, codifiée à l'article L. 1 précité du code du travail, concerne exclusivement le champ national et interprofessionnel dont seules relèvent les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel ; que si l'UNAPL soutient que le qualificatif “ interprofessionnel ” ne constitue en réalité qu'une précision du terme “ national ” en ce sens que n'est représentative au niveau national que l'organisation qui regroupe plusieurs professions, il résulte des mêmes travaux que l'intention du législateur a été d'introduire une distinction entre les organisations nationales, selon qu'elles sont sectorielles, telles l'UNAPL et la FNSEA qui concernent respectivement et exclusivement les services et l'agriculture, ou interprofessionnelles, tels le MEDEF et CGPME, organisations patronales représentatives à la fois dans les branches de l'industrie, du commerce, et des services, et l'UPA regroupant les organisations professionnelles de l'artisanat dans les secteurs du bâtiment, de la fabrication, des services, du commerce alimentaire de proximité, des travaux publics et du paysage ; que l'UNAPL ne peut à cet égard, se prévaloir de la circonstance que les articles du code du travail régissant la Commission nationale de la négociation collective et le Haut conseil du dialogue social, dont elle est*

²⁵⁶⁸V. étude 161 supra.

²⁵⁶⁹Nous rappelons que dans sa rédaction actuelle, l'article L. 2271-1 du Code du travail relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle mentionne toujours la notion d'organisations représentatives « au niveau national », même si des précisions ont été apportées depuis (V. supra note n°1908). S'agissant du Haut conseil du dialogue social, l'article L. 2122-11 du Code du travail dispose qu'il comprend « des représentants d'organisations représentatives d'employeurs au niveau national et d'organisations syndicales de salariés nationales et interprofessionnelles [...] ».

membre, visent les organisations représentatives d'employeurs " au niveau national " sans mentionner la qualification " interprofessionnel ", cette limitation visant à permettre à l'UNAPL et à la FNSEA, non représentatives au niveau interprofessionnel, d'être représentées au sein de telles instances en raison de leur taille et du périmètre du secteur que ces deux organisations représentent ; que par suite, l'UNAPL n'est pas fondée à soutenir que les premiers juges ont inexactement interprété les dispositions de l'article L. 1 précité en lui opposant une condition de représentativité non prévue par la loi ».

Après avoir rappelé que les professions libérales ont vocation à offrir des services, la Cour considère également que « la circonstance que la requérante regroupe plusieurs professions exercées selon le mode juridique libéral ne lui confère pas la qualité d'un groupement " interprofessionnel " au sens de l'article L.2122-9 dès lors qu'elle n'établit pas, en dépit de ses allégations, être également représentative dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce, ainsi que l'exige le 2° de cet article ; que par suite, c'est à bon droit que le tribunal, qui n'a pas commis d'erreur d'appréciation, a estimé que l'UNAPL n'était pas représentative au niveau national et interprofessionnel »²⁵⁷⁰.

Par cette décision, déjà évoquée, le juge administratif refuse donc de reconnaître à l'UNAPL (mais également par assimilation à la FNSEA, qui n'a jamais pour autant revendiqué sa reconnaissance au niveau interprofessionnel, ni sa participation à la négociation d'ANI²⁵⁷¹) le caractère d'organisation représentative au niveau national et interprofessionnel. Tout en reconnaissant que l'UNAPL regroupe plusieurs professions, la juridiction administrative se prononce en regard de l'exigence d'une représentativité simultanée dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services posée par la loi du 20 août 2008, dont elle fait application en l'absence de règles spécifiques régissant à l'époque la représentativité patronale²⁵⁷². Elle lui dénie ainsi le droit de participer au processus de l'article L. 1 du Code du travail, que le texte réserve expressément aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel. Mettant également fin à la confusion souvent entretenue entre la composition du collège employeur de la CNNC et la qualité d'organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel²⁵⁷³, le juge reconnaît malgré tout l'existence d'organisations patronales

²⁵⁷⁰CAA Paris, 8^e ch., 25 juin 2012, n°11PA01477.

²⁵⁷¹V. Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc. p.218 (note bas de page n°17) ; *adde* Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *JCP S* 2012, 1239.

²⁵⁷²V. *supra* note n°2040.

²⁵⁷³V. étude 352 *supra*.

présentes au niveau national dont la taille et l'importance des secteurs qu'elles représentent justifient la présence dans certaines instances nationales.

B. L'action de l'économie sociale et solidaire pour rejoindre l'interprofession

454. Structurés plus tardivement que les professions libérales ou agricoles (1), les employeurs de l'économie sociale et solidaire ont également revendiqué un accès à l'interprofession. Une action de négociation a, là encore, précédé une action contentieuse, qui se sont révélées toutes les deux infructueuses (2).

1- Une structuration syndicale tardive

455. Spécificités. La structuration des employeurs de l'économie sociale et solidaire est « *récente quand on regarde l'histoire des organisations professionnelles* »²⁵⁷⁴. Cette tardiveté s'explique essentiellement par deux caractéristiques du « secteur ».

La première est liée à la difficulté qu'ont longtemps rencontré les structures de l'ESS²⁵⁷⁵ à « *se penser comme employeurs* »²⁵⁷⁶ et à se constituer « *en patronat* »²⁵⁷⁷. Le rôle

²⁵⁷⁴Alain CORDESSE (ancien Président de l'USGERES devenue UDES) in Thierry Jeantet, *Economie sociale, la solidarité au défi de l'efficacité*, La documentation Française, coll. Les études, 3 éd., 2016, p.148.

²⁵⁷⁵Essentiellement les mutuelles, associations, coopératives et fondations (V. infra).

²⁵⁷⁶Simon COTTIN-MARX, « Naissance et unité du patronat associatif du secteur de l'animation », *Travail et Emploi* 2020, n°163, p.83 et spéc. p.84.

²⁵⁷⁷Michel OFFERLÉ, « Militer en patronat. Engagements patronaux et sociologie du militantisme », *Sociétés contemporaines* 2015, n°98, p.79.

d'employeur n'est pas en effet dans leurs gènes, ni dans leur histoire²⁵⁷⁸. Leur gouvernance est composée de représentants d'usagers de la structure ou de militants du « mouvement » à l'origine de sa création. Les membres participants sont amenés à exercer le pouvoir dans le cadre d'un engagement la plupart du temps bénévole, ou à tout le moins désintéressé²⁵⁷⁹, et selon un système de décision collective fondé sur la délibération démocratique et décorrélé de la propriété des moyens de production²⁵⁸⁰. Les instances dirigeantes ont ainsi, avant tout, une fonction « politique » de représentation collective du mouvement ou des usagers. Elles n'ont pas pour vocation première d'exercer une fonction d'employeur matérialisée par un pouvoir de gestion économique et de direction sur les salariés de la structure, à l'inverse du chef d'entreprise apporteur de capitaux. Comme le souligne un auteur, les principes de fonctionnement de ces structures basés sur la démocratie interne, le dépassement du traditionnel clivage entre le capital et le travail, ou bien encore la non-lucrativité des activités, ont longtemps donné à penser à leurs dirigeants qu'elles se situaient « *en dehors du monde du travail ordinaire* »²⁵⁸¹. L'exercice classique du pouvoir patronal de direction que l'on rencontre au sein des entreprises patrimoniales²⁵⁸² paraît ainsi relativement éloigné de leurs préoccupations.

La deuxième caractéristique tient au fait que les structures de l'ESS ont connu une évolution rapide en termes de professionnalisation et de développement de l'emploi.

²⁵⁷⁸V. Michel ABHERVÉ, « *Les difficultés de structurer le dialogue social en ESS* », XI^e rencontres du Réseau inter-universitaire de l'économie sociale et solidaire, Faculté de Droit et des Sciences Sociales Poitiers, Juin 2011, p.2. Nous ne rentrerons pas le détail mais il convient de souligner que ces structures sont pour la plupart héritières des expériences utopistes et de l'associationnisme ouvrier du XIX^e siècle, qui se sont développés en réaction au capitalisme industriel et aux injustices sociales nées de la Révolution industrielle. En raison des valeurs démocratiques et d'émancipation à l'égard des normes économiques dominantes qu'elle véhicule, l'économie sociale et solidaire est ainsi souvent pensée comme affranchie des rapports de domination (V. Matthieu HÉLY, « *Coopération et conflit dans la configuration néolibérale du monde associatif* », *JA* 2014, n°510, p.24). Par ailleurs, il faut également souligner les liens étroits existant entre le syndicalisme ouvrier et certaines structures historiques de l'ESS, telles que les sociétés de secours mutuel ou les sociétés coopératives de production ou de consommation, expliquant la présence des organisations syndicales de salariés dans leurs instances dirigeantes (V. *C. trav.*, art. L. 2132-5 et L. 2132-6). Il y a donc une forme d'antagonisme historique entre certaines de ces structures et la représentation classique du monde patronal. Sur l'histoire de l'ESS : V. notamment Henri DESROCHE, *Le Projet coopératif. Son utopie et sa pratique, ses appareils et ses réseaux. Ses espérances et ses déconvenues*, Éditions Ouvrières, Paris, 1976, André GUESLIN, « *Aux origines de la coopérative de production* », *Les cahiers de l'institut CGT d'histoire sociale*, 2013, Robert HOLCMAN, *Economie Sociale et Solidaire*, Dunod, Paris, 2015, Jean-Louis LAVILLE, *L'économie sociale et solidaire*, Points, coll. économie, Paris, 2016.

²⁵⁷⁹Le but poursuivi par les structures de l'ESS est autre que le seul partage des bénéfices tirés de l'activité, contrairement à la définition classique de la société donnée par le Code civil (V. *C. civ.*, art. 1832). Ce principe fondateur de l'économie sociale et solidaire explique que l'appropriation individuelle des éventuels excédents financiers est interdite ou limitée, selon les différentes formes statutaires de ces structures (V. infra).

²⁵⁸⁰Le système de décision des structures de l'ESS, organisé par leurs statuts, repose la plupart du temps sur le principe démocratique « 1 homme = 1 voix » et non sur la détention plus ou moins importante du capital social (V. Mathilde CARON, « *Entreprise de l'ESS et sanction du salarié* », *BJT* juill.-août 2023, n°20204, p.3 et spéc. p.4).

²⁵⁸¹Fanny DARBUS, « *Mains-d'œuvre et gestion des ressources humaines* », *Economie Sociale et Solidaire*, Robert Holcman (dir.), Dunod, Paris, 2015, p.243 ; *adde* Maryse BADEL, « *L'économie sociale et solidaire : un monde du travail ordinaire ?* », *RDSS* 2019, p.500.

²⁵⁸²V. Françoise VARCIN, *Le pouvoir patronal de direction*, thèse, Lyon 2, 2000.

L'émergence de nouveaux besoins sociaux et sociétaux non satisfaits par l'économie de marché traditionnelle (vieillesse de la population, lutte contre les exclusions, insertion sociale, logement, développement durable, etc.) a, en effet, favorisé le développement des structures de l'ESS et le besoin professionnaliser leur action²⁵⁸³. Les politiques publiques ont ainsi servi de catalyseur au développement de l'emploi dans de nombreuses structures de l'ESS notamment dans l'aide aux personnes âgées ou handicapées, la protection sociale complémentaire ou la lutte contre le chômage et la précarité²⁵⁸⁴. Par ailleurs, le souci d'innovation sociale revendiqué par l'ESS²⁵⁸⁵ permet de comprendre son fort développement dans des domaines d'activité variés tels que les énergies renouvelables, l'économie circulaire, le commerce équitable, la santé, les loisirs et la culture ou bien encore la finance solidaire, générant de nombreux emplois²⁵⁸⁶. Cette « *structuration progressive d'activités requérant l'embauche de salariés* »

²⁵⁸³V. notamment Thierry JEANTET, *Economie sociale, la solidarité au défi de l'efficacité*, La documentation Française, coll. Les études, 3 éd., 2016

²⁵⁸⁴A titre d'exemple, nous pouvons citer le "plan Borloo", qui avait pour objectif la création de 500 000 emplois en trois ans dans les activités de services à la personne (V. L. n°2005-841 du 26 juil. 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (JORF 27 juil. 2005, p.12152) . Même si l'action gouvernementale a favorisé l'essor des structures marchandes, les associations d'aide à domicile à but non lucratif, acteurs historiques dans ce domaine d'activité, ont bénéficié des effets des différentes mesures législatives encourageant le recours aux services à la personne, entraînant une forte croissance de l'emploi au sein du secteur (V. Géraldine LAFORGE, « La structuration de l'offre de services à la personne après la loi du 26 juillet 2005 », *RDSS* 2006, p.5). Dans le domaine de la protection sociale, la généralisation des systèmes complémentaires de garanties frais de santé ou de prévoyance a engendré un important développement de l'activité des mutuelles et institutions de prévoyance, ainsi qu'un mouvement important de concentration des opérateurs (V. Patricia TOUCAS-TRUYEN et Olivier BONED, « Mutualité et entreprises mutualistes » *Economie Sociale et Solidaire*, Robert Holcman (dir.), Dunod, Paris, 2015, p.39 et s.). De même, en matière de lutte contre le chômage et la précarité, la modernisation des politiques d'insertion par la loi du 1^{er} décembre 2008 (L. n°2008-1249 du 1^{er} déc. 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, JORF 3 déc. 2008, p.18424) a favorisé le développement de l'insertion par l'activité économique encadrée par les dispositions des articles L.5132-1 et suivants du Code du travail et un mouvement d'embauches au sein d'entreprises d'insertion, d'associations intermédiaires et des ateliers et chantiers d'insertion (V. Franck PETIT, « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.* 2008, p.413, Sébastien MOLLA, « structures d'insertion par l'activité économique : CDD d'insertion et autres dispositions », *JCP S* 2009, 1076). Dans la même logique de soutien à l'emploi, nous pouvons également citer l'expérimentation « territoires zéro chômeur de longue durée » introduite par la loi du 29 février 2016 (L. n°2016-231 du 29 fév. 2016 d'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée, JORF 1^{er} mars 2016) et étendue géographiquement par la loi du 14 décembre 2020 (L. n°2020-1577 du 14 déc. 2020 relative au renforcement de l'inclusion dans l'emploi par l'activité économique et à l'expérimentation « territoire zéro chômeur de longue durée », JORF 15 déc. 2020) qui permet à des travailleurs sans emploi depuis au moins un an d'être embauchés en contrat à durée indéterminée - avec des fonds publics dédiés - par des entreprises relevant spécifiquement de l'ESS, pour exercer des activités économiques non concurrentes de celles déjà présentes sur le territoire d'expérimentation (V. Pierre-Yves VERKINDT, « "Territoire zéro chômeur de longue durée"- Acte II », *Dr. soc.* 2021, p.259).

²⁵⁸⁵V. Chambre Régionale de l'Économie Sociale et Solidaire de Midi-Pyrénées, « Regards sur l'Économie Sociale et Solidaire en France », *RLDA* 2013, supplément au n°88, p.7 et spéc. p.9.

²⁵⁸⁶Aujourd'hui, l'ESS représente 14 % de l'emploi salarié privé en France (Observatoire National de l'ESS, *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire*, coll. hors série Juris, Lefebvre Dalloz, 2023, p.18). Entre 2010 et 2015, l'emploi dans ce secteur a progressé de 26 %, quand l'ensemble de l'emploi privé n'augmentait que de 7 % (*Liaisons soc. Quotidien - L'actualité*, n°17115, 4 juil. 2016).

explique un dialogue social « *relativement récent* »²⁵⁸⁷ et le fait que les branches de l'ESS soient « *jeunes et peu structurées* »²⁵⁸⁸.

456. Organisation transversale. La gouvernance singulière des structures et la construction progressive du dialogue social, soutenue par une salarisation croissante, expliquent ainsi que l'« *émergence de syndicats patronaux* » au sein de l'ESS soit relativement « *récente* »²⁵⁸⁹. Toutefois, la prise de conscience des spécificités du secteur et la volonté de fédérer ce dernier jusqu'alors peu visible et très éclaté²⁵⁹⁰ vont entraîner l'unification de la représentation patronale de l'ESS à compter des années 1990.

Ce mouvement s'illustre d'abord par la mise en place d'une animation des politiques de formation au sein des différentes branches, à la faveur de l'évolution des dispositifs de formation professionnelle initiée par la loi quinquennale du 20 décembre 1993²⁵⁹¹. Dans ce cadre, l'Union de syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale (USGERES) est créée en 1994, en regroupant 25 groupements et syndicats d'employeurs (associations, mutuelles, coopératives) et 13 branches professionnelles, dans le but de gérer les fonds de la formation professionnelle et de répondre aux besoins de qualification des entreprises de l'économie sociale²⁵⁹². L'union patronale s'attache ainsi, dans un premier temps, à travailler sur la réforme de la formation professionnelle mais en prenant en

²⁵⁸⁷Michel ABHERVÉ, « *Les difficultés de structurer le dialogue social en ESS* », XI^e rencontres du Réseau inter-universitaire de l'économie sociale et solidaire, Faculté de Droit et des Sciences Sociales Poitiers, Juin 2011, p.2.

²⁵⁸⁸Pierre FRANCOUAL, « Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire », *RLDA* 2013, supplément au n°88, p.49 et spéc. p.51. Nous précisons toutefois que des différences existent selon les secteurs d'activité de l'ESS. Si ce constat est particulièrement vrai, comme le souligne l'auteur, dans l'économie solidaire, soucieuse d'innovation sociale et de réponse à des besoins sociaux encore mal satisfaits, des secteurs relevant de l'économie sociale traditionnelle tels que le secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif ou le secteur mutualiste disposent d'un dialogue social de branche plus ancien (V. supra notes n°s 389 à 391).

²⁵⁸⁹Simon COTTIN-MARX, « Naissance et unité du patronat associatif du secteur de l'animation », *Travail et Emploi* 2020, n°163, p.83.

²⁵⁹⁰Pierre Francoual souligne que les entreprises de l'ESS intervenant dans tous les champs de l'activité économique, ces dernières sont soumises à un « *éclatement conventionnel* » qui les empêche de développer une réponse unifiée à la problématique du dialogue social (Pierre FRANCOUAL, « Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire », *RLDA* 2013, supplément au n°88, p.49 et spéc. p.51).

²⁵⁹¹V. supra notes n°s 1193 et 1534. Nous rappelons que la loi quinquennale du 20 décembre 1993 avait notamment resserré la collecte des fonds de la formation professionnelle et favorisait ainsi les regroupements au plan national par grands secteurs d'activité (V. Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle : la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) », *Dr. soc.* 1995, p.278).

²⁵⁹²Comme le rappelle un auteur, l'USGERES a en effet été créée en premier lieu pour constituer le collège employeur d'Uniformation, principal OPCA du secteur agréé après la loi quinquennale du 20 décembre 1993 (V. Danièle DEMOUSTIER, « Emergence et structuration de la fonction employeur dans les associations », *AIRES*, Janv. 2003, <https://www.associations.gouv.fr> ; *adde* Simon COTTIN-MARX et Matthieu HÉLY, « Naissance d'un patronat "responsable et engagé". L'économie sociale et solidaire en quête de représentativité patronale », *Cadres* 2021, n°488, p.13 et spéc. p.15).

compte les spécificités du champ de l'économie sociale²⁵⁹³. A partir de ce travail, elle adopte par la suite une posture plus revendicative consistant à réfuter le renvoi des organisations de l'économie sociale dans le « hors champ » des négociations nationales et interprofessionnelles et présente des candidatures dans les collèges employeurs lors des élections prud'homales (essentiellement dans les sections activités diverses et encadrement)²⁵⁹⁴. Elle consolide également sa démarche en créant en 2001, par accord avec les cinq confédérations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, un « Groupe de dialogue social transversal de l'économie sociale », rebaptisé ensuite « Groupe de dialogue social », afin de constituer un espace de dialogue social original et singulier au niveau national²⁵⁹⁵.

Enfin, l'USGERES devient l'UDES (Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire) en juin 2013, après avoir été rejointe par le Syndicat des employeurs associatifs de l'action sociale et médico-sociale (SYNEAS), et fait évoluer ses statuts à l'aune des discussions sur le projet de réforme de la représentativité patronale. L'objectif affiché de cette évolution statutaire est de « *créer une union d'employeurs de l'économie sociale et solidaire plus large afin d'accueillir d'autres syndicats d'employeurs de l'ESS et ainsi, de représenter l'ensemble du champ multiprofessionnel de l'économie sociale et solidaire* »²⁵⁹⁶.

Réunissant aujourd'hui « *23 groupements et syndicats d'employeurs (associations, mutuelles, coopératives) et 16 branches et secteurs professionnels* »²⁵⁹⁷, l'UDES indiquait

²⁵⁹³Notamment la difficulté d'accès à la formation pour les petites associations, la nécessité de développer des dispositifs transversaux pour assurer la mobilité dans le champ ou bien encore la dispensation de formations communes aux dirigeants élus et aux salariés (V. Danièle DEMOUSTIER, *op. cit.*)

²⁵⁹⁴Des listes de candidats représentant les employeurs de l'économie sociale sont présentées pour la première fois lors des élections prud'homales du 11 décembre 2002. Une alliance est pour cela créée au sein de l'Association des employeurs de l'économie sociale (AEES) regroupant le GEMA (Groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel), l'UNIFED (Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs du secteur sanitaire, social, médico-social privé à but non lucratif) et l'USGERES. L'expérience est ensuite renouvelée lors des élections de 2008 où l'AEES obtient un score de 19.05% des voix tous collèges confondus (contre 11.29% en 2002) devenant ainsi la deuxième force patronale à ces élections derrière l'Union pour les droits des employeurs regroupant des listes communes entre le MEDEF, la CGPME, l'UPA, l'UNAPL et la FNSEA (V. Hélène MICHEL et Laurent WILLEMEZ, « Les employeurs de l'économie sociale : des patrons comme les autres ? Une enquête aux prud'hommes », *Savoir/Agir* 2009, n°10, pp.33-41, *adde* Thierry JEANTET, *Economie sociale, la solidarité au défi de l'efficacité*, La documentation Française, coll. Les études, 3 éd., 2016, p.161 ; Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.50).

²⁵⁹⁵V. Patrick QUINQUETON, « *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles* », Rapport remis à Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 17 déc. 2015, p.44.

²⁵⁹⁶USGERES, « *L'Usgeres devient l'UDES, l'union des employeurs de l'économie sociale et solidaire* », communiqué de presse, Paris, 25 juin 2013. Il convient de souligner que l'union aura entre-temps modifié sa posture en revendiquant la reconnaissance d'un niveau multi-professionnel dès l'instant où l'accès à l'interprofession lui aura été refusé (V. ci-après). Par ailleurs, l'économie solidaire est désormais clairement affichée dans les statuts de l'union aux côtés de l'économie sociale traditionnelle (V. infra).

²⁵⁹⁷ <https://www.udes.fr>

également lors de sa création vouloir « *poursuivre les travaux engagés par l'Usgeres pour que les spécificités entrepreneuriales du secteur de l'économie sociale et solidaire soient représentées dans les lieux de dialogue tripartite (État, syndicats de salariés et patronaux) nationaux et territoriaux* »²⁵⁹⁸.

2- Un accès refusé au niveau national et interprofessionnel

457. Dépassant l' « *atypisme* »²⁵⁹⁹ de leur situation, les employeurs du « secteur », désormais unifiés syndicalement, entreprennent de négocier avec les organisations syndicales au niveau national afin de définir et de qualifier le champ conventionnel de l'économie sociale (a). Revendiquant également l'accès à certaines instances de représentation nationale, le juge refusera de reconnaître leur représentativité au niveau national et interprofessionnel (b).

a) Le rejet d'une interprofession de l'économie sociale

458. Ambition. Forts de leurs travaux sur la formation professionnelle, qui avaient permis de fonder l'action patronale, les employeurs de l'économie sociale concluent un accord, le 22 septembre 2006, intitulé « *Accord sur la formation professionnelle tout au long de la vie dans l'Economie Sociale* ». Signé par l'USGERES, le GEMA et l'UNIFED du côté patronal²⁶⁰⁰ et trois confédérations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (CFDT, CFTC et CGT) du côté des salariés, le texte a, en réalité, plusieurs objectifs. S'il comporte effectivement plusieurs stipulations sur la formation professionnelle, dont l'harmonisation des taux de contribution légaux quelle que soit la taille des entreprises²⁶⁰¹, l'accord ambitionne également de définir conventionnellement une interprofession de l'économie sociale et les règles présidant au dialogue social au sein de celle-ci.

²⁵⁹⁸Sébastien DARRIGRAND, « Une large union des employeurs de l'économie sociale et solidaire : quels enjeux pour le secteur ? », *JA* 2013, n°480, p.16.

²⁵⁹⁹Robert BARON, « Nous avons un dialogue social de qualité dans l'ESS », *Les idées en mouvements-Le mensuel de la ligue de l'enseignement*, n°221, sept-oct. 2014, p.15.

²⁶⁰⁰V. supra note n°2594.

²⁶⁰¹L'accord prévoyait un taux unique de contribution patronale à la formation professionnelle de 1.60 % de la masse salariale brute pour toutes les entreprises des branches comprises dans son champ d'application (alors que la loi du 4 mai 2004, dans son volet relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie, prévoyait que le financement minimum que les entreprises devaient consacrer à la formation était de 1,6 % pour les entreprises de plus de 10 salariés et de 0,4 % - porté à 0.55 % au 1^{er} janvier 2005 - pour celles de moins de 10 salariés, V. C. trav., art. L. 951-1 et L. 952-1 anc., réd. L. 4 mai 2004).

Dès son préambule le texte indique en effet qu'il est le « *premier accord interprofessionnel de l'économie sociale* » et qu'il s'organise en trois parties dont une qui « *définit le champ d'application de l'accord et ce faisant le champ interprofessionnel initial de l'économie sociale* »²⁶⁰². Les organisations signataires, dont il convient de rappeler que la composante du côté salarial est formée par les confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel²⁶⁰³, profitent donc des dispositions légales obligeant à définir le champ d'application territorial et professionnel de tout accord²⁶⁰⁴ pour définir conventionnellement le champ de l'économie sociale, qu'ils qualifient d' « *interprofessionnel* ». Dans leur esprit, la définition du champ d'application de l'accord et celle du champ « *initial* », c'est-à-dire originel, de l'économie sociale²⁶⁰⁵ se confondent, tel que l'atteste l'emploi de la locution « *ce faisant* ». Par ailleurs, les parties signataires semblent considérer ce champ d'activités comme une interprofession à part entière.

459. Définition. L'article 2 stipule ainsi que le champ d'application de l'accord, et par conséquent celui de l'interprofession de l'économie sociale, se définit par trois critères cumulatifs « *pour tenir compte des spécificités des entreprises de l'économie sociale* » : les activités des entreprises (telles que définies dans les champs d'application conventionnels dont elles relèvent, listés en annexe de l'accord), leurs statuts « *associatif, coopératif, mutualiste* » et le respect des principes fondateurs de l'économie sociale (que l'accord énonce). Le texte souligne que le champ d'application professionnel est donc bien défini en termes d'activités économiques, tel que l'exige l'article L. 132-5 du Code du travail (actuel art. L. 2222-1), mais également « *par référence à l'article L.131-2 du Code de travail en termes de statut juridique des entreprises et organismes concernés* ». Ainsi, en application de cette dernière disposition, entrent dans le champ de l'accord « *les entreprises et organismes relevant des statuts coopératif, associatif et mutualiste, c'est-à-dire : les associations régies par la loi du 1er juillet 1901 et par les articles 21 à 79-III du Code civil local applicable pour les associations d'Alsace-Moselle, ainsi qu'à leurs groupements ; les sociétés coopératives régies par la loi du 10 septembre 1947 limitées aux sociétés coopératives ouvrières de production régies par la loi*

²⁶⁰² Accord sur la formation professionnelle tout au long de la vie dans l'Economie Sociale du 22 sept. 2006, art. 1 (Préambule et principes de l'accord). Les deux autres parties de l'accord sont consacrées respectivement à la formation professionnelle et aux méthodes de développement du dialogue social.

²⁶⁰³ Nous rappelons à cette occasion la position de Jacques Barthélémy qui suggère de se référer à la qualité de la partie salariée signataire, structurée en fédération ou en confédération, pour marquer la différence entre un simple accord interbranches et un accord interprofessionnel (V. étude 248 supra). En suivant ce raisonnement, l'accord, signé par des confédérations syndicales de salariés, serait donc bien un accord interprofessionnel.

²⁶⁰⁴ Rappel : C. trav., art. L. 2222-1.

²⁶⁰⁵ Nous soulignons qu'à cette époque la notion d'économie sociale n'est pas définie juridiquement (V. infra).

du 19 juillet 1978 et aux sociétés coopératives d'intérêt collectif créées par la loi du 17 juillet 2001 ; les fondations régies par la loi du 23 juillet 1987 ; les mutuelles régies par le Code de la mutualité ; les sociétés mutuelles d'assurance relevant de la loi du 31 décembre 1989 et du Code des assurances ». Le texte ajoute que les filiales des associations, des coopératives et des mutuelles qu'elles ont créées ou qu'elles créent pour répondre à leur objet entrent dans le champ d'application *« dans le respect des dispositions obligatoires des conventions collectives ou secteurs dont ces filiales relèvent »*. L'accord précise ensuite que *« le champ interprofessionnel de l'économie sociale comprend les coopératives et les assurances à caractère mutuel dont les syndicats d'employeurs concluent des accords collectifs, en complément et dans le respect des conventions collectives de branches »*. Enfin, une annexe à l'accord, intitulée *« composantes du champ interprofessionnel de l'économie sociale »*, donne *« la liste des syndicats d'employeurs, celle des entreprises et organismes entrant dans le champ d'application des conventions et accords collectifs, étendus ou non, en application de l'article L.132-5 ainsi que celle des entreprises et organismes répondant aux critères de l'article L.131-2 qui concluront des accords dans ce champ ou adhéreront aux accords existants »*. Le caractère évolutif du champ d'application est donc lié aux futures adhésions mais également à la conclusion d'accords par des structures revêtant certaines formes juridiques, que les rédacteurs considèrent comme relevant obligatoirement du champ originel de l'économie sociale, et ce quel que soit le contenu de leurs activités.

Affirmant son caractère national, l'accord fixe son champ géographique au *« territoire métropolitain »* et aux *« Départements d'Outre Mer »*²⁶⁰⁶.

460. Critère. En complément du critère de l'activité économique, les rédacteurs se réfèrent donc au statut juridique des entreprises pour définir le champ d'application professionnel de l'accord, comme cela est fréquent dans les différentes branches du secteur, et ce bien que l'article L. 132-5 (L. 2222-1) du Code du travail semble réserver cette faculté aux seules professions agricoles depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 février 2005²⁶⁰⁷. Par ailleurs, en se fondant sur l'ancien article L. 131-2 du Code du travail pour justifier l'utilisation de ce critère complémentaire, les rédacteurs renvoient à l'énumération des différentes activités professionnelles qui ont été progressivement intégrées dans la législation sur la négociation

²⁶⁰⁶ Accord du 22 sept. 2006 préc., art. 2.

²⁶⁰⁷ V. étude 60 supra.

collective et qui permettrait, pour certains, d'appréhender légalement la notion de « hors champ »²⁶⁰⁸.

Ainsi, le statut juridique de ses entreprises serait un trait distinctif de l'économie sociale pour les rédacteurs de l'accord et permettrait de tracer le champ interprofessionnel de celle-ci.

Cependant, dans sa théorie sur l'existence d'une multiplicité d'interprofessions, Jacques Barthélémy a pu y voir au contraire une difficulté pour identifier l'économie sociale en tant qu'interprofession²⁶⁰⁹. Selon l'auteur, ce ne serait pas effectivement la nature de l'activité qui distinguerait les entreprises de ce secteur, dont les activités relèvent de l'industrie, du commerce ou des services, mais bien la forme juridique de la personne morale identifiant l'entreprise. Or, « *le recours à l'association loi 1901 et, d'une manière plus générale, à des structures à but non lucratif* » ne serait pas « *en soi déterminant de la nature de l'activité en tant qu'exercice professionnel* »²⁶¹⁰. Tout en reconnaissant que « *la philosophie comme les modes d'organisation du pouvoir y créent des intérêts spécifiques différents de ceux des entreprises "capitalistiques"* » ou que « *la forme juridique de l'entreprise et la réglementation de l'activité peuvent lui interdire la qualification d'entreprise commerciale ou de services [et] donc de relever des chambres de commerce* »²⁶¹¹, ce qui constituerait une autre originalité, l'éminent juriste refuse ainsi implicitement à l'économie sociale la qualité d'interprofession, contrairement aux professions libérales, à l'agriculture ou à l'artisanat qui auraient des intérêts propres distincts de l'interprofession classique représentée par le MEDEF et la CGPME...

461. Réponse ministérielle. La question de l'identité professionnelle de l'économie sociale va surgir à l'occasion de l'extension de l'accord.

En raison de l'inclusion du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif et de l'aide à domicile dans son champ d'application, l'accord du 22 septembre 2006 est, dans un premier temps, soumis à l'agrément du ministre compétent en application de l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles²⁶¹², que celui-ci refuse par arrêté du 28 septembre

²⁶⁰⁸V. étude 304 supra.

²⁶⁰⁹V. étude 253 supra.

²⁶¹⁰Jacques BARTHÉLÉMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. pp.568-569. Nous verrons que la loi Hamon du 31 juillet 2014 est intervenue depuis et définit l'ESS comme un « *un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine* » composée d'activités « *de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services* », confortant l'idée que la nature de l'activité n'est pas distinctive du secteur (V. infra).

²⁶¹¹*Ibidem*.

²⁶¹²V. supra note n°1444. Sur un plan procédural, le Conseil d'Etat considère que l'arrêté d'extension doit être postérieur à l'arrêté d'agrément pris en application de l'article L. 314-6 du CASF, même si la procédure d'extension peut être engagée avant l'intervention de l'arrêté d'agrément (V. CE, 29 déc. 1997, n°152421, mentionné aux tables du recueil Lebon).

2007²⁶¹³. Ce refus fait aussitôt l'objet d'une requête en annulation pour excès de pouvoir présentée par les signataires patronaux de l'accord. Dans sa décision du 31 décembre 2008²⁶¹⁴, le Conseil d'Etat rappelle que la légalité de l'agrément d'un accord collectif étant notamment subordonnée à la validité de cet accord²⁶¹⁵, « *les ministres se sont fondés sur la circonstance, d'une part, que l'USGERES, organisation syndicale d'employeur signataire, n'avait pas apporté la preuve de sa représentativité dans le champ de cet accord et, d'autre part, que cette organisation n'avait pas sollicité de l'administration la reconnaissance de cette représentativité* » pour refuser d'agréer l'accord du 22 septembre 2006. Le Conseil d'Etat considère toutefois qu'en application de l'article L. 2231-1 du Code du travail relatif à la capacité à négocier un accord collectif ordinaire et de l'article L. 2262-1 du même code en vertu duquel l'application d'un accord collectif est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires, « *un accord collectif peut être valablement conclu sans que les organisations d'employeurs signataires aient à justifier de leur représentativité dans le champ d'application de cet accord* » et que l'arrêté ministériel refusant d'agréer l'accord du 22 septembre 2006 pour les motifs précédemment évoqués est donc entaché d'une erreur de droit. A la suite de cette décision, somme toute logique²⁶¹⁶, un nouvel arrêté vient alors agréer l'accord dans les termes suivants : « *Art. 1 VI. – Interbranche de l'économie sociale (75000 Paris) / Accord national interprofessionnel sur la formation professionnelle tout au long de la vie dans l'économie sociale en date du 22 septembre 2006* »²⁶¹⁷. Par cette « *expression sibylline* »²⁶¹⁸, l'autorité administrative paraît ainsi reconnaître à l'accord un caractère d'ANI bien qu'il soit conclu au sein d'une « interbranche »,

²⁶¹³ Arr. du 28 sept. 2007 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements du secteur social et médico-social à but non lucratif, JORF 16 oct. 2007, p.17025 : « *Art. 2. – Ne sont pas agréés les accords suivants : I. – Interbranche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif UNIFED-BAD (75001 Paris) : Accord interprofessionnel GEMA-UNIFED-USGERES du 22 septembre 2006 ayant pour objet la formation professionnelle* ».

²⁶¹⁴ CE, 31 déc. 2008, n°311501, mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁶¹⁵ Le Conseil d'Etat reconnaît à l'agrément la nature d'un contrôle de légalité de l'acte conventionnel (V. CE, 17 déc. 1993, n°s 137262, Lebon 1993 et 141697, inédit).

²⁶¹⁶ Nous rappelons que l'agrément devant précéder le prononcé de l'extension, l'accord n'est donc pas à ce stade étendu et qu'ainsi la condition de représentativité des organisations patronales signataires prévue à l'article L. 2261-19 du Code du travail ne peut être exigée. Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 314-6 du CASF ne comportant quant à elles aucune exigence expresse sur la représentativité des organisations signataires, le ministre devait donc se fonder sur les règles de validité des accords ordinaires permettant à toute organisation d'employeurs de signer un accord sans avoir à prouver à ce stade sa représentativité dans le champ de l'accord (V. supra note n°1842).

²⁶¹⁷ Arr. du 25 sept. 2009 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif, JORF 2 oct. 2009, p.15986.

²⁶¹⁸ Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.59.

soulignant en cela les difficultés de distinguer l'interbranche et l'interprofession, plus particulièrement avant le prononcé de l'extension²⁶¹⁹...

L'accord fait ensuite l'objet d'une demande d'extension qui est accordée par arrêté du ministère du travail du 26 avril 2010²⁶²⁰ mais avec une série d'exclusions. L'article 1 de l'arrêté est ainsi rédigé : « *Sont rendues obligatoires, pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans le champ d'application de l'accord du 22 septembre 2006, à l'exclusion des entreprises mutualistes, coopératives et groupements d'employeurs, agricoles, les dispositions de l'accord du 22 septembre 2006 sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, à l'exclusion des termes : "interprofessionnel", "interprofessionnelles" et "interprofessionnelle" figurant dans l'accord comme étant contraires aux dispositions des articles L. 2232-1 et suivants du code du travail. Les termes : "– les mutuelles régies par le code de la mutualité ; – les sociétés mutuelles d'assurance relevant de la loi du 31 décembre 1989 et du code des assurances", à l'article 2 de l'accord, et l'annexe relative à la composante du champ professionnel qui vise l'assurance en page 10 de l'accord sont exclus de l'extension comme étant contraires à la combinaison des dispositions des articles L. 2222-1, L. 2261-2, L. 2261-23, L. 2261-15 et L. 2261-25 du code du travail telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat (CE n° 270174 du 15 mai 2006). Les pages 17 à 26 de l'annexe relative aux codes NAF dont relèvent les entreprises coopératives sont exclues de l'extension comme étant contraires aux dispositions de l'article L. 2261-19 du code du travail qui dispose que pour pouvoir être étendu l'accord professionnel doit avoir été négocié et conclu en commission paritaire composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* ».

Ainsi, le ministre du Travail exclut, en premier lieu, du champ d'application de l'accord les entreprises mutualistes, coopératives et groupements d'employeurs de l'agriculture. Par ailleurs, certains secteurs sont exclus de l'extension en raison de recoupements de champs d'application avec des conventions et accords de branche déjà étendus (activité d'assurance à caractère mutuel)²⁶²¹ ou en raison de l'absence d'organisations représentatives de ces secteurs dans les signataires (entreprises coopératives). L'arrêté ministériel refuse, en second lieu, de reconnaître le caractère interprofessionnel de cet accord en considérant l'emploi des termes "interprofessionnel", "interprofessionnelles" et "interprofessionnelle" comme contraire aux

²⁶¹⁹V. étude 248 supra.

²⁶²⁰Arr. du 26 avril 2010 portant extension d'un accord sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, JORF 5 mai 2010, p.8132.

²⁶²¹V. étude 102 supra.

dispositions des articles L.2232-1 et suivants du Code du travail, qui traitent des règles applicables aux accords interprofessionnels.

En refusant de qualifier l'accord du 22 septembre 2006 d'interprofessionnel, le ministre en charge de l'extension soutient donc une position inverse de celle du ministre en charge de l'agrément et nie, en cela, l'existence d'une interprofession de l'économie sociale.

b) Le rejet d'une représentativité au niveau national et interprofessionnel

462. Stratégies de reconnaissance. En signant l'accord du 22 septembre 2006, les organisations patronales de l'ESS ont tenté de s'appuyer sur les confédérations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel pour délimiter le champ de l'économie sociale, qualifié lui-même d'interprofessionnel. Ce faisant, les employeurs de l'économie sociale ont utilisé la même méthode que l'UPA en son temps (et l'UNAPL ultérieurement) consistant à faire reconnaître leur présence au niveau interprofessionnel par les organisations syndicales au niveau confédéral²⁶²².

Cette stratégie a été accompagnée d'une demande de l'USGERES, formulée auprès du ministère du Travail en juillet 2009, visant à figurer dans la liste des organisations d'employeurs autorisées à proposer des représentants au sein de la Commission nationale de la négociation collective, du Conseil supérieur de la prud'homie et du conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT). Se heurtant au silence du ministre, l'USGERES a déposé une requête en contentieux, enregistrée le 17 février 2010 par le Conseil d'Etat, tendant à faire annuler pour excès de pouvoir cette décision implicite de rejet²⁶²³.

463. Position du juge administratif. Dans sa décision du 26 octobre 2012²⁶²⁴, le Conseil d'Etat rappelle en premier lieu qu'en application de l'article L. 1431-1 du Code du travail le Conseil supérieur de la prud'homie, organisme consultatif siégeant auprès du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé du travail, comprend en nombre égal

²⁶²²Nous rappelons que l'UPA avait utilisé cette méthode de reconnaissance mutuelle en signant l'accord sur la formation continue des entreprises artisanales du 5 mars 1985 (V. étude 327 supra).

²⁶²³Nous rappelons à nouveau qu'en application de l'article R. 2121-2 du Code du travail, lorsque le ministre chargé du travail est saisi d'une demande d'enquête de représentativité (qui était nécessaire pour demander à siéger dans ces instances), le silence gardé par celui-ci pendant plus de six mois vaut décision de rejet.

²⁶²⁴CE, 26 oct. 2012, n°336737, mentionné aux tables du recueil Lebon.

des représentants « *des organisations syndicales et des organisations professionnelles représentatives au plan national* » ; qu'en application l'article L. 2272-1 du même code la Commission nationale de la négociation collective comprend également « *des représentants des organisations d'employeurs représentatives au niveau national et des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national* » ; qu'enfin, l'article L. 4642-2 du même code dispose que « *L'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail est administrée par un conseil d'administration qui comprend en nombre égal : 1° Des représentants des organisations d'employeurs représentatives au niveau national ; / 2° Des représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national ; / 3° [...]* ».

Sont donc visées les organisations représentatives « *au niveau national* ». Pour autant, le Conseil considère qu'il résulte des termes des articles précités que le pouvoir exécutif est tenu d'assurer la représentation au sein de ces organismes « *de toutes les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, au sens des dispositions de l'article L. 2122-9 du code du travail* » et qu'il ressort des pièces du dossier que « *ni l'Union de syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale ni aucune autre organisation d'employeurs se disant représentative des entreprises de " l'économie solidaire " ne peut faire état d'une représentativité interprofessionnelle au niveau national* ».

Le juge administratif prive donc les employeurs de l'ESS d'un accès à ces instances au motif d'une absence de représentativité interprofessionnelle au niveau national au sens de l'article L. 2122-9 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008, dont il confirme là encore l'application en l'absence de dispositions spécifiques régissant à l'époque la représentativité des organisations d'employeurs²⁶²⁵.

L'arrêt ajoute qu'il est toutefois « *loisible au pouvoir exécutif, pour l'application des mêmes dispositions des articles L. 1431-1, L. 2272-1 et L. 4642-2 du code du travail, de prévoir également la représentation, au sein des organismes mentionnés par ces articles, d'organisations d'employeurs qui ne sont représentatives au niveau national que pour certaines professions ou certains secteurs d'activité précisément déterminés, dès lors que cette présence peut se justifier par les spécificités de ces professions ou de ces secteurs d'activité au regard des compétences propres aux organismes en question* » et qu'il ne ressort pas, là non plus, des pièces du dossier que « *le secteur d'activité de " l'économie solidaire " présenterait*

²⁶²⁵V. notamment supra note n°2040.

des spécificités au regard des compétences propres aux organismes en cause de nature à justifier sa représentation en leur sein ».

Cette précision permet de justifier, aux yeux des hauts magistrats, la présence de représentants des organisations patronales des professions agricoles et des professions libérales dans ces instances alors que ces dernières, représentatives au niveau national pour leurs secteurs d'activité, ne le sont pas pour autant au niveau interprofessionnel²⁶²⁶. L'USGERES se voit, quant à elle, refuser l'accès à ces instances car le secteur d'activité de « l'économie solidaire » ne présenterait pas de spécificités au regard des compétences propres aux organismes en cause, de nature à justifier sa représentation en leur sein.

Même si les pouvoirs publics assoupliront ultérieurement leur position en autorisant l'UDES à intégrer certaines de ces instances²⁶²⁷, l'arrêt du 26 octobre 2012, contemporain de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 25 juin 2012 qui avait refusé de reconnaître la représentativité nationale et interprofessionnelle de l'UNAPL²⁶²⁸, confirme donc que les employeurs de l'ESS ne peuvent à leur tour revendiquer une telle représentativité. Le juge administratif va par ailleurs un peu plus loin dans son raisonnement en concluant, à la date de la décision, à une absence de spécificités du secteur de l'économie solidaire interdisant à ses représentants l'accès à certaines instances du dialogue social national, contrairement à leurs homologues de l'agriculture et des professions libérales ...

§ 2. La révélation d'un nouveau cercle de représentation patronale

464. En refusant de qualifier les accords conclus au niveau national par l'UNAPL et l'USGERES d'interprofessionnels, le ministère du Travail a donc rejeté la coexistence de plusieurs interprofessions, accréditant en cela la thèse de la mono-interprofession que la loi du 5 mars 2014 est venue par la suite consacrer²⁶²⁹. Le Conseil d'Etat a par ailleurs refusé d'intégrer les secteurs représentés par ces organisations à l'interprofession unique en déniaient à celles-ci une représentativité au niveau national et interprofessionnel. Or, comme le souligne Pascal Caillaud, si la détermination de l'interprofession était une question juridique que le juge

²⁶²⁶A la date de l'arrêt, les professions agricoles étaient représentées par la FNSEA dans les trois instances et conjointement par la Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricoles (CNMCCA) à la Commission nationale de la négociation collective et au Conseil supérieur de la prud'homie. Les professions libérales étaient représentées par l'UNAPL à la Commission nationale de la négociation collective.

²⁶²⁷V. infra.

²⁶²⁸V. étude 453 supra.

²⁶²⁹V. étude 432 supra.

administratif était en mesure de trancher, il était toutefois dans l'incapacité de proposer aux secteurs exclus de celle-ci une solution alternative dans l'état du droit existant alors²⁶³⁰. Evoquée depuis un certain temps (A), la situation particulière des organisations représentatives de ces secteurs a dès lors été prise en compte par les pouvoirs publics qui ont souhaité favoriser une méthode consensuelle (B).

A. Les voies d'une reconnaissance

465. Soulignée à plusieurs reprises (1), la place des secteurs « hors champ » fera l'objet d'une première reconnaissance juridique à l'occasion d'une nouvelle réforme de la formation professionnelle (2).

1- Une préoccupation constante

466. La question de la place de certaines organisations présentes au niveau national mais auxquelles un accès à la représentativité au niveau national et interprofessionnel était refusé a toujours été une source de préoccupations, voire de tensions, compte tenu des enjeux liés à une reconnaissance de représentativité à ce niveau.

Cette question a été soulevée de longue date en matière de représentativité salariale, certaines organisations, bien que structurées en confédérations et présentes dans plusieurs branches, s'étant vu refuser par le juge administratif l'accès au niveau national et interprofessionnel au motif qu'elles n'avaient pas vocation à représenter le monde du travail

²⁶³⁰V. Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.61-62 ; « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc. p.220.

dans son ensemble²⁶³¹. Cette question a revêtu une acuité particulière lors de l'émergence, au début des années 1990, de nouvelles forces syndicales au niveau national telles que l'UNSA et SUD²⁶³², qui venait remettre en question le monopole des cinq confédérations reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel par l'arrêté du 31 mars 1966 et dont la prise en compte conduira au final à la suppression du système de représentativité présumée par la loi du 20 août 2008.

Au niveau patronal, bien que la jurisprudence fût pendant longtemps moins étoffée, il nous faut rappeler à nouveau que le Conseil d'Etat avait dénié à la Confédération nationale artisanale (CNA), ancêtre de la Confédération de l'artisanat des métiers et des services (CNAMS) ayant fondé l'UPA, la qualité d'organisation représentative au niveau national et interprofessionnel²⁶³³. Or, nous avons vu que par la suite l'UPA, qui représente en priorité les entreprises artisanales, s'était vu reconnaître de fait cette représentativité, au prix d'un long cheminement²⁶³⁴. Revendiquant à leur tour « *leur place au soleil* »²⁶³⁵, l'UNAPL et l'USGERES semblaient dès lors dans une démarche similaire mais se sont vu expressément refuser l'accès à ce niveau de représentativité par le juge administratif.

²⁶³¹V. notamment les rejets, au motif d'une absence de représentativité au niveau national et interprofessionnel, de la demande de la Confédération générale des syndicats indépendants (C.G.S.I.) de siéger au sein de la Commission supérieure des conventions collectives, ancêtre de la CNNC (CE, 11 avr. 1964, *Lebon* 1964, p.275) et de la demande de la Confédération nationale des chauffeurs routiers et des salariés de France d'organiser dans des centres qui lui étaient rattachés des stages ou des sessions ouvrant droit au congés d'éducation ouvrière ou de formation syndicale prévus par la loi du 23 juillet 1957 (CE, 2 nov. 1973, n°82247, *Dr. soc.* 1974, p.469, obs. Jean Savatier). La Fédération de l'éducation nationale (F.E.N) s'était vue, quant à elle, refuser l'accès aux conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale au motif qu'elle groupait des salariés ne relevant que d'une seule branche d'activité et qu'elle ne pouvait donc pas, malgré son importance, être considérée comme représentative au niveau national et interprofessionnel (CE, 6 nov. 1970, n°74192, *Lebon* 1970, p.659). La « vocation interprofessionnelle » de l'organisation, c'est-à-dire sa vocation à grouper les salariés sur le plan national et interprofessionnel, était en effet exigée par le Conseil d'Etat, au-delà de la satisfaction aux critères de représentativité définis par la loi du 11 février 1950 (V. Albert ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse, Toulouse, 1976, p.338 et s. ; H. LESIRE-OGREL, « Au sujet de la représentativité des syndicats indépendants », *Dr. soc.* 1959, p.286). Le Conseil d'Etat avait malgré tout admis que la CGC, syndicat ne rassemblant qu'une catégorie professionnelle de salariés, pouvait être regardée comme représentative au niveau national et interprofessionnel mais dans les limites de cette catégorie (CE, 4 déc. 1957, *Lebon* 1957, p.649), ce que précisera ensuite l'arrêté du 31 mars 1966.

²⁶³²V. supra note n°75 ; *adde* Sophie BÉROUD et Jean-Michel DENIS, « Le développement interprofessionnel de solidaires : entre volonté d'expérimentation et reproduction du " modèle " confédéral », *Revue de l'IRES* 2012, n°75, p.67. Sur le contentieux formé par l'UNSA dans le but de modifier l'arrêté du 31 mars 1966 fixant la liste des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au plan national, ainsi que l'article R. 136-2 (anc.) du Code du travail relatif à la répartition des sièges au sein de la commission nationale de la négociation collective : V. étude 423 supra.

²⁶³³V. CE, 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p.545, concl. Pierre NICOLAY ; *D.* 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX.

²⁶³⁴V. étude 327 supra.

²⁶³⁵Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *JCP S* 2012, 1239.

Tout en soulignant la pluralité de la représentation patronale au niveau national²⁶³⁶, la doctrine se heurtait à la difficulté de justifier ces traitements différenciés entre les différentes organisations, en l'absence de textes régissant la représentativité patronale sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2014. Ainsi, bien que partisans de la thèse de la mono-interprofession, les Professeurs Langlois et Radé reconnaissaient malgré tout que seul le MEDEF avait réellement une vocation générale, c'est-à-dire une vocation à représenter toutes les entreprises des branches professionnelles, alors que les autres organisations telles que l'UPA, l'UNAPL, la FNSEA, voire la CGPME, ne représentaient que certaines catégories d'entreprises²⁶³⁷. Or, au sein de ces organisations « *catégorielles* »²⁶³⁸, des distinctions étaient opérées entre celles auxquelles une représentativité au niveau national et interprofessionnel était concédée telles que la CGPME et l'UPA et les autres. En outre, si la FNSEA, reconnue comme représentative des professions agricoles au plan national, avait sa place dans de nombreuses instances nationales, l'UNAPL ne l'avait rejointe au sein de ces dernières que tardivement et partiellement, alors que les employeurs de l'économie sociale, derniers arrivés sur la scène patronale nationale, se voyaient privés d'accès à ces dernières...

Le Rapport Hadas-Lebel, remis en mai 2006 et préfigurant la réforme de la représentativité syndicale²⁶³⁹, va mettre en évidence ces traitements différenciés, notamment le cas des employeurs de l'économie sociale qui, privés d'une reconnaissance de représentativité au niveau national et interprofessionnel, cotisent par exemple à l'assurance chômage sans que les organisations qui les représentent ne participent aux négociations²⁶⁴⁰. Se prononçant à la suite de ce rapport, le Conseil économique et social mettra également l'accent sur « *la nécessité d'une clarification sur les conditions d'intervention des différentes organisations professionnelles dans le dialogue social* » et soulignera que la situation des employeurs de l'économie sociale, absent du niveau interprofessionnel, « *est certainement à réexaminer compte tenu du poids économique de ces organisations et des nombreux emplois en*

²⁶³⁶V. Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, 1997, p.3 et spéc. p.4.

²⁶³⁷V. Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 et spéc. p.642 ; Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6. Le Professeur Langlois affirmait que l'UPA et la CGPME ne pouvaient intervenir que dans une interprofession « *réduite à l'artisanat ou aux petites et moyennes entreprises* », même si les entreprises qu'elles représentent sont présentes dans l'ensemble des branches, et qu'un accord interprofessionnel ne pourrait dès lors être conclu en l'absence du MEDEF (Philippe LANGLOIS, *op. cit.* ; V. étude 258 supra).

²⁶³⁸Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6 (V. étude 262 supra).

²⁶³⁹V. étude 364 supra.

²⁶⁴⁰V. Raphaël HADAS-LEBEL, « *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française, p.32.

développement dans leurs secteurs d'activités (services à la personne, secteur sanitaire et social, sport, animation...) »²⁶⁴¹. Enfin, il convient de rappeler que lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, le ministre du Travail s'étaient engagé à prendre en compte la place particulière de « *certaines secteurs essentiels d'activité* » tels que l'agriculture représentée par la FNSEA et les professions libérales représentées par l'UNAPL en mettant en place une concertation avec ces dernières sur des projets de réforme relatifs au droit du travail qui les concerneraient spécifiquement²⁶⁴².

La situation de ces organisations patronales « hors champ », représentant des secteurs majeurs de l'économie et revendiquant une représentativité aux côtés des trois organisations reconnues de fait représentatives au niveau national et interprofessionnel, va dès lors devenir un sujet central dans les réflexions sur l'évolution des règles de la représentativité patronale²⁶⁴³.

2- Une première reconnaissance juridique des organisations d'employeurs « hors champ »

467. Affrontements. Si la construction du droit de la formation professionnelle avait fait émerger la notion de « hors champ »²⁶⁴⁴ et permis de cimenter l'action patronale au sein de ces secteurs, notamment au sein de l'économie sociale²⁶⁴⁵, une nouvelle réforme de celui-ci va donner l'occasion aux pouvoirs publics de mettre en place la première procédure de reconnaissance juridique des organisations d'employeurs dites « hors champ ».

Souhaitant compléter le dispositif instauré par la loi du 4 mai 2004 dans son volet formation²⁶⁴⁶, le Gouvernement va proposer en 2008 l'ouverture d'une négociation au niveau

²⁶⁴¹CES, avis du 29 novembre 2006, « *Consolider le dialogue social* », présenté par Paul AURELLI et Jean GAUTIER, p.11.

²⁶⁴²V. étude 357 supra. Nous rappelons également qu'à l'occasion des débats sur la proposition d'amendement présentée par le député Yves Censi visant à intégrer les professions agricoles et libérales dans le champ du futur article L. 1 du Code du travail, le cas de l'économie sociale avait été évoqué par certains parlementaires (V. supra note n°2081).

²⁶⁴³Lors des discussions parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014, le député du Nord Francis Vercamer soulignera à ce propos que la question de la représentation de l'ESS, dont le poids avait été révélé par ses résultats aux élections prud'homales, aurait « *déclenché la réflexion sur la représentativité des organisations patronales* » (Francis VERCAMER, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1571).

²⁶⁴⁴V. étude 299 supra.

²⁶⁴⁵V. étude 456 supra.

²⁶⁴⁶V. notamment supra note n°2601.

national en application de l'article L. 1 du Code du travail²⁶⁴⁷. Comme le rapporte la doctrine, ces négociations vont être « *le théâtre d'affrontements entre le camp patronal classique (Medef, CGPME et UPA) et celui dit du « hors champ » auquel appartiennent l'Unapl et l'Usgeres, le premier refusant au second la possibilité d'intégrer le cercle de la représentation patronale* »²⁶⁴⁸. Evincées des négociations en application stricte de l'article L. 1²⁶⁴⁹, les organisations patronales du « hors champ » ne peuvent que constater la création, par l'ANI du 7 janvier 2009 sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle et la sécurisation des parcours professionnels²⁶⁵⁰, du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP), qui avait vocation à abonder le financement d'actions de qualification et requalification au profit de salariés en déficit de formation et de demandeurs d'emploi et qui venait se substituer à l'ancien fonds unique de péréquation qui gérât, sous l'administration des organisations de salariés et d'employeurs représentatives au national et interprofessionnel, les excédents financiers des OPCA²⁶⁵¹. Transposant l'ANI « *avec une relative fidélité* »²⁶⁵², une loi du 24 novembre 2009²⁶⁵³ modifie l'ancien article L. 6332-18 du Code du travail en indiquant que le FPSPP est créé par « *un accord conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel qui détermine son organisation* » et qu'il est soumis à l'agrément de l'autorité administrative. L'article L. 6332-

²⁶⁴⁷Nous rappelons que la loi du 4 mai 2004 avait été précédée de l'ANI du 20 septembre 2003 (V. étude 300 supra) sans que le processus de concertation préalable ne soit à l'époque obligatoire, même si, dans la pratique, la politique contractuelle inaugurée à la fin des années 1960 en faisait un « passage obligé » (que le Préambule de la loi du 4 mai 2004 proclamera d'ailleurs comme un « *engagement solennel* » des pouvoirs publics ; V. étude 152 supra). En 2008, en revanche, la loi du 31 janvier 2007 instaurant la procédure prévue à l'article L. 1 du Code du travail avait été votée et rendait donc celle-ci obligatoire avant toute réforme législative portant sur la formation professionnelle (V. *C. trav.*, art. L. 1, al. 1).

²⁶⁴⁸Carole TUCHSZIRER, « Les figures patronales dans le kaléidoscope de la formation professionnelle », *Connaissance de l'emploi* 2012, n°90, p.2.

²⁶⁴⁹Nous rappelons à nouveau que seules organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel sont expressément visées par l'article L. 1 mais qu'à l'époque l'UNAPL, notamment, revendiquait de pouvoir participer à ces négociations, avant que le Conseil d'Etat ne lui en refuse l'accès (V. étude 453 supra). Le représentant de l'UNAPL s'était ainsi présenté à la séance d'ouverture des négociations le 5 novembre 2008 et avait fait constater par huissier le refus qui lui était opposé de pénétrer dans la salle (V. Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.107 ; Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.48).

²⁶⁵⁰V. Sabrina DOUGADOS et Sophie PÉLICIER-LOEVENBRUCK, « L'Ani du 7 janvier 2009 - L'intégration de la formation professionnelle dans le droit de l'emploi ? », *SSL* 2009, n°1387, p.3.

²⁶⁵¹V. *C. trav.*, art. L. 961-13, anc. (devenu L. 6332-18 lors de la recodification de 2008) ; France compétences se substituera au FPSPP au 1^{er} janvier 2019 en application de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

²⁶⁵²Jean-Marie LUTTRINGER et Jean-Pierre WILLEMS, « La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », *Dr. soc.* 2010, p.417.

²⁶⁵³L. n°2009-1437 du 24 nov. 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, JORF 25 nov. 2009. V. Sabrina DOUGADOS et Sophie PÉLICIER-LOEVENBRUCK, « La formation professionnelle en pratique », Dossier spécial, *SSL* 2010, n°1431.

19 (anc.) du Code du travail poursuit en indiquant que le fonds paritaire dispose de ressources correspondant à un pourcentage de la participation des employeurs au financement de la formation professionnelle continue (collectée par les OPCA dans le système antérieur à la loi du 5 septembre 2018) et d'autres sommes en provenance des OPCA au titre de la professionnalisation et du congé individuel de formation. Ce même article précise que le pourcentage de la participation des employeurs affecté au FPSPP peut varier entre 5 % et 13 % et qu'il est fixé annuellement par arrêté ministériel, « *sur proposition des organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel émise selon les modalités prévues par un accord conclu entre celles-ci* ».

468. Prise en compte. Le législateur lance toutefois « *un pavé dans la mare* »²⁶⁵⁴, en ajoutant qu'un « *décret définit les conditions dans lesquelles est recueilli et pris en compte l'avis des autres organisations syndicales d'employeurs ou employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé* »²⁶⁵⁵.

Très concrètement, en transposant l'ANI du 7 janvier 2009, la loi prévoyait que le FPSPP était alimenté par des ressources en provenance des OPCA selon un pourcentage fixé par arrêté ministériel sur proposition émise par les organisations interprofessionnelles et selon des modalités prévues par accord entre ces dernières. Or, les OPCA créés par des secteurs hors champ de la négociation nationale et interprofessionnelle étaient visés par ces dispositions légales²⁶⁵⁶. Ainsi, sans l'intervention supplémentaire du législateur, l'affectation des ressources en provenance des OPCA hors champ n'aurait relevé que des seules organisations salariales et patronales interprofessionnelles signataires de l'accord.

Conformément aux engagements législatifs, un décret du 7 décembre 2009 vient dès lors définir les conditions dans lesquelles l'avis des organisations patronales du hors champ sur l'affectation de ces ressources va être pris en compte²⁶⁵⁷. Ce décret prévoit que : « *les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel adressent une proposition sur le pourcentage prévu aux 1° et 2° de l'article L. 6332-19 du code du travail aux organisations syndicales d'employeurs ou employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé ne relevant pas du champ des accords interprofessionnels. Ils adressent une autre proposition sur l'affectation des*

²⁶⁵⁴Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.107.

²⁶⁵⁵C. trav., art. L. 6332-19 anc., réd. L. 24 nov. 2009, al. 5.

²⁶⁵⁶Notamment l'OPCA Uniformation pour l'économie sociale et l'OPCAPL pour les professions libérales.

²⁶⁵⁷V. Décr. n° 2009-1498 du 7 déc. 2009 portant application des dispositions des cinquièmes alinéas des articles L. 6332-19 et L. 6332-21 du code du travail, JORF 8 déc. 2009.

ressources du fonds mentionnée à l'article L. 6332-21 du code du travail à ces mêmes organisations ou employeurs. Les organisations syndicales d'employeurs ou employeurs destinataires d'une proposition disposent d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour communiquer leurs observations aux organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel ainsi qu'au ministre chargé de la formation professionnelle. Les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel répondent à ces observations dans le même délai et adressent une copie de ces réponses au ministre chargé de la formation professionnelle »²⁶⁵⁸.

Comme le souligne la doctrine, si le choix opéré par les pouvoirs publics ne s'appuie pas sur la création d'un véritable instance de dialogue et de consultation entre les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel et celles ne relevant pas du champ de la négociation interprofessionnelle mais sur la formalisation d'une simple procédure écrite, « *de nature épistolaire* »²⁶⁵⁹, il s'agit malgré tout de la première procédure reconnaissant juridiquement une place aux organisations d'employeurs hors champ.

469. Lien avec la représentativité patronale. Cette création législative, qui servira de modèle à la loi de 2014²⁶⁶⁰, aurait provoqué « *un sentiment de malaise* »²⁶⁶¹ chez les trois organisations patronales interprofessionnelles, qui auraient vu une tentative de l'Etat de donner satisfaction à certaines organisations d'employeurs telles que l'USGERES et l'UNAPL, qui cherchaient à cette époque à faire reconnaître leur représentativité au niveau national et interprofessionnel. Des auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à évoquer l'existence d'une véritable « *stratégie gouvernementale* »²⁶⁶² visant à relancer, à l'occasion de cette évolution du système de formation professionnelle, la question de la réforme de la représentativité patronale²⁶⁶³.

²⁶⁵⁸Décr. préc., art.1^{er}.

²⁶⁵⁹Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.58.

²⁶⁶⁰V. infra.

²⁶⁶¹Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.107.

²⁶⁶²*Ibidem*.

²⁶⁶³Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, grands spécialistes du droit de la formation professionnelle, ont souligné lors des discussions préalables à l'adoption de la loi du 24 novembre 2009 : « *Les organisations patronales du hors champ de la négociation collective nationale et interprofessionnelle (UNAPL, USGERES, FNSEA, Presse etc.) étaient jusqu'à présent considérées comme des espèces dormantes dans l'éco système interprofessionnel de la formation. Or voici que par la magie d'un simple alinéa, un projet de loi, en les exposant à la lumière, les sort de leur torpeur et du même coup ouvre la boîte de Pandore de la représentativité patronale, verrouillée à double tour et cachée au fond d'un puits* » (cités in Thomas AMOSSE et al., « *Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat* », Rapport de recherche IRES, Mai 2011, p.107). Nous rappelons que la paternité de l'expression « hors champ » semble devoir être attribuée à Jean-Marie Luttringer, qui l'aurait employée pour la première fois dans un commentaire de la loi du 4 mai 2004 (V. étude 300 supra).

Saisi à l'occasion du quarantième anniversaire de la loi fondatrice du 16 juillet 1971, le CESE livrera un diagnostic sur le système issu de la loi du 24 novembre 2009 dans lequel il recommandera, au contraire, d'aller plus loin afin de mieux prendre en compte le « hors champ » dans la gouvernance de la formation professionnelle, tout en soulignant que cette question renvoyait inévitablement à celle de la réforme de la représentativité patronale : *« Aujourd'hui, de larges pans de l'activité économique - agriculture, professions libérales, économie sociale et particuliers-employeurs notamment, constituant le « hors champ » - se trouvent exclus de la gouvernance des instances nationales de la formation professionnelle, en raison de l'absence de reconnaissance de représentativité de leurs organisations patronales au niveau interprofessionnel national. Dans un double souci d'équité (le « hors champ » apporte une contribution financière importante) et d'efficacité (la connaissance des spécificités des secteurs concernés permet de construire des réponses adaptées), le Conseil souhaite une meilleure prise en compte du « hors champ » dans la gouvernance de la formation professionnelle. Cette réflexion soulève toutefois la question de la détermination préalable du périmètre des activités du champ et du hors champ et pose plus généralement celle de la représentativité des organisations professionnelles »*²⁶⁶⁴.

B. Une méthode consensuelle

470. Prenant acte de l'absence de reconnaissance de leur représentativité au niveau national et interprofessionnel, certaines organisations patronales du « hors champ » vont adopter une attitude pragmatique en proposant que leur soit reconnue une représentativité spécifique au niveau national (1). Recevant un écho favorable lors des travaux préparatoires à la réforme de la représentativité patronale (2), cette demande va donner lieu à un protocole d'accord avec les organisations patronales jusqu'alors reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (3).

²⁶⁶⁴Yves URIETA, « 40 ans de formation professionnelle : bilan et perspectives », Avis du Conseil économique, social et environnemental, Déc. 2011, p.62.

1- Le pragmatisme du « hors champ »

471. Résignation. Echaudée par le refus du ministère du travail de reconnaître le caractère interprofessionnel de l'accord du 22 septembre 2006 lors de l'extension de celui-ci en 2010²⁶⁶⁵, puis par la décision du Conseil d'Etat confirmant en 2012 son absence de représentativité au niveau national et interprofessionnel²⁶⁶⁶, l'USGERES va adopter progressivement une autre stratégie consistant à voir reconnaître un niveau de représentation patronale intermédiaire, qu'elle qualifie elle-même de « multi-professionnel »²⁶⁶⁷. Ainsi, dans le cadre de la préparation des travaux de la deuxième Grande conférence sociale²⁶⁶⁸, l'organisation d'employeurs remet au ministre du Travail Michel Sapin ses propositions sur les critères de mesure de la représentativité patronale dans lesquelles elle indique qu'elle « *souhaite que soit identifié, entre les branches et l'interprofessionnel, un niveau multiprofessionnel afin que les organisations qui sont aujourd'hui considérées en dehors du champ de la négociation collective nationale interprofessionnelle puissent accéder à une forme de représentation* »²⁶⁶⁹. L'union patronale justifie cette demande en indiquant qu' « *En effet, l'agriculture, les professions libérales et l'économie sociale, aujourd'hui « hors champ », représentent pourtant des pans importants et significatifs de l'activité économique (près de 30% des salariés) non représentés par les trois organisations patronales représentatives au plan national et interprofessionnel : le MEDEF, la CGPME et l'UPA* »²⁶⁷⁰.

472. Représentativité *ad hoc*. Pour donner corps à cette demande, l'USGERES propose au ministre du Travail que soit élaborées des « *règles de représentativité ad hoc* »²⁶⁷¹ consistant à définir une série de critères spécifiques auxquels les « *organisations candidates* à

²⁶⁶⁵V. étude 461 supra.

²⁶⁶⁶V. étude 463 supra.

²⁶⁶⁷Il est à noter qu'à compter des exclusions prononcées dans l'arrêté d'extension du 26 avril 2010, les accords conclus par l'USGERES et les confédérations syndicales ne mentionneront plus le qualificatif d'interprofessionnel mais évoqueront la notion d'accord élaboré « *au niveau interbranches* » puis, après l'entrée en vigueur de la loi de 2014, d'« *accord multi-professionnel* » (V. infra). Sébastien Darrigrand, Délégué Général de l'USGERES puis de l'UDES, indiquait à propos du changement d'orientation que l'organisation pensait que l'accès au même niveau que le MEDEF, la CGPME et l'UPA était « *une cause perdue* » et qu'elle proposait plutôt de « *créer un niveau de représentation intermédiaire, "multi-professionnel"* » (Sébastien DARRIGRAND, in Aurélia DESCAMPS, « Economie sociale et solidaire. Des patrons en voie de reconnaissance », *Directions* 2013, n°111).

²⁶⁶⁸V. étude 372 supra.

²⁶⁶⁹USGERES, « Critères de mesure de la représentativité patronale : l'Usgeres présente ses propositions », communiqué de presse, Paris, 6 juin 2013, www.usgeres.fr.

²⁶⁷⁰*Ibidem*.

²⁶⁷¹Aurélia DESCAMPS, « Economie sociale et solidaire. Des patrons en voie de reconnaissance », *Directions* 2013, n°111.

la représentativité au niveau multiprofessionnel »²⁶⁷² devraient répondre. Pour accéder à ce niveau de représentativité, jusqu'alors inexistant, les organisations d'employeurs devraient ainsi satisfaire aux neuf critères suivants : respect des valeurs républicaines, indépendance par rapport aux structures étatiques et aux organisations politiques, transparence financière avec des comptes certifiés publiés au Journal Officiel, ancienneté minimale de 5 (ou 10) ans appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts, adhésion d'un minimum d'organisations (au moins 10) relevant de branches ou secteurs différents, représentation multiprofessionnelle d'un secteur homogène comportant au moins 10 branches professionnelles, influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience mesurée à travers la vivacité du dialogue social dans le secteur (nombre d'accords signés dans le champ multiprofessionnel), implantation dans plusieurs régions regroupant au moins 30 départements, audience. Pour mesurer ce dernier critère, l'USGERES propose de retenir l'adhésion et de fixer un seuil minimum de 50 000 entreprises adhérentes²⁶⁷³.

473. Prérrogatives. Au-delà des critères de reconnaissance, l'USGERES formule des propositions sur les prérogatives qu'elle souhaiterait voir attacher à ce nouveau niveau de représentativité patronale. Dans le domaine du paritarisme, l'union souhaite ainsi que la reconnaissance de la représentativité au niveau multiprofessionnel « *donne accès à une vingtaine d'instances de concertation au plan national et territorial* »²⁶⁷⁴. Sur le plan de la négociation collective, elle propose que les organisations reconnues représentatives à ce niveau « *participent à la délégation patronale en amont des négociations nationales interprofessionnelles, afin de donner leur avis sur les textes en discussion et de formuler des propositions* »²⁶⁷⁵. L'union propose également qu'« *un représentant du champ multiprofessionnel siège dans les négociations interprofessionnelles en qualité d'observateur* »²⁶⁷⁶.

474. Préparation. Pour appuyer ses propositions, l'USGERES révisé dans le même temps ses statuts et devient l'UDES le 24 juin 2013 afin de « *représenter l'ensemble du champ multiprofessionnel de l'économie sociale et solidaire* »²⁶⁷⁷.

²⁶⁷²USGERES, « Critères de mesure de la représentativité patronale : l'Usgeres présente ses propositions », communiqué de presse, Paris, 6 juin 2013, www.usgeres.fr.

²⁶⁷³V. USGERES, *op. cit.*

²⁶⁷⁴*Ibidem.*

²⁶⁷⁵*Ibid.*

²⁶⁷⁶*Ibid.*

²⁶⁷⁷USGERES, « L'Usgeres devient l'UDES, l'union des employeurs de l'économie sociale et solidaire », communiqué de presse, Paris, 25 juin 2013 ; Sébastien DARRIGRAND, « Une large union des employeurs de l'économie sociale et solidaire : quels enjeux pour le secteur ? », *JA* 2013, n°480, p.16 (V. étude 456 supra).

La FNSEA mais également l'UNAPL - à l'origine hostile à toute forme de représentativité distincte - se rangeront par la suite aux propositions « *pragmatiques* »²⁶⁷⁸ de l'UDES²⁶⁷⁹.

2- La reconnaissance de la coexistence de plusieurs champs de représentation patronale au niveau national

475. Mission. Prenant acte des propositions formulées par l'USGERES devenue UDES, le ministre du Travail demande, dans la lettre de mission adressée au directeur général du Travail à l'issue des travaux de la deuxième Grande Conférence Sociale²⁶⁸⁰, que soient également examinés « *les champs traditionnellement exclus de la négociation interprofessionnelle ou de la représentation au niveau national ("le hors champ")* » et que soient proposées « *des solutions de façon à définir des règles qui soient adaptées à la spécificité des secteurs concernés et qui n'entravent pas la capacité et la volonté de négocier des organisations professionnelles intéressées* »²⁶⁸¹. Le ministre précise, sans toutefois les désigner expressément, que « *ces organisations* »²⁶⁸² devront être auditionnées.

476. Simplification. Tout en rappelant que le « hors champ » recouvre de nombreux secteurs²⁶⁸³, la mission Combrexelle propose d'admettre « *par commodité* » que cette notion « *visait principalement à ce jour les professions libérales, les professions agricoles, l'économie sociale* »²⁶⁸⁴. Cette simplification, qui se transformera en véritable confusion dans les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014²⁶⁸⁵, conduit la direction générale du Travail à livrer une analyse schématique du monde patronal. Trois champs distincts de représentation patronale coexisteraient ainsi « *au niveau national* »²⁶⁸⁶. Le premier cercle comprendrait le MEDEF, la CGPME et l'UPA dont le rapport de la DGT rappelle qu'elles se

²⁶⁷⁸Michel CHASSANG, « Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.260.

²⁶⁷⁹V. infra.

²⁶⁸⁰V. étude 374 supra.

²⁶⁸¹Lettre de mission du 27 juin 2013 adressée par Michel Sapin, Ministre du Travail, à Jean-Denis Combrexelle, Directeur Général du Travail, in Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°1, p.84 et spéc. p.85).

²⁶⁸²*Ibidem*.

²⁶⁸³V. étude 309 supra.

²⁶⁸⁴Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.34.

²⁶⁸⁵V. infra.

²⁶⁸⁶Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.21.

sont vues, de fait, reconnaître la qualité d'organisations légitimes pour intervenir dans le champ interprofessionnel²⁶⁸⁷. Le deuxième cercle de représentation patronale comprendrait l'UNAPL et la FNSEA qui sont « *également membres de la CNNC* » comme les trois premières organisations « *mais dont la capacité à signer des accords interprofessionnels n'a jamais été clairement définie ni par la loi ni par la jurisprudence* »²⁶⁸⁸. Ce cercle inclurait aussi « *les employeurs de l'économie sociale (USGERES devenue UDES, Union des syndicats et fédérations nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-social et social UNIFED)* », à propos desquels le rapport souligne qu'ils « *"frappent à la porte de la représentativité" en se prévalant d'un score de 19% aux dernières élections prud'homales de décembre 2008* »²⁶⁸⁹. Enfin, le troisième cercle de représentation patronale serait constitué des « *organisations professionnelles de branches* »²⁶⁹⁰.

477. Prise en considération. S'appuyant sur le résultat des auditions réalisées dans le cadre de la mission, le rapport Combrexelle sur la représentativité patronale vient confirmer que la question du sort des organisations d'employeurs présentes au niveau national sans être reconnues interprofessionnelles est « *cruciale* » et doit « *trouver des solutions* »²⁶⁹¹. La redéfinition de la place de l'ESS fait notamment l'objet d'un consensus de la part d'un grand nombre de personnes auditionnées « *eu égard à son importance dans l'économie et au nombre d'entreprises et de salariés qu'elle représente* »²⁶⁹². Tout en rappelant que la jurisprudence a apporté un commencement de réponse en refusant de reconnaître l'UNAPL et l'USGERES représentatives au niveau national et interprofessionnel²⁶⁹³, la DGT suggère dès lors « *l'application de règles spécifiques à des organisations multi professionnelles qui vérifieraient un certain nombre de critères comme une ancienneté suffisante (par exemple 10 ans) et la représentativité dans un nombre significatif de branches (par exemple : 10)* »²⁶⁹⁴.

478. Précautions. Le rapport précise toutefois que la prise en considération de la situation de ces organisations doit être entourée de précautions. Pour la DGT, il ne s'agit pas « *de donner un statut aux secteurs dits « hors champ » qui pourrait inciter des entreprises ou des organisations à les rejoindre* »²⁶⁹⁵. En effet, « *sauf à déstabiliser la négociation*

²⁶⁸⁷V. Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*, p.22.

²⁶⁸⁸*Id.*, p.23.

²⁶⁸⁹*Ibidem.*

²⁶⁹⁰*Ibid.*

²⁶⁹¹*Idem*, p.66.

²⁶⁹²*Id.*, p.47.

²⁶⁹³V. études 453 et 463 *supra*.

²⁶⁹⁴Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.66.

²⁶⁹⁵*Ibidem.*

*interprofessionnelle, le " hors champ " n'a pas vocation à s'élargir » et « dans toute la mesure du possible, il serait souhaitable qu'il se réduise progressivement par des affiliations et des regroupements »*²⁶⁹⁶.

La volonté de maintenir un *statu quo* transparait dans ces propositions. Non seulement le rapport a recommandé, comme nous l'avons vu, que soit repris au niveau interprofessionnel le critère d'une présence dans les quatre secteurs traditionnels de l'économie²⁶⁹⁷, réservant ainsi la représentativité nationale et interprofessionnelle aux organisations représentant l'interprofession classique, mais l'organisation de cette dernière doit en outre être protégée afin d'éviter une déstabilisation de la négociation à ce niveau. La reconnaissance des secteurs « hors champ » doit pour cela être limitée et ne pas donner lieu à l'octroi d'un véritable statut qui leur permettraient de s'étendre et d'entraîner ainsi une dispersion de la représentation patronale au niveau national.

479. Conséquences. Au niveau des conséquences juridiques liées cette reconnaissance, le rapport fait là encore preuve de parcimonie. Premièrement, il ne répond pas à la demande de l'USGERES d'assortir la reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle d'une présence dans les instances paritaires. Deuxièmement, il limite ses propositions en matière de négociation collective. Cette reconnaissance emporterait ainsi l'obligation pour les confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel de consulter formellement les organisations nationales multi-professionnelles en amont d'une négociation nationale interprofessionnelle et avant la conclusion de celle-ci. Une possibilité leur serait ouverte de les intégrer dans leur délégation, à titre d'observateurs et sans pouvoir décisionnel, pendant tout ou partie de la négociation en fonction des sujets en discussion. Enfin, comme s'y était engagé le ministre du Travail lors de l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, une consultation spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics serait organisée préalablement à l'élaboration du projet de loi de transposition d'un ANI conclu en application de l'article L. 1 du Code du travail, afin d'éclairer le Gouvernement sur la position de ces organisations²⁶⁹⁸.

480. Méthode. Pour mettre en œuvre ces propositions, la DGT demande que « *les confédérations qui seront reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel* » prennent au plus tôt l'initiative d'une discussion « *avec des organisations multi*

²⁶⁹⁶*Ibid.*

²⁶⁹⁷V. étude 424 *supra*.

²⁶⁹⁸V. Jean-Denis COMBEXELLE, rapport préc., p.67.

professionnelles pour définir par voie d'accord les modalités d'une telle reconnaissance et ses conséquences pratiques »²⁶⁹⁹. Pour cela le rapport indique : « À titre prospectif, on ne saurait que trop encourager le MEDEF, la CGPME et l'UPA à avoir un échange sur ce sujet avec des organisations telles que l'UNAPL, l'UDES et la FNSEA qui pourraient être concernées par de telles règles spécifiques »²⁷⁰⁰.

La volonté de baser la future réforme sur la réalité de la représentation patronale préexistante et de préserver ainsi le *statu quo ante* apparaît ici avec encore plus de netteté. Non seulement le rapport anticipe les résultats de la future procédure de reconnaissance des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel en nommant ouvertement le MEDEF, la CGPME et l'UPA - qui ont, rappelons-le, défini elles-mêmes les critères devant présider à la reconnaissance de la représentativité à ce niveau dans leur position commune du 19 juin 2013²⁷⁰¹ - mais il désigne également les organisations « hors champ » qui pourraient prétendre au nouveau niveau de représentativité, suggérant là encore une volonté de figer l'échiquier patronal²⁷⁰².

²⁶⁹⁹*Ibidem*.

²⁷⁰⁰*Ibid*.

²⁷⁰¹V. études 372 et 373 supra.

²⁷⁰² Le rapport prend soin toutefois de préciser : « Sans vouloir s'immiscer dans les relations entre organisations professionnelles mais avec le souci de disposer d'interlocuteurs uniques, on peut s'interroger sur l'opportunité de la constitution, d'une part, d'un pôle représentant les différentes sensibilités des professions libérales (UNAPL, CNPL, représentants des officiers publics ministériels) et, d'autre part, d'un pôle concernant le monde agricole (FNSEA, CNMCCA, UNEP, ...) » (Jean-Denis COMBRESSELLE, rapport préc., p.67, note bas de page n°61). Il convient de rappeler en effet que l'UNAPL s'est toujours vu contester sa position de représentant unique des professions libérales au plan national par la CNPL, le Conseil d'Etat ayant d'ailleurs reconnu la représentativité de cette dernière dans le champ des professions libérales (V. supra notes n°2544 et 2563). De même, la CNMCCA siégeait à cette époque à égalité avec la FNSEA dans le collège employeur de la CNNC (V. étude 327 supra). Au niveau de l'ESS, le rapport reste ici silencieux alors qu'il désignait expressément l'UNIFED aux côtés de l'UDES dans sa description des cercles de représentation patronale au niveau national (V. étude 476 supra). Co-signataire avec l'USGERES et le GEMA de l'accord du 22 septembre 2006 (V. étude 458 supra), l'UNIFED regroupait les employeurs à but non lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social (V. notamment Vincent BONNIN, « A la recherche de la branche », *BS* 12/10, Etude, 9 ; Bernard GAURIAU, « La concurrence des conventions collectives dans le secteur social et médico-social », *RDSS* 2014, p.39). Toutefois, lors de la création de l'UDES, initiée par l'USGERES et le SYNEAS, qui était membre d'UNIFED, dans la perspective de la réforme de la représentativité patronale, il semble que celle-ci soit devenue, dans l'esprit de ses fondateurs, l'organisation ayant vocation à représenter « l'ensemble du champ multi-professionnel de l'économie sociale et solidaire » (USGERES, « L'Usgeres devient l'UDES, l'union des employeurs de l'économie sociale et solidaire », communiqué de presse, Paris, 25 juin 2013 ; Sébastien DARRIGRAND, « Une large union des employeurs de l'économie sociale et solidaire : quels enjeux pour le secteur ? », *JA* 2013, n°480, p.16 (V. étude 456 supra) ; *adde* USGERES et SYNEAS, « L'Usgeres et le Synéas travaillent à la création d'une union de l'ensemble des employeurs de l'économie sociale et solidaire », communiqué de presse, Paris, 24 avr. 2013 ; Simon COTTIN-MARX et Matthieu HÉLY, « Naissance d'un patronat "responsable et engagé". L'économie sociale et solidaire en quête de représentativité patronale », *Cadres* 2021, n°488, p.13 et spéc. pp.19-20).

Le rapport conclut que « *faute d'accord – formel ou non – entre ces organisations, des dispositions législatives supplétives pourraient être prévues* »²⁷⁰³.

3- Une « concertation » préalable

481. Position commune. Revendiquée par l'USGERES puis l'UDES, « *sous un vocable qui a été proposé par l'Union elle-même* »²⁷⁰⁴, la reconnaissance d'une représentativité spécifique dite « multi-professionnelle » va peu à peu faire l'objet d'un consensus entre les trois organisations patronales pressenties pour endosser cette nouvelle forme de représentation patronale. Malgré des propos virulents de l'UNAPL, qui juge « *inacceptable* »²⁷⁰⁵ la place proposée au hors champ dans le rapport Combrexelle, les trois organisations vont se ranger à la position pragmatique des employeurs de l'ESS²⁷⁰⁶ et adopter une position commune le 19 décembre 2013 pour que « *soient établis dans la loi, des critères de représentativité spécifiques pour les organisations représentatives du hors champ dites « multiprofessionnelles » qui ne relèvent pas du champ interprofessionnel* »²⁷⁰⁷. Ces critères sont détaillés dans la position commune²⁷⁰⁸ et vont servir de base à la concertation avec les trois organisations patronales interprofessionnelles voulue par la mission Combrexelle.

482. Protocole d'accord. Répondant à la « *sollicitation sous contrainte* »²⁷⁰⁹ de la DGT, les trois organisations patronales qui bénéficiaient jusqu'alors d'une reconnaissance de fait de leur représentativité au niveau national et interprofessionnel, à savoir le MEDEF, la CGPME et l'UPA et les trois organisations patronales « hors champ » signataires de la position

²⁷⁰³Jean-Denis COMBREXELLE, rapport préc., p.67. Nous soulignons toutefois que les règles de détermination de la représentativité relevant de l'ordre public absolu (v. notamment Cass. soc., 18 mai 2011, *JCP S* 2011, 1404, comm. Jean-Yves KERBOURC'H), le directeur général du Travail n'avait probablement pas l'intention de déléguer totalement cette question aux employeurs sans une intervention législative postérieure venant consolider la démarche. Dans les différentes hypothèses examinées pour la représentativité au niveau de la branche, le rapport indique d'ailleurs que « *Cette matière relevant de l'ordre public social absolu, elle ne peut, pour des motifs de constitutionnalité, être déléguée aux partenaires sociaux* » (rapport préc., p.49).

²⁷⁰⁴UDES, Rapport annuel 2014, p.6.

²⁷⁰⁵UNAPL, « *Rapport sur la représentativité patronale : L'UNAPL juge inacceptable l'inféodation des employeurs libéraux aux organisations déjà représentatives* », communiqué de presse, Paris, 23 oct. 2013.

²⁷⁰⁶V. étude 474 supra.

²⁷⁰⁷UDES, « *Démocratie sociale : l'UDES défend ses propositions pour la représentativité des organisations patronales multiprofessionnelles du hors champ* », communiqué de presse, Paris, le 22 janv. 2014.

²⁷⁰⁸V. *Liaisons soc. quotidien*, n°16527, 11 fév. 2014.

²⁷⁰⁹Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc.p.221 (note bas de page n°33). Nous rappelons que le rapport Combrexelle indiquait qu'à défaut d'accord, des dispositions législatives supplétives seraient prises (V. étude 480 supra).

commune du 19 décembre 2013, à savoir l'UDES, l'UNAPL et la FNSEA, vont conclure un « *protocole d'accord* » le 30 janvier 2014²⁷¹⁰, alors que le projet de loi sur la réforme de la représentativité patronale est déjà déposé à l'Assemblée nationale depuis le 22 janvier 2014²⁷¹¹.

En préambule, le texte précise qu'il est conclu « *afin que l'organisation du dialogue social en France tienne compte de l'ensemble des secteurs d'activités économiques* ». Les signataires proposent pour cela que « *soit établie une liste d'organisations représentatives au plan national du hors-champ dites "multi-professionnelles" qui ne relèvent pas du champ interprofessionnel* »²⁷¹². La représentativité au niveau national multi-professionnel serait dès lors reconnue « *aux organisations qui justifieraient : de 10 ans d'ancienneté ; d'une représentativité dans au moins 10 branches professionnelles non présentes dans le champ national interprofessionnel ; de 15 organisations adhérentes relevant de divers secteurs d'activité économique ; d'une implantation territoriale couvrant au moins un tiers du territoire national soit au niveau départemental soit au niveau régional ; d'un champ d'activité extérieur à celui des organisations représentatives au niveau national interprofessionnel* »²⁷¹³. Les signataires demandent que cette définition soit reprise dans le projet de loi en cours de discussion.

Au niveau des conséquences juridiques attachées à cette reconnaissance, le texte prévoit que préalablement à l'ouverture de toute négociation nationale interprofessionnelle susceptible de conduire à la conclusion d'un accord dont la mise en œuvre nécessiterait des aménagements législatifs ou un élargissement par un acte administratif, les organisations nationales interprofessionnelles se réuniront « *avec chacune des organisations nationales multi-professionnelles signataires du protocole* »²⁷¹⁴, afin d'informer ces dernières des objectifs poursuivis dans ces négociations et de recueillir leurs éventuelles observations. Cette procédure devrait être renouvelée préalablement à la conclusion de tout ANI issu de ces négociations.

Par ailleurs, les parties signataires expriment le souhait que les « *trois organisations multi-professionnelles représentatives au niveau national* »²⁷¹⁵ soient consultées par les pouvoirs publics avant la transposition législative d'un ANI et qu'elle puissent « *siéger dans les instances de consultation et de concertation nationale dans les domaines du code du travail*

²⁷¹⁰Protocole d'accord relatif à l'organisation du dialogue social conclu entre les organisations patronales interprofessionnelles représentatives au plan national et les organisations patronales multi-professionnelles représentatives au plan national, 30 janv. 2014.

²⁷¹¹V. Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1721, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 janvier 2014.

²⁷¹²Protocole du 30 janv. 2014 préc., art. 1.

²⁷¹³*Ibidem*.

²⁷¹⁴Protocole du 30 janv. 2014 préc., art. 2.

²⁷¹⁵*Ibidem*.

et du code de la sécurité sociale et plus largement d'être invitées dans les réunions liées à l'agenda social (sommets sociaux, conférences sociales ...) »²⁷¹⁶.

Les signataires demandent que les dispositions du protocole soient « *mises en œuvre dès la promulgation de la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale et au plus tard au 1^{er} janvier 2015* »²⁷¹⁷.

Section 2. La création de la représentativité nationale et multi-professionnelle

483. Répondant à leur tour, plusieurs parlementaires vont déposer des amendements au projet de loi en cours de discussion visant à consacrer législativement le protocole d'accord du 30 janvier 2014²⁷¹⁸. Entérinant avec souplesse les propositions patronales²⁷¹⁹, la loi du 5 mars 2014 crée ainsi une représentativité spécifique pour les organisations du « hors champ » (§ 1), dont elle restreint toutefois les contours et la finalité (§ 2).

§ 1. Une représentativité spécifique

484. Consacrant un nouveau niveau de représentativité patronale (A), le législateur reprend le socle commun de critères fixés pour la branche et l'interprofession tout en l'adaptant et en le complétant de critères spécifiques (B).

²⁷¹⁶Protocole du 30 janv. 2014 préc., art. 3.

²⁷¹⁷Protocole du 30 janv. 2014 préc., art. 4.

²⁷¹⁸V. Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1573 et s.

²⁷¹⁹Bien que cette question n'ait pas été soulevée dans les débats parlementaires, la transcription du protocole d'accord du 30 janvier 2014 dans la loi du 5 mars 2014 ne semble pas relever de la procédure de concertation et de négociation préalable prévue à l'article L. 1 du Code du travail. En effet, la partie salariale est absente de ce protocole d'accord et aucune mesure de « rattrapage » n'a été organisée par le Gouvernement, contrairement au processus mis en œuvre après l'adoption de la position commune du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA du 19 juin 2013 qui a permis de considérer que l'exigence formelle de l'article L. 1 était remplie (V. étude 373 supra). Par ailleurs, on peut arguer qu'en instaurant une représentativité spécifique pour des secteurs se situant en dehors du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle, le protocole sort précisément en cela du cadre de l'article L. 1 du Code du travail qui vise les projets de réforme relevant « *du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* ». Enfin, sur un plan chronologique cette concertation a abouti, comme nous l'avons souligné, postérieurement au dépôt du projet de loi (expliquant que ce dernier soit muet sur ce point).

A. Un nouveau niveau de représentativité patronale

485. Une commentatrice avisée a estimé que la seule véritable évolution opérée par la loi du 5 mars 2014 par rapport au droit antérieur a consisté à définir de façon expresse des critères objectifs permettant l'acquisition de la représentativité patronale²⁷²⁰. On peut objecter que la création de la représentativité nationale et multi-professionnelle constitue l'autre innovation de la loi du 5 mars 2014 par laquelle le législateur reconnaît l'existence d'un niveau de représentativité intermédiaire (1), qu'il réserve à la seule partie patronale (2).

1- Une représentativité intermédiaire

486. **Niveaux.** Adoptée à l'article 29 dans la version définitive du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, la réforme de la représentativité patronale est donc complétée, au cours des débats parlementaires, par l'introduction d'une section II intitulée « *Représentativité au niveau national et multi-professionnel* » dans le chapitre II consacré aux « *Organisations professionnelles d'employeurs représentatives* » du nouveau titre V du livre I^{er} de la deuxième partie du code du travail²⁷²¹. La place au sein d'une section II de cette nouvelle forme de représentativité n'est pas anodine. En effet, le chapitre se compose de trois sections visant chacune un « *niveau* » de représentativité. La section I est ainsi intitulée « *Représentativité patronale au niveau de la branche professionnelle* » et la section III « *Représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel* ». Schématiquement, la représentativité au niveau national et multi-professionnel vient donc s'insérer entre ces deux niveaux classiques de reconnaissance de la représentativité patronale que sont la branche professionnelle et le niveau national et interprofessionnel. Or, si le terme de niveau a plusieurs sens, il désigne notamment l'« *échelon d'un ensemble organisé* » ou la « *position dans une hiérarchie* »²⁷²², acception dont le Code du travail fait sienne dans le domaine de la négociation collective puisqu'il institutionnalise différents niveaux de négociation en les hiérarchisant²⁷²³. Ce terme est donc « *doté d'une valeur*

²⁷²⁰V. Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *RDT* 2016, p.354 (V. étude 439 supra).

²⁷²¹V. étude 376 supra

²⁷²²Dictionnaire Larousse, <https://www.larousse.fr>

²⁷²³V. étude 44 supra.

comparative »²⁷²⁴ en droit de la négociation collective. La branche correspond ainsi au premier niveau de reconnaissance de la représentativité patronale²⁷²⁵ et le niveau national et interprofessionnel correspond au dernier niveau. Le niveau national et multi-professionnel correspondrait quant à lui à une représentativité « *intermédiaire entre la représentativité de branche et la représentativité interprofessionnelle* »²⁷²⁶.

487. Représentativité par défaut. Il convient de rappeler à l'appui de ce dernier propos que la création d'un échelon intermédiaire entre les branches et le niveau national et interprofessionnel a été suggérée par les employeurs de l'ESS eux-mêmes face à l'impossibilité pour leurs organisations représentatives d'atteindre le niveau interprofessionnel²⁷²⁷. De l'aveu même de la DGT, ce nouveau niveau de représentativité semble dès lors être octroyé « *à défaut* » d'une reconnaissance de représentativité au niveau national et interprofessionnel et intervenir « *en second lieu* »²⁷²⁸ de cette dernière. Il s'adresse ainsi à des organisations présentes au niveau national qui regroupent plusieurs branches d'activité et qui opèrent donc au-delà de ces dernières mais qui ne peuvent prétendre à une représentativité nationale et interprofessionnelle au motif qu'elles ne seraient pas représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, des services, de la construction et du commerce²⁷²⁹.

2- Une représentativité patronale

488. En créant une représentativité au niveau national et multi-professionnel, la loi du 5 mars 2014 répond, comme nous l'avons précédemment évoqué, à la préoccupation de reconnaître une place à des organisations présentes au niveau national mais auxquelles un accès à la représentativité interprofessionnelle a toujours été refusé²⁷³⁰. Si cette préoccupation est

²⁷²⁴Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », *JCP S* 2017, 1209.

²⁷²⁵Nous rappelons qu'au niveau de l'entreprise et de ses différentes déclinaisons, que le Code du travail reconnaît comme un premier niveau de négociation, la question de la représentativité patronale ne se pose pas puisque l'employeur n'engage que lui-même par sa signature (V. étude 36 supra).

²⁷²⁶Jean-Denis COMBEXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP G* 2015, doctr. 235, p.379 et spéc. p.384.

²⁷²⁷Nous rappelons que le juge administratif avait expressément refusé de reconnaître à l'USGERES une représentativité au niveau national et interprofessionnel amenant l'union à changer progressivement de stratégie en revendiquant la création d'un niveau multiprofessionnel situé « *entre les branches et l'interprofessionnel* » (V. étude 471 supra).

²⁷²⁸Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.66.

²⁷²⁹V. Jean-Denis COMBEXELLE, *op. cit.*

²⁷³⁰V. étude 466 supra.

présente à la fois du côté des organisations de salariés et d'employeurs²⁷³¹, ses conséquences sont toutefois très différentes pour les sujets représentés. En effet, en raison des mécanismes de représentation existant en droit de la négociation collective - que nous avons maintes fois détaillés au cours de notre étude - l'ensemble des salariés a vocation à être représenté par les confédérations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, qu'ils adhèrent ou non à un syndicat. En revanche, les entreprises n'appartenant pas à des branches représentées par les confédérations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel se trouvent exclues des négociations menées à ce niveau - ainsi que leurs salariés, en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail - ce qui est particulièrement dommageable lorsque l'ANI sert d'« *antichambre de la loi* »²⁷³². Cette différence fondamentale dans les effets de la représentativité salariale et patronale explique que la situation des secteurs « hors champ » ait été considérée comme négligeable lors de la réforme de la représentativité syndicale en 2008²⁷³³. En effet, même en réservant la représentativité nationale et interprofessionnelle aux seules organisations syndicales de salariés présentes dans les quatre secteurs traditionnels de l'économie, la loi du 20 août 2008 n'empêchait pas ces dernières de pouvoir prétendre représenter l'ensemble du monde du travail. A l'inverse, le projet de réforme de la représentativité des organisations d'employeurs se devait de régler ce problème, devenu de plus en plus prégnant dans le monde patronal²⁷³⁴.

La création de ce nouveau niveau de représentativité est donc réservée à la partie patronale dans le but de trouver des solutions à des organisations couvrant des secteurs qui ne sont pas dans le champ interprofessionnel et de répondre en cela au problème des limites de l'interprofession. Par ailleurs, nous verrons que les conséquences juridiques réduites attachées à ce nouveau niveau de représentativité dans le domaine de la négociation collective expliquent très probablement l'absence d'une reconnaissance similaire au niveau des organisations de salariés²⁷³⁵.

²⁷³¹V. étude préc.

²⁷³²Jean-Denis COMBEXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP G* 2015, doctr. 235, p.379 et spéc. p.384.

²⁷³³V. étude 435 supra.

²⁷³⁴Nous rappelons que la question du champ d'application des ANI étendus avait été identifiée par le rapport Combexelle comme un problème récurrent de la représentativité patronale au niveau national (V. étude 353 supra). Ce problème a été ravivé, comme nous l'avons indiqué, par l'adoption de la loi du 31 janvier 2007 qui a consacré le rôle de pré-législation de l'ANI et qui a reposé ainsi, de manière accrue, la question des secteurs exclus du champ de la négociation nationale interprofessionnelle (V. études 357 et 358 supra).

²⁷³⁵V. infra.

B. Les critères de reconnaissance

489. La représentativité nationale et multi-professionnelle est reconnue à des organisations vérifiant un certains nombres de critères généraux de la représentativité patronales (1) et répondant à certaines conditions particulières (2).

1- L'application des critères généraux de la représentativité patronale

490. Le législateur reprend le tronc commun de critères permettant la reconnaissance de la représentativité (a) mais exclut une mesure de l'audience au niveau multi-professionnel (b).

a) La reprise du tronc commun de critères

491. Cinq critères. L'article L. 2152-2 du Code du travail issu de la loi du 5 mars 2014 exige en premier lieu que les organisations patronales candidates à la représentativité au niveau national et multi-professionnel satisfassent « *aux critères mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 2151-1* »²⁷³⁶. L'article L. 2151-1 du Code du travail, issu également de la loi du 5 mars 2014, fixe, comme nous l'avons vu, les critères généraux applicables à la représentativité patronale que celle-ci soit appréciée au niveau de la branche ou au niveau national et interprofessionnel²⁷³⁷. Ces critères sont le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, l'ancienneté et l'influence.

Nous pouvons immédiatement indiquer que nos développements sur le contenu et l'appréciation de ces critères peuvent être reportés ici sans la moindre difficulté²⁷³⁸.

492. Curiosités. Il convient malgré tout de souligner que, de façon curieuse, les critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance, de transparence financière et d'influence ne figuraient pas dans le protocole d'accord du 30 janvier 2014²⁷³⁹, alors que ces critères constituent le socle commun du système de représentativité et sont également exigés, à ce titre,

²⁷³⁶C. trav., art. L. 2152-4, 1°.

²⁷³⁷V. étude 383 supra.

²⁷³⁸V. étude 389 supra.

²⁷³⁹V. étude 482 supra.

des organisations représentatives de salariés²⁷⁴⁰. Par ailleurs, l'ancienneté, qui relève également du socle commun, était quant elle bien visée par le protocole d'accord mais avec une durée minimale de 10 ans, comme l'avait suggéré le rapport Combrexelle²⁷⁴¹. Or, cette durée a été jugée « *très dérogatoire par rapport au droit commun* »²⁷⁴² lors des débats parlementaires. En effet, en comparaison de la durée minimale de deux ans exigée par l'article L. 2151-1 (4°) du Code du travail pour les organisations patronales de branches et interprofessionnelles et par l'article L. 2121-1 (4°) du même code, pour les organisations de salariés, cette durée aurait pu probablement générer des discussions sur le plan de la liberté et de l'égalité syndicales²⁷⁴³. Pour cette raison, le critère d'ancienneté finalement retenu par le législateur se conforme au droit commun et requiert une durée minimale de deux ans « *dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation* », appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts²⁷⁴⁴.

b) L'exclusion d'une mesure d'audience au niveau national et multi-professionnel

493. Absence. Si l'article L. 2152-2 du Code du travail reprend ainsi à l'identique les cinq premiers critères généraux de la représentativité patronale, il ne mentionne pas en revanche le 6° de l'article L. 2151-1 du Code du travail qui vise le critère de l'audience. En effet, bien que l'organisation candidate à la représentativité nationale et multi-professionnelle ait à justifier

²⁷⁴⁰V. études 382 et s. supra.

²⁷⁴¹V. étude 477 supra.

²⁷⁴²Jean-Patrick GILLE, rapporteur, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

²⁷⁴³Nous rappelons que l'introduction par la loi du 20 août 2008 d'une durée minimale pour apprécier l'ancienneté a donné lieu à des discussions en regard des principes constitutionnels de liberté syndicale et d'égalité (V. supra note n°2271) et que lors des auditions réalisées par la mission Combrexelle, l'idée de porter cette durée à 5 ou 10 ans dans les règles générales de la représentativité patronale, comme le préconisaient certains, n'a au final pas été retenue car elle conduisait à évincer de nouveaux entrants potentiels sans réelle justification (V. supra note n°2274). Le fait de porter cette durée à 10 ans, spécifiquement pour l'acquisition de la représentativité multi-professionnelle (l'USGERES ayant elle-même suggéré une durée de 5 ou 10 ans ; V. étude 472 supra), s'expliquait donc par une probable volonté de limiter au maximum le cercle des organisations pouvant candidater à ce niveau de représentativité.

²⁷⁴⁴Par cette formule, l'article L. 2151-1 4° du Code du travail détermine le champ d'appréciation de l'ancienneté des organisations patronales, qui doit correspondre au champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation considéré. Or, cette formulation interroge pour le niveau multi-professionnel qui ne correspond pas en tant que tel à un niveau de négociation (V. infra).

d'un certain nombre d'adhérents²⁷⁴⁵, une mesure directe de l'audience n'est pas organisée à ce niveau, contrairement à la branche et au niveau interprofessionnel²⁷⁴⁶.

494. Raisons. Selon le Professeur Paul-Henri Antonmattéi, la finalité limitée attachée à la création de la représentativité multi-professionnelle, à savoir de reconnaître une certaine place aux organisations patronales « hors-champ » dans le dialogue social national²⁷⁴⁷, expliquerait l'absence d'une mesure d'audience à ce niveau²⁷⁴⁸. En effet, le niveau national et multi-professionnel ne serait pas « *malgré les apparences* »²⁷⁴⁹ un nouveau niveau de négociation. Pour cette raison, l'audience des organisations multi-professionnelles n'aurait pas besoin d'être mesurée. Cette question, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, mérite à notre sens une attention plus marquée car de nombreux accords qualifiés de multi-professionnels sont malgré tout conclus à ce « niveau » et font l'objet d'extensions ministérielles. Or, si la capacité d'une organisation patronale à signer des accords collectifs ordinaires n'est pas à ce jour conditionnée par la preuve de sa représentativité et si les règles de validité de ces mêmes accords ne sont pas liées à l'audience des signataires patronaux, contrairement à la partie salariée, une mesure de l'audience des organisations d'employeurs devient malgré tout nécessaire au stade de l'extension afin de fixer leur poids respectif pour l'exercice du droit d'opposition créé par la loi du 5 mars 2014²⁷⁵⁰. Il conviendra donc de s'interroger sur cette absence de mesure de l'audience, qui laisse à penser que la négociation d'accords extensibles, sans être expressément interdite à ce niveau, n'a pas fait l'objet d'une attention particulière du législateur²⁷⁵¹.

Il est également permis de penser que la mesure d'une audience a été exclue afin de figer la représentation patronale à ce niveau. En effet, comme le souligne le Professeur Françoise Favennec-Héry, le critère de l'audience présente « *un inconvénient majeur* » en ce qu'il confère à la représentativité « *un caractère précaire* »²⁷⁵² pouvant être remis en question lors de chaque

²⁷⁴⁵V. *infra*.

²⁷⁴⁶Le 6° de l'article L. 2151-1 du Code du travail renvoie d'ailleurs expressément aux seuls articles L. 2152-1 (3°) et L. 2152-4 (3°) du même code qui visent respectivement la mesure de l'audience des organisations patronales au sein des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel (V. études 391 et s. *supra*).

²⁷⁴⁷V. *infra*.

²⁷⁴⁸V. Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238.

²⁷⁴⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, *op. cit.*

²⁷⁵⁰V. *C. trav.*, art. L. 2261-19, al. 3.

²⁷⁵¹L'alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du Code travail vise l'opposition à l'extension d'une convention de branche, d'un accord professionnel ou interprofessionnel et non d'un accord multi-professionnel mais sauf à considérer que ce dernier obéit à un régime spécifique d'extension - qui ne figure nulle part dans le Code du travail- ou que la négociation d'accords extensibles est interdite à ce niveau, nous pensons qu'il y a ici matière à discussion (V. *infra*).

²⁷⁵²Françoise FAVENNEC-HÉRY, « L'accès à la représentativité », *JCP S* 2012, 1234.

campagne de mesure. L'introduction du critère de l'audience par la loi du 20 août 2008, repris ensuite par la loi de 2014, a eu pour objectif de permettre l'entrée éventuelle de nouvelles organisations à chaque campagne de mesure, ceci afin de ne pas figer la représentation syndicale et professionnelle et de garantir ainsi une légitimité sans cesse vérifiée des acteurs de la négociation collective²⁷⁵³. Or, ce ne sera pas le cas ici puisque l'audience de l'organisation candidate ne sera pas mesurée, du moins de façon directe²⁷⁵⁴.

495. Conséquences. Dans le cadre du principe de symétrie applicable aux représentativités syndicale et patronale, l'audience se mesure désormais selon un calendrier quadriennal unique au niveau des branches et au niveau national et interprofessionnel²⁷⁵⁵. La représentativité des organisations de salariés et d'employeurs est donc remise en question de manière cyclique tous les quatre ans à ces niveaux. En l'absence d'une mesure spécifique de l'audience au niveau national et multi-professionnel, la question se pose de savoir si cette nouvelle représentativité s'apprécie également à une échéance donnée. En effet, la durée de quatre ans, expressément attachée à la mesure de l'audience au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel par les articles L. 2152-1 (3°) et L. 2152-4 (3°) du Code du travail²⁷⁵⁶, n'est reprise nulle part dans la section consacrée à la représentativité multi-professionnelle. Pour autant, l'article L. 2152-6 du Code du travail dispose : « *Après avis du Haut Conseil du dialogue social, le ministre chargé du travail arrête la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel ou multi-professionnel. A cette fin, il vérifie que les critères définis au présent chapitre sont respectés et s'assure notamment que le montant des cotisations versées par les entreprises et, le cas échéant, les organisations professionnelles adhérentes est de nature à établir la réalité de leur adhésion* ». Un arrêté fixant la liste des organisations reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel est donc pris par le ministre après avis du HCDS et après avoir vérifié que l'ensemble des critères exigés à ce niveau sont respectés, la rédaction de l'article L. 2152-6 paraissant au demeurant suggérer que les arrêtés sont pris de façon concomitante aux différents niveaux.

²⁷⁵³V. étude 35 supra.

²⁷⁵⁴L'organisation multi-professionnelle devant malgré tout justifier d'un certain nombre d'organisations adhérentes représentatives dans des branches « hors champ » ou être elle-même directement représentative dans ces branches, une mesure de l'audience interviendra donc au niveau de la branche (V. infra).

²⁷⁵⁵V. études 379 et 380 supra.

²⁷⁵⁶V. supra note n°2229.

En pratique, le caractère cyclique de la représentativité des organisations multi-professionnelles va se déduire de l'exigence imposée à ces organisations de disposer d'adhérents représentatifs dans un certain nombre de branches²⁷⁵⁷. En effet, dès l'instant où l'organisation candidate à la représentativité au niveau national et multi-professionnel devra démontrer qu'elle dispose d'adhérents représentatifs au niveau de la branche, le cycle quadriennal s'appliquera donc de fait à la représentativité multi-professionnelle. De la même manière, l'éventuelle remise en question de cette représentativité pendant la durée du cycle obéira, selon nous, aux règles établies par la jurisprudence pour les autres niveaux d'appréciation de la représentativité²⁷⁵⁸.

2- Des conditions particulières

496. En complément des critères généraux de la représentativité, l'organisation candidate au niveau national et multi-professionnel devra répondre à certaines conditions particulières tenant à ses adhérents (a) et à son implantation géographique (b).

a) Un critère spécifique d'adhésion

497. Principe. Bien qu'une campagne de mesure de l'audience ne soit pas organisée au niveau multi-professionnel, le législateur a souhaité que l'adhésion fonde également la représentativité à ce niveau, confirmant en cela que ce critère constitue le socle de la représentativité patronale²⁷⁵⁹. L'article L. 2152-2 (2° et 3°) du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2014, impose ainsi que l'organisation candidate à la représentativité au niveau national et multi-professionnel accueille au moins quinze organisations adhérentes relevant du secteur « hors champ » qu'elle couvre²⁷⁶⁰ et que ces organisations soient elles-mêmes représentatives dans au moins dix branches professionnelles ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel.

²⁷⁵⁷V. infra.

²⁷⁵⁸V. étude 388 supra.

²⁷⁵⁹V. étude 393 supra.

²⁷⁶⁰V. infra.

498. Ajustements. La loi Rebsamen du 17 août 2015²⁷⁶¹ est venue compléter l'article L. 2152-2 du Code du travail en autorisant les organisations candidates à la représentativité nationale multi-professionnelle à être directement représentatives dans une ou plusieurs de ces branches. En effet, l'article dispose désormais que sont représentatives au niveau national et multi-professionnel, les organisations professionnelles d'employeurs « *qui sont représentatives ou dont les organisations adhérentes sont représentatives sur le fondement de l'article L. 2152-1 du présent code dans au moins dix conventions collectives relevant* [des secteurs hors champ concernés] »²⁷⁶². Cette rédaction permet ainsi de tenir compte de la représentativité directe que l'organisation candidate au niveau national et multi-professionnel aura fait reconnaître dans une ou plusieurs branches, sans avoir besoin de recourir à ses adhérents. Dans cette hypothèse, l'organisation multi-professionnelle devra se plier aux exigences de la reconnaissance de représentativité au niveau de la branche fixées par l'article L. 2152-1 du Code du travail et notamment à la réalisation d'une mesure de son audience dans ce périmètre.

Il convient de noter, par ailleurs, que la loi du 17 août 2015 a supprimé la référence à la notion de « *branches professionnelles* » retenue par la loi de 2014, lui préférant le terme de « *conventions collectives* ». Selon certaines sources, cette nouvelle rédaction législative aurait eu pour but de corriger « *une imprécision juridique* »²⁷⁶³. S'il est vrai que la branche n'est pas définie juridiquement et est, de ce fait, fréquemment assimilée à la convention collective qui lui sert d'assise²⁷⁶⁴, l'origine de cette modification terminologique est, semble-t-il, davantage à rechercher dans une volonté d'ajustement technique destiné à prendre en compte les particularités de la représentativité patronale en matière agricole²⁷⁶⁵. En effet, le syndicalisme agricole se caractérise par une structuration spécifique, ainsi que par une dynamique locale très forte (syndicats cantonaux, fédérations territoriales départementales, régionales, nationales en parallèle d'une structuration par secteurs de production)²⁷⁶⁶. Pour tenir compte de ces spécificités, la loi du 5 mars 2014 a prévu premièrement que les seuils de l'audience patronale sont appréciés au niveau national dans les activités agricoles et deuxièmement que cette appréciation se fonde sur les seules adhésions des entreprises et exploitations employant de la main-d'œuvre à titre permanent, ceci afin d'éviter une confusion entre la représentativité

²⁷⁶¹V. supra note n°2315.

²⁷⁶²C. trav., art. L. 2152-2, 2°.

²⁷⁶³Catherine PROCACCIA, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, n°501, Sénat, 10 juin 2015, p.144.

²⁷⁶⁴V. études 64 et s. supra.

²⁷⁶⁵V. Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, Etude d'impact, 21 avr. 2015, p.135.

²⁷⁶⁶V. Claude COCHONNEAU, « Les enjeux de la représentativité patronale pour la FNSEA », *Dr. soc.* 2014, p.261. Sur la structuration professionnelle par secteurs de production en agriculture : V. études 287 et s. supra.

professionnelle agricole et la représentativité patronale²⁷⁶⁷. Or, selon les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 17 août 2015, en prévoyant que les organisations adhérentes devaient être représentatives dans au moins dix branches professionnelles, la rédaction du 2° de l'article L. 2152-2 du Code du travail issue de la loi du 5 mars 2014 n'aurait pas tenu compte de l'exception prévue à l'article L. 2152-1 du même code consistant en une mesure de l'audience au niveau national dans les secteurs agricoles et non au niveau de la branche professionnelle²⁷⁶⁸. Pour « *rectifier cette situation* », le législateur de 2015 a proposé ainsi de « *substituer au terme de "branches professionnelles" celui de "conventions collectives"* »²⁷⁶⁹.

A l'appui de cette proposition, les parlementaires ont souligné qu'il peut exister plusieurs conventions collectives au sein d'une même branche professionnelle et que seraient désormais représentatives au niveau national et multi-professionnel les « *organisations professionnelles d'employeurs satisfaisant aux critères définis aux 1°, 3° et 4° de l'article L. 2152-2 du même code, et dont les organisations adhérentes sont représentatives dans au moins dix conventions collectives – et non plus branches professionnelles – relevant du secteur agricole et ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* » et qu' « *en conséquence, ce seront également désormais les conventions collectives des professions libérales et du secteur de l'économie sociale et solidaire qui seront retenues pour l'appréciation du critère de représentativité fixé au 2° de l'article L. 2152-2 du même code* »²⁷⁷⁰. Enfin, les parlementaires ont justifié cette modification en indiquant : « *Cette disposition permet de tenir compte de la spécificité de la structuration de la représentation patronale dans le secteur agricole, puisque celle-ci se compose de plus de deux cents conventions collectives conclues au niveau départemental ou interdépartemental* »²⁷⁷¹.

Les conventions collectives relevant des secteurs « hors champ » concernés constituent donc à ce jour le cadre d'appréciation de cette nouvelle forme de représentativité patronale. La terminologie diffère ici du niveau national et interprofessionnel où l'organisation candidate devra justifier d'organisations adhérentes « *représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* »²⁷⁷². Les branches ayant un

²⁷⁶⁷V. C. trav., art. L. 2152-1, al. 5 (supra note n°2312).

²⁷⁶⁸V. Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, n°2792, Ass. Nat., 21 mai 2015, pp.319-320.

²⁷⁶⁹Christophe SIRUGUE, *op. cit.*, p.320.

²⁷⁷⁰*Ibidem.*

²⁷⁷¹*Ibid.*

²⁷⁷²Rappel : C. trav., art. L 2152-4, 2°.

« *champ d'application national* » selon les termes de l'article L. 2232-5-2 du Code du travail issu de la loi du 8 août 2016²⁷⁷³, contrairement au champ d'application territorial des conventions de branches et des accords professionnels qui peut être « *national, régional ou local* », selon l'article L. 2232-5 du même code, il faut en déduire qu'une représentativité établie au sein d'une convention infra-nationale pourrait donc servir à apprécier le critère défini à l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail²⁷⁷⁴.

Nous pouvons également avancer qu'en exigeant une représentativité directe ou indirecte (via les adhérents) au sein de dix conventions collectives relevant du secteur « hors champ » concerné, la loi du 17 août 2015 a probablement simplifié - à tout le moins dans un premier temps - l'accès à la représentativité multi-professionnelle dans les branches qui regroupent plusieurs conventions collectives. Toutefois, cette rédaction est à nouveau questionnée par l'impact du chantier de restructuration des branches professionnelles qui se réalise au moyen d'une fusion du champ d'application des conventions collectives de branche et vient ainsi diminuer le nombre de conventions collectives. Pour tenir compte de cet impact, le législateur prévoit, à l'heure où nous écrivons ces lignes, de réformer à nouveau l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail afin d'assouplir l'exigence d'une représentativité directe ou indirecte dans « au moins dix conventions collectives »²⁷⁷⁵.

499. Multi-adhésion. Nous avons vu que la question de la multi-adhésion avait été l'un des sujets délicats à régler dans le cadre de la réforme de la représentativité patronale et plus particulièrement au niveau national et interprofessionnel²⁷⁷⁶. Une solution a dû être trouvée par le législateur pour éviter une double comptabilisation de l'organisation multi-adhérente dans le cadre de la mesure de l'audience à ce niveau²⁷⁷⁷. Or, cette difficulté devrait être moins prégnante dans le cadre de la reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle puisque précisément une mesure de l'audience n'est pas organisée à niveau. Pour autant, si l'on veut bien admettre que plusieurs organisations peuvent candidater à la représentativité multi-professionnelle au sein du même secteur « hors champ » concerné²⁷⁷⁸, la double adhésion d'une organisation de branche relevant de ce secteur « hors champ » n'est pas à exclure et il faudrait dès lors trouver un système pour affecter l'organisation multi-adhérente à l'une des

²⁷⁷³V. étude 65 supra.

²⁷⁷⁴Pour les activités agricoles visées à l'article L. 2152-1, al. 5, du Code du travail, l'appréciation des seuils d'audience se fera toutefois exclusivement au niveau national.

²⁷⁷⁵V. infra : chap. II, sect. 2, § 1, A, 2, a, ii.

²⁷⁷⁶V. études 412 et 413 supra.

²⁷⁷⁷V. études 414 et s. supra.

²⁷⁷⁸Il ne semble pas, à notre sens, que le législateur ait réellement envisagé cette situation (V. infra).

organisations candidates dès l'instant où l'article L. 2152-2, 3°, du Code du travail exige de justifier d'au moins quinze organisations adhérentes. Cependant, la loi reste muette à ce sujet...

Sans l'explicitier directement, le législateur semble, en effet, s'être concentré sur une autre difficulté consistant à envisager le cas d'organisations de branche qui adhèreraient à la fois à une organisation candidate au niveau national et interprofessionnel et à une organisation candidate au niveau national et multi-professionnel. Tout en exigeant que l'organisation candidate à la représentativité nationale et multi-professionnelle soit représentative ou dispose d'adhérents représentatifs dans au moins dix conventions collectives (selon la rédaction actuelle de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail) relevant d'un des secteurs « hors champ » concernés, le législateur a pris soin de préciser que ces conventions collectives (ou « branches professionnelles » dans la rédaction de 2014) ne devaient pas relever « *du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* »²⁷⁷⁹. Le niveau interprofessionnel demeure donc, en quelque sorte, le niveau de référence et la reconnaissance d'un échelon intermédiaire multi-professionnel n'intervient, comme nous l'avons précédemment souligné, qu'en second lieu. Le législateur a souhaité affirmer que le champ interprofessionnel captera en priorité les adhésions des organisations de branches, y compris celles relevant des secteurs « hors champ » concernés par la représentativité multi-professionnelle, sinon cette précision ne serait d'aucune utilité. Le juge administratif a d'ailleurs eu à trancher cette question et a considéré : « *Pour l'application des articles L. 2152-2 et L. 2152-4, lorsqu'une organisation représentative dans le champ d'une convention collective relevant des activités agricoles, de l'économie sociale et solidaire ou du spectacle fait le choix d'adhérer à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel, cette convention relève ainsi du " champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel " . Dès lors, ses entreprises adhérentes ne peuvent plus être prises en considération au titre de la représentativité au niveau national et multi-professionnel mais doivent l'être pour calculer les proportions d'entreprises et de salariés prévues au 3° de l'article L. 2152-4, comme la proportion de salariés mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 2261-19, au titre de la représentativité au niveau national et interprofessionnel* »²⁷⁸⁰.

500. Notion d'adhérent. Comme pour le niveau de la branche et le niveau national et interprofessionnel, l'acte d'adhésion au niveau national et multi-professionnel se matérialise

²⁷⁷⁹C. trav., art. L. 2152-2, 2°, préc.

²⁷⁸⁰CAA Paris, 5 déc. 2022, n^{os} 22PA00280, 22PA00294 (V. étude 433 supra).

par le paiement d'une cotisation²⁷⁸¹. L'article R. 2152-10 du Code du travail issu du décret du 10 juin 2015²⁷⁸² dispose en effet : *« pour l'appréciation des critères définis aux 2° et 3° de l'article L. 2152-2, sont prises en compte les organisations professionnelles d'employeurs dès lors qu'elles versent une cotisation à une organisation professionnelle d'employeurs candidate à l'établissement de sa représentativité, conformément aux règles fixées par l'organe compétent de l'organisation candidate, et selon des modalités assurant l'information des organisations adhérentes quant à l'organisation destinataire de la cotisation. Sont également prises en compte comme adhérentes les organisations qui, selon les modalités fixées par une délibération de l'organe compétent de l'organisation candidate, s'acquittent d'une cotisation dont le montant est réduit, pour tenir compte d'une adhésion en cours d'année ou de tout autre motif prévu par la délibération précitée, sous réserve que cette réduction n'excède pas de moitié la cotisation due en application des règles mentionnées à l'alinéa précédent »*.

Est donc adhérente l'organisation d'employeurs qui s'acquitte d'une cotisation auprès l'organisation prétendant à la représentativité au niveau national et multi-professionnel, que cette dernière pourra dès lors mentionner dans son dépôt de candidature effectué en application de l'article L. 2152-5 du Code du travail, à l'instar de ses homologues de la branche et de l'interprofession²⁷⁸³. Toutefois, contrairement à ces dernières, il ne semble pas que l'organisation candidate à la représentativité multi-professionnelle ait à s'attacher les services d'un commissaire aux comptes pour faire vérifier la réalité des adhésions. En effet, l'article R. 2152-11 du Code du travail précise que *« Le respect des critères définis aux 2° et 3° de l'article L. 2152-2 est apprécié par le ministre chargé du travail qui s'assure que le montant de la cotisation versée est de nature à établir la réalité de l'adhésion »*. Si cette formule est similaire aux dispositions générales de l'article L. 2152-6 du Code du travail qui indiquent que le ministre du Travail vérifie, avant de prendre les arrêtés de représentativité aux différents niveaux²⁷⁸⁴, que les critères généraux de la représentativité patronale sont respectés et qu'il *« s'assure notamment que le montant des cotisations versées par les entreprises et, le cas échéant, les organisations professionnelles adhérentes est de nature à établir la réalité de leur adhésion »*, sa reprise à l'article R. 2152-11, spécifiquement pour le niveau multi-professionnel, semble suggérer qu'il reviendra aux seuls services du ministère du travail de contrôler la réalité de l'adhésion en s'assurant qu'une cotisation a bien été versée et que le montant de celle-ci est

²⁷⁸¹V. étude 394 supra.

²⁷⁸²V. supra note n°2310.

²⁷⁸³V. étude 398 supra.

²⁷⁸⁴V. étude 495 supra.

suffisant²⁷⁸⁵. Le recours au commissaire aux comptes n'est en effet pas mentionné à l'article L. 2152-2 du Code du travail, contrairement aux articles L. 2152-1, 3°, et L. 2152-4, 3°, du même code qui prévoient son intervention pour attester le nombre d'entreprises adhérentes et le nombre de leurs salariés dans le cadre de la mesure de l'audience organisée au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel²⁷⁸⁶. En l'absence d'une mesure d'audience au niveau multi-professionnel un contrôle du seul ministère du travail sur les données transmises par l'organisation semble donc suffisant, ce que corrobore d'ailleurs l'article R. 2152-15 du Code du travail fixant le contenu du dossier de candidature à ce niveau, qui se contente d'exiger la liste des organisations adhérentes sans réclamer d'attestations d'un commissaire aux comptes contrairement aux dossiers de candidature déposés au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel²⁷⁸⁷.

Pour autant, les dispositions générales relatives à la certification et à la publicité des comptes des organisations syndicales et professionnelles s'appliquent aux organisations multi-professionnelles. Soumises au critère de transparence financière, ces dernières devront produire les documents exigés dans ce cadre²⁷⁸⁸. Si elles dépassent le seuil de ressources annuelles fixé à l'article D. 2135-9 du Code du travail, elles devront en outre faire certifier leurs comptes par un commissaire aux comptes, conformément aux dispositions de l'article L. 2135-6, alinéa 2, du même code²⁷⁸⁹. Mais la rédaction de l'article 2135-6 interroge dès lors que son alinéa 1^{er} étend, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, l'obligation de nommer un commissaire aux comptes à toutes les organisations patronales qui « *souhaitent établir leur représentativité sur le fondement du titre V du présent livre Ier* », et ce indépendamment des obligations de certification des comptes financiers s'imposant au-delà d'un certain seuil de ressources²⁷⁹⁰. En renvoyant au titre V consacré à la représentativité patronale dans son ensemble²⁷⁹¹, cette rédaction semble exiger la nomination d'un commissaire aux comptes pour l'établissement de la représentativité patronale à tous les niveaux, y compris au niveau national et multi-professionnel, et ce au-delà des obligations résultant des dispositions relatives aux ressources financières des syndicats comme nous venons de l'indiquer. Or, nous venons de voir que l'obligation de nommer un commissaire aux comptes n'est pas mentionnée dans les

²⁷⁸⁵Probablement en vérifiant que le montant de cotisation versé par l'organisation adhérente correspond bien au montant statutaire fixé par l'organe compétent de l'organisation candidate et que ce montant ne soit pas dérisoire, notamment en cas de cotisation réduite.

²⁷⁸⁶V. étude 398 supra.

²⁷⁸⁷V. C. trav., art. R. 2152-14 et R. 2152-16.

²⁷⁸⁸V. étude 389 (3°) supra.

²⁷⁸⁹V. supra note n°2254.

²⁷⁹⁰V. supra note n°2254 préc.

²⁷⁹¹V. étude 376 supra.

dispositions du titre V consacrées à l'appréciation de la représentativité au niveau national et multi-professionnel, contrairement aux deux autres niveaux de reconnaissance de la représentativité patronale au sein desquels une mesure de l'audience est organisée et nécessite l'intervention d'un tiers pour vérifier précisément le nombre d'entreprises adhérentes et de leurs salariés. Une clarification des termes de l'article L. 2135-6, alinéa 1^{er}, du Code du travail serait donc, à notre sens, souhaitable²⁷⁹²...

b) Un critère géographique supplémentaire

501. Nous avons vu qu'un critère d'implantation territoriale équilibrée était exigé lorsque la représentativité des organisations d'employeurs est appréciée au niveau de la branche professionnelle²⁷⁹³. Lorsque la représentativité est ensuite appréciée au niveau national et interprofessionnel, l'article L. 2152-4 du Code du travail ne reprend pas un critère géographique mais seulement celui d'une implantation professionnelle dans des branches des quatre secteurs. Toutefois, nous avons démontré que cette implantation dans les branches devait s'entendre comme une implantation au niveau national²⁷⁹⁴. Les organisations adhérentes de l'organisation interprofessionnelle devront donc être représentatives au niveau national dans des branches des quatre secteurs, tout en justifiant d'une implantation équilibrée au sens de l'article L. 2152-1 du Code du travail, tel qu'interprété par le Conseil d'Etat²⁷⁹⁵. L'exigence d'une implantation territoriale équilibrée est également présente dans les branches relevant des secteurs « hors champ » concernés par la représentativité multi-professionnelle. L'organisation candidate au niveau national et multi-professionnel devra ainsi présenter des organisations adhérentes qui satisfassent à ce critère de représentativité exigé au niveau de la branche, même si la notion de convention collective, employée par l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail dans sa rédaction

²⁷⁹²Il y a certainement un lien entre cette absence de précision de l'article L. 2135-6 et la chronologie de l'adoption des dispositions spécifiques à la représentativité nationale et multi-professionnelle. En effet, comme nous l'avons souligné supra, les dispositions créant ce nouveau niveau de représentativité ont été introduites par amendements alors que le projet de loi sur la réforme de la représentativité patronale était déjà en discussion. L'ajout opéré par la loi du 5 mars 2014 à l'article L. 2135-6 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 (V. étude 389 (3°) supra) consistant à étendre l'obligation de nommer un commissaire aux comptes à toutes les organisations patronales souhaitant établir leur représentativité n'envisageait très certainement que la représentativité au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel, qui étaient les seuls niveaux de reconnaissance appréhendés par le projet de loi initial.

²⁷⁹³V. étude 385 supra.

²⁷⁹⁴V. étude 426 supra.

²⁷⁹⁵V. supra note n°2215.

issue de la loi du 17 août 2015, semble autoriser une représentativité au niveau infra-national pour ces organisations²⁷⁹⁶.

Mais au-delà de ses adhérents, l'organisation candidate à la représentativité au niveau national et multi-professionnel devra elle-même répondre à un critère géographique particulier consistant à justifier d'une « *implantation territoriale couvrant au moins un tiers du territoire national soit au niveau départemental, soit au niveau régional* »²⁷⁹⁷. Ce critère supplémentaire a pour but de démontrer que l'organisation est présente « *à un niveau significatif* »²⁷⁹⁸ dans au moins le tiers des départements ou des régions (outre-mer compris). Par ailleurs, la doctrine semble admettre qu'une « *combinaison départements-régions est concevable* »²⁷⁹⁹ pour apprécier ce critère, tant que l'implantation couvre au moins un tiers du territoire national.

§ 2. Une représentativité restreinte

502. Tout en consacrant un nouveau niveau de représentativité patronale, le législateur a toutefois souhaité limiter l'accès à celui-ci (A) et répondre ainsi à un objectif précis (B).

A. Un accès limité à la représentativité nationale et multi-professionnelle

503. Bien que les secteurs « hors champ » correspondent à un ensemble aux contours mouvants²⁸⁰⁰, le législateur a souhaité expressément cantonner le champ d'application du nouveau dispositif (1). Seules certaines organisations, représentatives de secteurs jugés suffisamment importants, pourront ainsi accéder à ce nouveau niveau de représentativité (2).

²⁷⁹⁶V. étude 498 supra.

²⁷⁹⁷C. trav., art. L. 2152-2, 4°.

²⁷⁹⁸Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²⁷⁹⁹*Ibidem*.

²⁸⁰⁰V. études 303 et s. supra.

1- Un cantonnement législatif

504. Une liste ouverte ? Une lecture attentive du protocole d'accord 30 janvier 2014²⁸⁰¹ démontre que les organisations patronales signataires n'avaient pas expressément définis les secteurs « hors champ » visés par la représentativité multi-professionnelle. Après avoir rappelé, en préambule, que les propositions patronales étaient émises afin que le dialogue social en France « *tienne compte de l'ensemble des secteurs d'activités économiques* », l'article 1 de ce texte proposait en effet que « *soit établie une liste d'organisations représentatives au plan national du hors-champ dites "multi-professionnelles" qui ne relèvent pas du champ interprofessionnel* ». Cette rédaction, certes quelque peu alambiquée, permettait de prime abord de viser potentiellement l'ensemble des secteurs « hors champ », même si les stipulations du protocole relatives aux prérogatives associées à ce nouveau niveau de représentativité visaient exclusivement les trois organisations multi-professionnelles signataires, à savoir l'UDES, la FNSEA et l'UNAPL²⁸⁰². Auraient dès lors été concernées des organisations professionnelles qui ne relèvent pas du champ interprofessionnel, c'est-à-dire des organisations « hors champ », qui en répondant aux critères fixés par le protocole se seraient vues reconnaître une représentativité nationale et multi-professionnelle et auraient été inscrites sur une liste. On peut logiquement s'interroger sur le fait de savoir si cette liste aurait été préétablie et donc figée sous réserve que les organisations désignées justifient des critères ou, au contraire, si en fonction de l'atteinte de ces derniers, cette liste aurait pu varier et intégrer des organisations représentatives des divers secteurs « hors champ ».

505. Restriction législative. En prônant la reconnaissance d'une représentativité intermédiaire pour des organisations dites multi-professionnelles, le rapport Combrexelle avait entouré cette proposition de certaines précautions, notamment d'éviter de créer un véritable statut pour les secteurs « hors champ » afin de ne pas disperser la représentation patronale au niveau national²⁸⁰³. Sans expressément désigner les secteurs, l'ancien DGT avait suggéré, comme nous l'avons vu, que l'UDES, la FNSEA et l'UNAPL, qu'il jugeait concernées, se rapprochent des organisations interprofessionnelles pour définir les modalités de reconnaissance de cette nouvelle forme de représentativité et ses conséquences pratiques²⁸⁰⁴. L'ESS, les activités agricoles et les professions libérales, au sein desquelles ces trois

²⁸⁰¹V. étude 482 supra.

²⁸⁰²V. étude 482 préc.

²⁸⁰³V. étude 478 supra.

²⁸⁰⁴V. étude 480 supra.

organisations revendiquaient respectivement leur représentativité, semblaient donc être les secteurs pressentis pour servir de cadre de reconnaissance de la nouvelle forme de représentativité.

Adoubant là encore les propositions du rapport, les parlementaires vont clairement afficher leur volonté de restreindre le champ d'application du nouveau dispositif dans les débats préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014. Tout en rappelant, à l'instar du protocole d'accord du 30 janvier 2014, que la création de la représentativité multi-professionnelle va dans le sens d'une organisation du dialogue social en France qui doit tenir compte « *de l'ensemble des secteurs d'activité économique* »²⁸⁰⁵, le législateur souligne néanmoins sa volonté de circonscrire les secteurs concernés par cette nouvelle reconnaissance, ceci afin de ne pas déstabiliser l'échelon interprofessionnel. Ainsi, Denys Robiliard, alors député du Loir-et-Cher, soutient son amendement - dont la rédaction aura la préférence du Gouvernement par rapport aux autres propositions et sera adopté à l'unanimité²⁸⁰⁶ - en indiquant : « *Un accord a été conclu le 30 janvier 2014 entre les organisations patronales interprofessionnelles et les trois organisations dites du « hors-champ », l'UDES, l'UNAPL et la FNSEA. Nous précisons très clairement que le multiprofessionnel est réservé à ce qu'il est classique d'appeler aujourd'hui le « hors-champ », et même de le définir, c'est-à-dire qu'il s'agit bien du domaine agricole, du secteur des professions libérales et de l'économie sociale et solidaire. En définissant un nouvel acteur reconnu au niveau national, il faut éviter d'ouvrir une porte qui faciliterait le détricotage de l'interprofessionnel. Il est nécessaire que le niveau interprofessionnel reste organisé et il faut éviter d'ouvrir la porte à des tentations qui viendraient disperser ce qui permet aujourd'hui une négociation interprofessionnelle. Le texte proposé pour l'article L. 2152-1-1 [devenu L.2152-2 lors de l'adoption définitive du texte] me paraît important en ce qu'il vise à empêcher la dispersion des organisations* »²⁸⁰⁷. Il s'agit donc pour les parlementaires de répondre à la problématique du « hors champ » mais de limiter la réponse à certains secteurs représentant « *un poids non négligeable dans notre économie* », qu'il conviendra d'« *associer de plus en plus* »²⁸⁰⁸, ceci afin « *de ne pas laisser de côté 4 millions de salariés représentant 25 % des salariés français* »²⁸⁰⁹. La création de ce nouveau niveau de représentativité ne doit pas en effet désorganiser la représentation patronale telle qu'elle existait jusqu'alors au niveau national, au risque de perturber la négociation interprofessionnelle. Le périmètre de cette nouvelle

²⁸⁰⁵Philippe ARMAND MARTIN, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

²⁸⁰⁶V. Ass. Nat., compte rendu intégral, 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1575.

²⁸⁰⁷Denys ROBILIARD, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

²⁸⁰⁸Christophe CAVARD, *ibidem*.

²⁸⁰⁹Gérard CHERPION, *ibid*.

représentativité doit pour cela être limité, afin d'éviter qu'une multitude de secteurs « hors champ » puisse s'y greffer²⁸¹⁰. Il s'agit seulement d'apporter une réponse circonstanciée à certains de ces secteurs en raison de leur importance économique et sociale majeure au plan national (en créant au demeurant une confusion entre la notion de « hors champ », que les parlementaires souhaitent ainsi « définir », et celle de « multi-professionnel »²⁸¹¹).

2- Les secteurs concernés

506. Dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2014, modifiée par la loi du 17 août 2015²⁸¹², l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail disposait : « *Qui sont représentatives ou dont les organisations adhérentes sont représentatives sur le fondement de l'article L. 2152-1 du présent code dans au moins dix conventions collectives relevant soit des activités agricoles mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 et au 2° de l'article L. 722-20 du code rural et de la pêche maritime, soit des professions libérales définies à l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, soit de l'économie sociale et solidaire, et ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* ». Modifié à nouveau en 2016 et 2017, le texte indique à ce jour : « *Qui sont représentatives ou dont les organisations adhérentes sont représentatives sur le fondement de l'article L. 2152-1 du présent code dans au moins dix conventions collectives relevant soit des activités agricoles mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 et au 2° de l'article L. 722-20 du code rural et de la pêche maritime, soit de l'économie sociale et solidaire, soit du secteur du spectacle vivant et enregistré, et ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* ».

Destinée à certains secteurs pré-identifiés par le législateur de 2014 (a), la représentativité multi-professionnelle a donc connu une évolution de son périmètre au gré de réformes ultérieures (b).

²⁸¹⁰Nous rappelons que c'est exactement ce que le rapport Combrexelle suggérait lorsqu'il indiquait que le « hors champ » n'avait pas vocation à s'élargir, sauf à déstabiliser la négociation interprofessionnelle (V. étude 478 supra).

²⁸¹¹V. infra.

²⁸¹²V. étude 498 supra.

a) Les secteurs initiaux

507. La situation de la FNSEA, de l'UNAPL et de l'UDES, exclues de la représentativité nationale et interprofessionnelle malgré l'importance des secteurs qu'elles représentent, a conduit le législateur à retenir les activités agricoles (i), les professions libérales (ii) et l'économie sociale et solidaire (iii) comme champs initiaux de la représentativité nationale et multi-professionnelle.

i) Les activités agricoles

508. Définition. L'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail encadre juridiquement la notion d'activités agricoles en renvoyant expressément à certaines dispositions du Code rural et de la pêche maritime.

Sont ainsi visées, en premier lieu, les activités mentionnées du 1° au 4° de l'article L. 722-1 du Code rural et de la pêche maritime - qui définit le champ d'application régime de protection sociale des non-salariés des professions agricoles - à savoir : (1°) les exploitations de culture et d'élevage de quelque nature qu'elles soient, les exploitations de dressage, d'entraînement, haras ainsi que les établissements de toute nature dirigés par l'exploitant agricole en vue de la transformation, du conditionnement et de la commercialisation des produits agricoles lorsque ces activités constituent le prolongement de l'acte de production, ou des structures d'accueil touristique, précisées par décret, situées sur l'exploitation ou dans les locaux de celle-ci, notamment d'hébergement et de restauration ; (2°) les entreprises de travaux agricoles définis à l'article L. 722-2 du même code (travaux qui entrent dans le cycle de la production animale ou végétale, travaux d'amélioration foncière agricole ainsi que les travaux accessoires nécessaires à l'exécution des travaux précédents ; travaux de création, de restauration et d'entretien des parcs et jardins comprenant les travaux de maçonnerie paysagère nécessaires à l'exécution des travaux précédents) ; (3°) les travaux forestiers et entreprises de travaux forestiers définis à l'article L. 722-3 du même code (travaux de récolte de bois, de reboisement et de sylviculture, ainsi que les travaux d'équipement forestier lorsqu'ils sont accessoires aux travaux précédents) ; (4°) les établissements de conchyliculture et de pisciculture et les établissements assimilés, ainsi que les activités de pêche maritime à pied professionnelle telle que définie par décret.

En second lieu, l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail fait référence à l'article L. 722-20 du Code rural et de la pêche maritime, qui définit le champ du régime de protection sociale des salariés des professions agricoles, et plus particulièrement au 2° qui vise les « *Gardes-chasse, gardes-pêche, gardes forestiers, jardiniers, jardiniers gardes de propriété et, de manière générale, toutes les personnes qui, n'ayant pas la qualité d'entrepreneur, sont occupées par des groupements et sociétés de toute nature ou des particuliers à la mise en état et à l'entretien des jardins* ».

Il faut donc en conclure que les conventions collectives régissant les conditions de travail au sein de ces activités limitativement énumérées servent de cadre à l'appréciation de la représentativité nationale et multi-professionnelle. L'organisation candidate devra démontrer sa représentativité dans au moins dix d'entre elles (dans l'état actuel de la rédaction de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail) soit de façon directe, soit par le biais de ses adhérents. Il convient de préciser également que, conformément aux prescriptions générales de l'article L. 2222-1 du Code du travail, le champ d'application professionnel de ces conventions collectives est bien défini en termes d'activités économiques mais que s'agissant de professions agricoles, certaines d'entre elles pourront, en outre, tenir compte du statut juridique des entreprises concernées ou du régime de protection sociale d'affiliation de leur salariés pour définir ce champ²⁸¹³.

509. Organisations. Nous avons vu que sous le régime du droit antérieur, deux organisations professionnelles d'employeurs étaient reconnues par les pouvoirs publics comme représentatives des professions agricoles au plan national : la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et la Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricoles (CNMCCA), qui bénéficiaient chacune d'un représentant à la CNNC²⁸¹⁴. Or, depuis la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2014, seule la FNSEA bénéficie d'une reconnaissance de représentativité au niveau national et multi-professionnel²⁸¹⁵. Fondée en 1946, la FNSEA est à la fois une organisation professionnelle agricole et une organisation patronale²⁸¹⁶. Elle revendique 212 000 adhérents, 20 000 syndicats locaux, 12 fédérations

²⁸¹³V. *C. trav.*, art. L. 2222-1, al. 2 (étude 60 supra).

²⁸¹⁴V. étude 327 supra.

²⁸¹⁵V. Arr. du 18 oct. 2017 (JORF, 24 oct. 2017) et du 19 mars 2021 (JORF, 28 mars 2021) fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur des activités agricoles.

²⁸¹⁶Sur l'histoire de la FNSEA en tant qu'organisation patronale : Pierre MAYANCE, « Défendre " l'agriculture " ou les " employeurs agricoles " ? La FNSEA ou l'ambiguïté historique d'un syndicat " d'exploitants " », *Savoir/Agir* 2009, n°10, pp.23-32.

régionales, 95 fédérations départementales et 31 associations spécialisées²⁸¹⁷. Bien que présente dans plusieurs branches agricoles²⁸¹⁸, la CNMCCA ne semble pas, de son côté, réunir les conditions nécessaires pour candidater au nouveau niveau de représentativité²⁸¹⁹.

ii) Les professions libérales

510. Définition. Dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2014, l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail visait les professions libérales définies à l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (loi dite Warsmann II)²⁸²⁰. Selon ce texte, qui a donné pour la première fois une définition législative à la notion de professions libérales²⁸²¹, ces dernières « *groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant* ». Le contenu des activités n'est pas strictement défini par le texte qui vise des « *prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins* ». Le texte précise toutefois que ces activités ont « *une nature généralement civile* », c'est-à-dire une nature non commerciale. Par ailleurs, le texte rappelle que le mode d'exercice de l'activité est un critère distinctif des professions libérales²⁸²².

²⁸¹⁷<https://www.fnsea.fr>.

²⁸¹⁸V. Contribution de la Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricoles (CNMCCA), <https://agriculture.gouv.fr>.

²⁸¹⁹Représentant les entreprises mutualistes et coopératives agricoles françaises, la CNMCCA regroupe quatre entités : la Fédération Nationale Groupama, la Mutualité Sociale Agricole (Fédération nationale des employeurs de la MSA), Coopération agricole et la Fédération Nationale du Crédit Agricole. Or, certaines activités représentées par les adhérents de la CNMCCA, telles que les activités bancaires et d'assurance du Crédit agricole ou de Groupama, ne relèvent pas des activités agricoles au sens de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail. En effet, en mentionnant exclusivement les dispositions des articles L. 722-1, 1° à 4°, et L. 722-20, 2°, du Code rural et de la pêche, l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail exclut notamment les organismes de mutualité sociale agricole et les caisses de crédit agricole mutuel visés à l'article L. 722-20, 6°, du Code rural et de la pêche. Ainsi, la CNMCCA ne semble pas réunir les conditions exigées par le 2° et le 3° de l'article L. 2152-2 du Code du travail. Non reconnue au niveau national et multi-professionnel, la CNMCCA ne siège plus dans la nouvelle composition plénière de la CNNCEFP (V. C. trav., art. R. 2272-9) mais continue de siéger dans une sous-commission de cette dernière (V. C. trav., art. R. 2272-14).

²⁸²⁰V. supra note n°2553.

²⁸²¹V. Bastien BRIGNON et Georges-Albert LUCCIARDI, « Sociétés d'exercice libéral (SEL) - régime général », *JC Sociétés Traité*, Fasc. 192-10.

²⁸²²V. étude 253 supra.

L'activité est en effet exercée par des personnes indépendantes et sous leur responsabilité, disposant d'une qualification professionnelle appropriée, dans l'intérêt du client ou du public et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle. Au-delà de cette définition très générale, de nombreuses professions libérales sont dites « réglementées » en ce sens qu'elles sont soumises à un statut législatif ou réglementaire encadrant leur exercice, ce qui permet de les identifier plus aisément. Il est ainsi possible de se référer aux travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 31 décembre 1990²⁸²³ qui ont retenu une liste de professions réglementées autorisées à constituer des sociétés d'exercice libéral, dressée par la délégation interministérielle aux professions libérales et classant celles-ci en trois grandes catégories selon leurs domaines d'intervention : les professions médicales (médecin, chirurgien-dentiste, pharmacien, vétérinaire, infirmier, sage-femme, masseur-kinésithérapeute, orthoptiste, orthophoniste, pédicure-podologue, biologiste, diététicien, psychologue), les professions juridiques (avocat, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avoué près une cour d'appel (supprimé au 1^{er} janvier 2012), notaire, commissaire de justice (fusion des huissiers de justice et des commissaires priseurs au 1^{er} juillet 2022), greffier de tribunal de commerce, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, commissaire aux comptes) et les professions techniques (architecte, géomètre-expert, expert-comptable, agent d'assurances, conseil en propriété industrielle, professeur de danse)²⁸²⁴. Il est à noter toutefois que cette liste ne présente en aucun cas un caractère limitatif et est incomplète. Elle omet en effet certaines professions libérales comme les experts agricoles et fonciers et experts forestiers²⁸²⁵ mais aussi les professions non commerciales exercées dans un cadre libéral²⁸²⁶.

Il convient de rappeler, en outre, que l'accord du 28 septembre 2012 pour le développement du dialogue social et du paritarisme dans le secteur des professions libérales avait défini son champ d'application en indiquant qu'il concernait l'ensemble des professions et des entreprises libérales, réglementées ou non réglementées, qui répondent à certains critères fondamentaux liés à l'exercice libéral listés par l'accord et dont la définition légale est issue de la loi du 22 mars 2012 (que l'accord reprend *in extenso*)²⁸²⁷. L'accord - étendu sur ce point - utilisait donc la référence à la loi Warsmann II pour définir le périmètre de l'interprofession des

²⁸²³L. n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (JORF, 5 janv. 1991).

²⁸²⁴V. Luc DEJOIE, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, relatif à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, Sénat, 31 oct. 1990, pp.32-33.

²⁸²⁵V. rapport préc., p.33.

²⁸²⁶V. Bastien BRIGNON et Georges-Albert LUCCIARDI, *op. cit.*

²⁸²⁷V. étude 452 supra.

professions libérales rejetée par le ministre du Travail²⁸²⁸. Le champ des activités concernées est ainsi resté identique pour définir le périmètre légal de reconnaissance de la nouvelle représentativité nationale et multi-professionnelle des professions libérales.

511. Organisations. Deux organisations ont là encore revendiqué une représentation de l'ensemble des professions libérales au plan national. Si l'UNAPL seule avait été autorisée à proposer le représentant des professions libérales à la CNNC, le Conseil d'Etat a admis que la Chambre nationale des professions libérales (CNPL) puisse également désigner, en tant que l'une des organisations professionnelles les plus représentatives des professions libérales au sens de l'article 7 de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958, un représentant au Conseil économique, social et environnemental, siégeant aux côtés des représentants désignés par l'UNAPL²⁸²⁹. Se prononçant sur « *l'ensemble des critères de représentativité, notamment de l'ancienneté, des effectifs et de l'audience* »²⁸³⁰, le Conseil d'Etat a donc considéré que la CNPL était représentative des professions libérales au plan national, à tout le moins pour la représentation de ces dernières au CESE²⁸³¹. Dans une décision récente mais prise sous l'empire des dispositions antérieures à la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2014, la Haute juridiction a confirmé la représentativité de la CNPL dans le secteur des professions libérales couvert par l'accord du 28 septembre 2012 précité et ses avenants, aux côtés là encore de l'UNAPL signataire de ces textes²⁸³². Pour autant, le protocole d'accord du 30 janvier 2014 n'a été conclu qu'avec l'UNAPL du côté des professions libérales et, comme nous allons le voir, c'est l'évolution de la situation de l'UNAPL seule qui incitera le législateur à retirer ultérieurement les professions libérales de la liste des secteurs ouverts à une représentativité nationale et multi-professionnelle²⁸³³.

²⁸²⁸V. étude préc.

²⁸²⁹V. supra note n°2544.

²⁸³⁰CE, 8 oct. 2012, n°343082, considérant n°6.

²⁸³¹Même si le décret du 25 janvier 2013 entérinant cette décision (V. supra note n°2544) a prévu que l'UNAPL continue de désigner trois des quatre représentants des professions libérales au CESE et la CNPL un seul représentant.

²⁸³²CE, 21 janv. 2021, n°418617 (supra note n°2563).

²⁸³³V. infra.

iii) L'économie sociale et solidaire

512. Définition ? Contrairement aux activités agricoles et aux professions libérales, l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail ne renvoie à aucune définition juridique de l'économie sociale et solidaire, qu'il se contente simplement de mentionner.

On se souvient que les partenaires sociaux avaient donné leur propre définition du champ de l'économie sociale dans l'accord du 22 septembre 2006 en se référant aux activités économiques mais également aux statuts juridiques des entreprises concernées, ainsi qu'à des principes fondateurs²⁸³⁴. Cependant, tout en refusant de reconnaître l'existence d'une interprofession de l'économie sociale, le ministre du Travail avait exclu un certain nombre d'activités du champ l'accord lors de son extension²⁸³⁵.

L'absence d'un renvoi à une définition légale de l'ESS dans la loi du 5 mars 2014 peut, de prime abord, s'expliquer par le fait qu'un projet de loi qui visait précisément à conférer une reconnaissance légale à l'ESS était en cours de discussion lors du vote de celle-ci. Promulguée après l'adoption de la réforme de la représentativité patronale, la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite loi Hamon)²⁸³⁶ est venue effectivement délimiter le champ de l'économie sociale et solidaire²⁸³⁷. Dépasant la simple approche statutaire qui permettait jusqu'alors d'appréhender l'économie sociale traditionnelle (mutuelles, associations, coopératives et fondations)²⁸³⁸, la loi du 31 juillet 2014 adopte une approche dite « inclusive » consistant à intégrer dans le champ légal du secteur les divers mouvements de l'économie solidaire mais également toute personne morale remplissant

²⁸³⁴V. étude 459 supra.

²⁸³⁵V. étude 461 supra.

²⁸³⁶JORF 1^{er} août 2014, p.12666.

²⁸³⁷V. notamment Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, « L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau " sujet de droit naissant " » *RLDA* 2013, supplément au n°88, p.11.

²⁸³⁸V. étude 455 supra.

certaines critères de gestion désintéressée et démocratique, ainsi qu'un but social²⁸³⁹. L'article 1^{er} de la loi dispose ainsi :

« I. - L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes : 1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ; 2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ; 3° Une gestion conforme aux principes suivants : a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ; b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées. [...]

II. - L'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre : 1° Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ; 2° Par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes : a) Elles respectent les conditions fixées au I du présent article ; b) Elles recherchent une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi ; c) Elles appliquent les principes de gestion suivants [affectation d'une fraction des bénéfices à la constitution d'une réserve statutaire

²⁸³⁹La création d'un statut légal de l'ESS, souvent qualifiée de « tiers secteur » par opposition au premier secteur économique constitué du secteur marchand ou privé à but lucratif et au deuxième secteur formé par le secteur public, avait été suggérée par plusieurs rapports en raison de l'importance grandissante de cette forme particulière d'entreprendre dans de nombreux champs d'activité (V. notamment Alain LIPIETZ, « *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale* », Rapport remis à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, 2 tomes, sept. 2000, <http://lipietz.net> ; Francis VERCAMER, « *L'Economie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi* », Rapport remis au Premier Ministre, avr. 2010). Les emplois en général non-délocalisables, ainsi que le caractère résilient des structures, moins impactées par les logiques de marché, ont permis aux pouvoirs publics de présenter l'ESS comme un véritable outil de relance en période de crise économique. Dans ce contexte, la loi du 31 juillet 2014 a eu pour but de développer le secteur en lui offrant un cadre législatif destiné à le dynamiser, à sécuriser son encadrement juridique et à favoriser l'investissement dans ses structures, au-delà des dispositions législatives régissant les « familles historiques » de l'économie sociale (notamment : loi du 1^{er} juil. 1901 relative au contrat d'association ; loi n°47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération, JORF 11 sept. 1947, p.9088 ; loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, JORF 24 juil. 1987, p.8255 (fondations) ; Code de la mutualité).

obligatoire, interdiction d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes...].

III. - Peuvent faire publiquement état de leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficier des droits qui s'y attachent les personnes morales de droit privé qui répondent aux conditions mentionnées au présent article et qui, s'agissant des sociétés commerciales, sont immatriculées, sous réserve de la conformité de leurs statuts, au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire. [...] ».

L'article 2 de la loi définit ensuite la notion d'utilité sociale que les entreprises sous statut commercial doivent rechercher pour être incluses dans le champ légal de l'ESS. Selon ce texte, ces entreprises sont considérées comme poursuivant une utilité sociale si leur objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des quatre conditions suivantes : « 1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leurs besoins en matière d'accompagnement social, médico-social ou sanitaire, ou de contribuer à la lutte contre leur exclusion. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ; 2° Elles ont pour objectif de contribuer à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ; 3° Elles ont pour objectif de contribuer à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire et par la mise en œuvre de modes de participation impliquant, sur les territoires concernés, les bénéficiaires de ces activités. Elles participent ainsi à la réduction des inégalités sociales et culturelles, notamment entre les femmes et les hommes ; 4° Elles ont pour objectif de concourir au développement durable, à la transition énergétique, à la promotion culturelle ou à la solidarité internationale, dès lors que leur activité contribue également à produire un impact soit par le soutien à des publics vulnérables, soit par le maintien ou la recréation de solidarités territoriales, soit par la participation à l'éducation à la citoyenneté ».

Cette définition, très large, souligne la diversité des acteurs de l'ESS mais également l'hétérogénéité de ce « secteur », qu'il est difficile d'appréhender au travers du seul critère de l'activité économique. En effet, en définissant à l'article 1^{er}, I, l'ESS comme un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine, la loi du 31 juillet 2014 suggère tout d'abord que ce « secteur » peut couvrir tout type d'activité (économique ou non). Le II de l'article complète cette définition en indiquant que l'ESS est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange

et de consommation de biens ou de services, ce qui confirme que toutes les activités économiques sont potentiellement concernées mais également que des activités autres que productives sont visées²⁸⁴⁰. Le contenu et la nature de l'activité ne seraient donc pas un trait distinctif de l'ESS²⁸⁴¹. C'est avant tout la non lucrativité ou la lucrativité limitée des activités²⁸⁴², ainsi que la gouvernance démocratique des structures et les principes de gestion adoptés par ces dernières qui caractérisent l'ESS selon la loi du 31 juillet 2014.

La référence aux statuts des entreprises et organismes tient également une place importante dans la définition. Ainsi, aux côtés des acteurs historiques de l'économie sociale (associations, fondations, coopératives, mutuelles), qui sont régis par des statuts particuliers qui permettent de les identifier²⁸⁴³ et auxquels la loi du 31 juillet 2014 confère une forme de présomption d'appartenance au secteur, figurent des sociétés commerciales qui pourront se revendiquer de l'ESS à condition de démontrer, via leurs statuts, qu'elles obéissent à certains principes de gestion, de gouvernance et de finalité de leur activité.

Qualifiée dans le passé de « *patchwork juridique* »²⁸⁴⁴, l'ESS a donc reçu une définition légale dans la loi Hamon du 31 juillet 2014, intervenue après l'adoption de la loi du 5 mars 2014. Pour autant et de façon curieuse, le législateur n'a pas jugé utile de renvoyer expressément à cette définition dans les réformes ultérieures de l'article L. 2152-2 du Code du travail (notamment lors des premiers ajustements apportés à l'article par la loi Rebsamen du 17 août 2015²⁸⁴⁵). Bien que la doctrine ait suggéré de se référer aux dispositions de la loi du 31 juillet 2014 pour appréhender le champ de ce secteur²⁸⁴⁶, ce mutisme continu du législateur peut, peut-être, s'expliquer par la difficulté de transposer cette définition en droit de la négociation collective. En effet, de nombreux secteurs et de nombreuses entreprises sont

²⁸⁴⁰Nous rappelons que la notion d'« activités économiques » utilisée en droit de la négociation collective n'est pas définie par le Code du travail (V. étude 60 supra). Pour l'INSEE, une activité économique est « *un processus qui, à partir d'intrants, conduit à la fabrication d'un bien ou à la mise à disposition d'un service* » (<https://www.insee.fr>). Selon cette définition, une activité économique est donc une activité productrice de biens ou de services, ce qui exclut, à notre sens, les activités de consommation et d'échange.

²⁸⁴¹Nous rappelons que dans son approche de l'interprofession, Jacques Barthélémy soutenait cette idée à propos de l'économie sociale. Pour l'auteur, ce ne serait pas, en effet, la nature de l'activité qui distinguerait les entreprises de ce secteur mais la forme juridique de la personne morale identifiant l'entreprise (V. études 253 et 460 supra).

²⁸⁴²Selon l'article 1^{er}, I, 1^o, le but poursuivi est autre que le seul partage des bénéfices tirés de l'activité, contrairement à la définition classique de la société donnée par le Code civil (V. supra note n°2579).

²⁸⁴³V. supra note n°2839.

²⁸⁴⁴MEDEF, « *Concurrence : marché unique, acteurs pluriels : pour de nouvelles règles du jeu* », Rapport, mai 2002, p.21, cité in Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », *Travail et Emploi*, n°131, 2012, p.47 et spéc. p.62.

²⁸⁴⁵V. étude 498 supra.

²⁸⁴⁶V. Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc. p.223 ; Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », *JCP S* 2017, 1209.

potentiellement concernées par la loi du 31 juillet 2014, qui est avant tout une loi destinée à promouvoir un modèle économique particulier. Des entreprises, y compris commerciales, pourront ainsi se rattacher à cette définition quelle que soit leur activité. Dès lors, bien que l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail semble parer à toute difficulté lorsqu'il précise que les conventions collectives servant de cadre d'appréciation à la représentativité multi-professionnelle ne doivent pas relever du champ couvert par les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel²⁸⁴⁷, l'acception de l'ESS issue de la loi du 31 juillet 2014 nous paraît beaucoup trop large pour permettre de cerner avec une relative précision ce champ multi-professionnel. Même si, selon Pascal Caillaud, « *il n'appartient pas à une organisation patronale seule de définir un secteur professionnel à partir de ses propres adhérents* »²⁸⁴⁸, c'est bien au final les adhérents de l'organisation candidate à ce niveau, reconnus représentatifs dans les conventions collectives relevant de ce « secteur » (à l'exclusion des champs conventionnels relevant de l'interprofession), qui permettront de définir précisément le champ multi-professionnel de l'ESS...

513. Organisations. Après s'être regroupées au sein de l'Association des employeurs de l'économie sociale (AEES) dans l'objectif de présenter des candidatures employeurs aux élections prud'homales²⁸⁴⁹, trois organisations avaient signé l'accord fondateur du 22 septembre 2006 définissant le champ initial de l'économie sociale : le GEMA (Groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel, l'UNIFED (Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs du secteur sanitaire, social, médico-social privé à but non lucratif) et l'USGERES (Union de syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale)²⁸⁵⁰. Nous avons vu que par la suite l'USGERES était devenue l'UDES dans l'objectif de préparer la réforme de la représentativité patronale et de représenter l'ensemble du champ multi-professionnel de l'ESS²⁸⁵¹. Dans ce cadre, la plupart des adhérents d'UNIFED ont rejoint

²⁸⁴⁷V. étude 499 supra.

²⁸⁴⁸Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc. p.222.

²⁸⁴⁹V. supra note n°2594.

²⁸⁵⁰V. étude 458 supra.

²⁸⁵¹V. étude 456 supra.

la nouvelle union²⁸⁵². Par ailleurs, UNIFED a perdu par la suite sa légitimité et n'a pu présenter sa candidature à la représentativité patronale de branche lors de la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2014²⁸⁵³. S'agissant du GEMA, représentant uniquement les sociétés d'assurances à caractère mutuel, son alliance avec la FFSA (Fédération française des sociétés d'assurances) a conduit à la création en juillet 2016 de la FFA (Fédération française de l'assurance), devenue par la suite « France Assureurs », organisation patronale représentative dans la branche des sociétés d'assurance²⁸⁵⁴.

²⁸⁵²Le premier adhérent d'UNIFED à rejoindre l'USGERES pour fonder l'UDES a été le SYNEAS (V. étude 456 supra). Le SYNEAS (Syndicat des employeurs associatifs de l'action sociale et médico-sociale) fusionnera au 1^{er} janvier 2017 avec la FEGAPEI (Fédération nationale des associations gestionnaires au service des personnes handicapées et des personnes fragiles), également membre d'UNIFED, pour créer NEXEM. NEXEM est aujourd'hui membre de l'UDES mais également de la CPME, créant une situation de multi-adhésion entre le champ multi-professionnel et le champ interprofessionnel que le juge administratif a tranché en faveur de ce dernier (V. étude 499 supra). Sur le ralliement des employeurs du secteur sanitaire, social, médico-social privé à but non lucratif à l'UDES : Sébastien DARRIGRAND et Huges VIDOR, « L'Udes ouvre les portes une à une », in « Dossier représentativité patronale - Gagner en légitimité », *Directions* 2016, n°147, pp.26-27.

²⁸⁵³UNIFED avait été créée par les syndicats employeurs du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif dans un contexte d'éclatement conventionnel au sein de ce secteur. En effet, plusieurs conventions collectives nationales ont été conclues dans ce secteur par autant de syndicats patronaux représentatifs au niveau de chaque convention : la Convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951, la Convention collective nationale du Travail de l'UNISSS (Union intersyndicale des secteurs sanitaires et sociaux) du 26 août 1965, la Convention collective nationale du personnel des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, la Convention collective nationale du personnel salarié de la Croix Rouge Française, la Convention collective nationale des centres de lutte contre le cancer du 1^{er} janvier 1999 et les accords collectifs applicables dans les CHRS (Centres d'hébergement et de réinsertion sociale) et dans les services d'accueil, d'orientation et d'insertion pour adultes (V. notamment Vincent BONNIN, « A la recherche de la branche », *BS* 12/10, Etude, 9 ; Bernard GAURIAU, « La concurrence des conventions collectives dans le secteur social et médico-social », *RDSS* 2014, p.39 ; Simon COTTIN-MARX, « Le rôle du patronat associatif dans l'éclatement conventionnel de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif », *Négociations* 2022, n°38, p.121). Aucune de ces conventions n'a été étendue, rendant ainsi la cartographie conventionnelle du secteur peu lisible (V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Dr. soc.* 2014, p.207 et spéc. p. 210) et générant des situations de vide conventionnel (V. Nathalie CAGNEUX, « Dossier représentativité patronale - Gagner en légitimité », *Directions* 2016, n°147, p.26). Des accords « chapeaux » portant sur certains thèmes particuliers ont toutefois été conclus par la plupart des syndicats d'employeurs du secteur, réunis au sein d'UNIFED, qui ont eux été étendus. Cette absence de convention collective étendue a suscité les interrogations de la doctrine sur l'existence d'une véritable branche et sur la qualification des accord conclus au niveau de l'UNIFED (V. Michel OFFERLÉ et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », *RDT* 2010, p.269). Lors de la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale, des dissensions sont intervenues au sein d'UNIFED entraînant des démissions de syndicats employeurs adhérents et empêchant l'union, qui ne remplissait plus les critères de représentativité au niveau de la branche, de présenter sa candidature au sein du périmètre de la Branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif (BASS). A ce jour, des rapprochements conventionnels sont toujours en cours au sein de ce secteur sous l'égide de la nouvelle confédération patronale AXESS, successeur d'UNIFED, dans la perspective de déboucher sur une convention collective unique qui régirait (enfin...) uniformément les conditions de travail au sein de la BASS (V. Jean-Dominique TORTUYAUX, « Le consensus, une quête permanente d'AXESS », *Directions* 2020, n°192, p.16 ; Simon COTTIN-MARX, *op. cit.*).

²⁸⁵⁴V. <https://www.franceassureurs.fr>.

L'UDES, qui indique réunir 23 groupements et syndicats d'employeurs et 16 branches et secteurs professionnels²⁸⁵⁵ et rassembler « 80% des employeurs fédérés de l'économie sociale et solidaire »²⁸⁵⁶, est ainsi l'unique organisation patronale reconnue représentative au niveau national et multi-professionnel dans le secteur de l'ESS depuis la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale²⁸⁵⁷.

b) Les modifications du périmètre de reconnaissance de la représentativité nationale et multi-professionnelle

514. Malgré la ferme volonté affichée par législateur de 2014 de cantonner le niveau multi-professionnel aux activités agricoles, aux professions libérales et à l'ESS²⁸⁵⁸, ce même législateur va entériner quelque temps plus tard une évolution du périmètre de reconnaissance de la nouvelle représentativité patronale.

Le secteur du spectacle vivant et représenté va être reconnu comme un quatrième champ multi-professionnel (i), avant qu'une alliance patronale ne conduise les professions libérales à basculer dans le champ de l'interprofession (ii).

i) La reconnaissance d'un quatrième champ multi-professionnel : le secteur du spectacle vivant et enregistré

515. Origine. Contrairement aux trois secteurs initiaux, dont la prise en compte était attendue de longue date et a constitué une des principales motivations de la réforme opérée par la loi du 5 mars 2014, le secteur du spectacle vivant et enregistré était jusqu'alors étranger aux débats sur la représentativité patronale au niveau national. Cette question est devenue une source de préoccupation législative à l'occasion de l'intégration dans le Code du travail de

²⁸⁵⁵V. étude 456 supra. Selon ses statuts, les syndicats et groupements d'employeurs réunis au sein de l'UDES se répartissent en trois catégories (V. Statuts de l'union des employeurs de l'économie sociale et solidaire, art. 5, <https://www.udes.fr>). La première catégorie regroupe les organisations professionnelles d'employeurs représentant les associations et les fondations de l'ESS, qui oeuvrent dans des champs d'activités très divers : aide à domicile, établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux à but non lucratif, animation, enseignement, sport, culture, tourisme social et familial, insertion, action sociale, logement social... La deuxième catégorie est constituée d'organisations professionnelles représentant les coopératives et la troisième des organisations professionnelles d'employeurs représentant les mutuelles ou unions régis par le code de la mutualité.

²⁸⁵⁶<https://www.udes.fr>

²⁸⁵⁷V. Arr. du 18 oct. 2017 (JORF, 24 oct. 2017) et du 19 oct. 2021 (JORF, 23 oct. 2021) fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multiprofessionnel dans le secteur de l'économie sociale et solidaire.

²⁸⁵⁸V. étude 505 supra.

règles spécifiques d'assurance chômage des intermittents du spectacle. En effet, les professions du spectacle, qui regroupent à la fois les artistes du spectacle mentionnés à l'article L. 7121-2 du Code du travail²⁸⁵⁹ et les ouvriers et techniciens du spectacle, bénéficient d'un régime spécial d'emploi et de protection sociale : le régime de l'intermittence du spectacle²⁸⁶⁰. Dans ce cadre, les artistes bénéficient d'une présomption de salariat²⁸⁶¹ et le secteur peut conclure, sous certaines conditions, des contrats à durée déterminée dits d'usage en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois²⁸⁶². Enfin, pour tenir compte de la nature discontinue et irrégulière de l'activité, un régime d'assurance chômage spécifique aux professions de l'intermittence du spectacle a progressivement été institué. Ainsi, dès les années 1960, deux annexes ont été ajoutées par les partenaires sociaux interprofessionnels au règlement général de la convention d'assurance chômage pour bâtir un régime d'indemnisation spécifique au secteur : l'Annexe VIII pour les ouvriers et techniciens et l'annexe X pour les artistes²⁸⁶³. Or, la pérennité de ce régime d'assurance chômage spécifique a été une source d'inquiétude pour les professionnels du secteur et a donné lieu à de vives tensions sociales lors des renégociations des ANI d'assurance chômage. En effet, si les dispositions du Code du travail relatives à l'assurance chômage comportaient une section spécifique consacrée aux professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel et du spectacle prévoyant le principe d'un régime particulier dérogatoire au droit commun et des règles de financement spécifiques²⁸⁶⁴, elles ne faisaient en revanche aucune référence aux annexes VIII et X, qui fixaient concrètement les règles d'indemnisation sous la seule responsabilité des organisations interprofessionnelles. Des modifications techniques introduites par ces dernières lors de la négociation de la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 ont provoqué un nouveau mouvement de contestation des salariés du spectacle au printemps 2014²⁸⁶⁵, conduisant le gouvernement à missionner un groupe d'experts chargé d'élaborer des pistes de réforme du

²⁸⁵⁹« Sont considérés comme artistes du spectacle, notamment : 1° L'artiste lyrique ; 2° L'artiste dramatique ; 3° L'artiste chorégraphique ; 4° L'artiste de variétés ; 5° Le musicien ; 6° Le chansonnier ; 7° L'artiste de complément ; 8° Le chef d'orchestre ; 9° L'arrangeur-orchestrateur ; 10° Le metteur en scène, le réalisateur et le chorégraphe, pour l'exécution matérielle de leur conception artistique ; 11° L'artiste de cirque ; 12° Le marionnettiste ; 13° Les personnes dont l'activité est reconnue comme un métier d'artiste-interprète par les conventions collectives du spectacle vivant étendues ».

²⁸⁶⁰V. Josépha DIRINGER et Denis GRAVOUIL, « Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ? », *RDT* 2019, p.612.

²⁸⁶¹V. *C. trav.*, art. L. 7121-3.

²⁸⁶²V. *C. trav.*, art. L. 1242-2, 3°.

²⁸⁶³V. Denis GRAVOUIL, *op. cit.*

²⁸⁶⁴V. *C. trav.*, art. L. 5424-20 et L. 5424-21.

²⁸⁶⁵V. Marc VÉRICEL, « La nouvelle convention sur l'assurance-chômage du 14 mai 2014 - Recherche d'un certain équilibre entre nécessité de réduction du déficit et avancées en faveur des plus précaires », *RDT* 2014, p.467.

système de l’intermittence. Remis début 2015, le rapport de mission²⁸⁶⁶ va fortement inspirer le législateur qui va institutionnaliser le régime d’assurance chômage propre aux intermittents du spectacle dans la loi Rebsamen du 17 août 2015²⁸⁶⁷. Le nouvel article L. 5424-22 (I) du Code du travail, issu de la loi du 17 août 2015, va ainsi consacrer légalement les règles d’indemnisation spécifiques des intermittents en disposant : « *Pour tenir compte des modalités particulières d'exercice des professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel ou du spectacle, les accords relatifs au régime d'assurance chômage mentionnés à l'article L. 5422-20 comportent des règles spécifiques d'indemnisation des artistes et des techniciens intermittents du spectacle, annexées au règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage* ». L’inclusion des annexes dans le règlement général est donc désormais sanctuarisée et les partenaires sociaux ne pourront plus dès lors soumettre l’ANI d’assurance chômage à l’agrément du Premier ministre, sans que celui-ci ne comporte des règles propres aux intermittents du spectacle. Par ailleurs, la loi instaure des modalités particulières de négociation de ce régime en indiquant au paragraphe II du nouvel article L. 5424-22 du Code du travail : « *Les organisations d'employeurs et de salariés représentatives de l'ensemble des professions mentionnées à l'article L. 5424-20 négocient entre elles les règles spécifiques définies au I du présent article. A cette fin, dans le cadre de la négociation des accords relatifs au régime d'assurance chômage mentionnés à l'article L. 5422-20, les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel leur transmettent en temps utile un document de cadrage* ». La loi organise ainsi une délégation de la négociation du régime d’assurance chômage des intermittents aux organisations d’employeurs et de salariés représentatives de l’ensemble des professions de la production cinématographique, de l’audiovisuel et du spectacle, mentionnées à l’article L. 5424-20 du Code du travail. Cette négociation « *décentralisée* »²⁸⁶⁸ au niveau du secteur est une procédure « *inédite* »²⁸⁶⁹ puisque la négociation des règles d’assurance chômage relève habituellement des seules organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel, en application des articles L. 5422-20

²⁸⁶⁶V. Hortense ARCHAMBAULT, Jean-Denis COMBREXELLE et Jean-Patrick GILLE, « *Bâtir un cadre stabilisé et sécurisé pour les intermittents du spectacle* », Rapport, 7 janv. 2015.

²⁸⁶⁷V. L. n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l’emploi (préc.), art. 34 à 37 ; Dirk BAUGARD, « Le régime d’assurance chômage des intermittents du spectacle », *Dr. soc.* 2015, p.915 ; Christophe WILLMANN, « Le régime des intermittents du spectacle, par petites touches », *JCP S* 2015, 1357.

²⁸⁶⁸Dirk BAUGARD, *op. cit.*, p.917.

²⁸⁶⁹Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l’emploi, n°2792, Ass. Nat., 21 mai 2015, p.340.

et suivants du Code du travail²⁸⁷⁰. Toutefois, afin de respecter les principes de la solidarité interprofessionnelle, cette délégation fait l'objet d'un encadrement par ces dernières qui transmettent un document de cadrage aux organisations du secteur préalablement à l'ouverture des négociations²⁸⁷¹. Enfin, le texte prévoit deux scénarios à l'issue des négociations : soit les organisations du secteur aboutissent à un accord respectant les objectifs et délais fixés dans le document de cadrage et les règles ainsi définies sont alors automatiquement reprises dans les accords d'assurance chômage négociés au niveau interprofessionnel, soit un tel accord ne peut être conclu et le niveau interprofessionnel reprend alors la main en fixant lui-même les règles applicables aux intermittents du spectacle dans le respect des règles générales applicables aux ANI d'assurance chômage²⁸⁷².

516. Interrogation. La formule consacrée par l'article L. 5424-22, II, visant les organisations d'employeurs et de salariés « *représentatives de l'ensemble des professions mentionnées à l'article L. 5424-20 [du Code du travail]* » a pu poser question, y compris aux rédacteurs du texte eux-mêmes. Si les professions mentionnées à l'article L. 5424-20 du Code du travail recouvrent « *les professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel ou du spectacle* », une difficulté apparaît dans la détermination des organisations représentatives. En effet, la représentativité doit s'apprécier au niveau de « *l'ensemble des professions* » selon les termes de la loi, ce qui situe cette appréciation au-delà du niveau de la branche. Les rédacteurs se sont dès lors posés la question de savoir comment il convenait d'identifier les organisations devant participer à la négociation décentralisée²⁸⁷³. Si du côté des salariés, les sections des centrales syndicales consacrées au spectacle vivant et représenté semblaient désignées, du côté patronal les rédacteurs du texte ne pouvaient que constater « *qu'aucun syndicat des employeurs du secteur n'est membre des grandes organisations patronales* »²⁸⁷⁴. Un amendement a dès lors proposé que les organisations soient identifiées par un arrêté ministériel mais cette solution n'a finalement pas été retenue car cet arrêté aurait dû s'appuyer sur un calcul de représentativité pour toutes les branches concernées qui n'existait pas et qui

²⁸⁷⁰V. étude 180 supra.

²⁸⁷¹L'article L. 5424-22 du Code du travail dispose que le document précise les objectifs de la négociation en ce qui concerne la trajectoire financière et le respect de principes généraux applicables à l'ensemble du régime d'assurance chômage. Suite à l'adoption de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, l'article indique en outre que le document de cadrage propre au secteur respecte les objectifs et la trajectoire financière définis dans le document de cadrage général, mentionné à l'article L. 5422-20-1 du Code du travail, transmis par le Premier ministre aux organisations interprofessionnelles (V. supra note n°1526). Le document fixe, enfin, le délai dans lequel cette négociation doit aboutir.

²⁸⁷²V. C. trav., art. L. 5424-22, II, al. 3.

²⁸⁷³V. Rapport Sirugue préc., pp.346-348.

²⁸⁷⁴Jean-Patrick GILLE, in Rapport Sirugue préc., p.347.

aurait de ce fait nécessité un processus trop long aux yeux des rédacteurs, pressés de voir les négociations démarrer au plus tôt compte tenu du climat social²⁸⁷⁵. Par ailleurs des risques de contentieux existaient sur un arrêté de ce type, en l'absence de critères objectivement définis pour une appréciation de la représentativité à ce niveau²⁸⁷⁶. Face à la complexité de la question, le ministre du Travail d'alors, François Rebsamen, a finalement proposé de recourir à une « *forme de reconnaissance mutuelle* » qui semblait « *s'être établie* »²⁸⁷⁷ au sein du secteur et donc de ne pas légiférer davantage sur ce point.

517. Réponse. L'urgence à répondre à la crise sociale des intermittents du spectacle a donc incité le législateur à laisser le secteur démarrer cette nouvelle forme de négociation malgré les questions qu'elle soulevait²⁸⁷⁸. Premièrement, le caractère subsidiaire de l'intervention des organisations interprofessionnelles dans la définition des règles d'indemnisation des intermittents du spectacle pouvait laisser croire que le cadre habituel de la négociation de la convention d'assurance chômage au niveau national et interprofessionnel était remis en question et inversement que la liberté de négociation sectorielle reconnue par la loi était entravée par le cadrage de ces mêmes organisations interprofessionnelles²⁸⁷⁹. Deuxièmement, la délégation de compétence prévue pour définir les règles des annexes VIII et X soulevait, comme nous venons de le voir, l'épineuse question de la détermination exacte des

²⁸⁷⁵*Ibidem*.

²⁸⁷⁶*Ibid*.

²⁸⁷⁷François REBSAMEN, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, in Rapport Sirugue préc., p.348.

²⁸⁷⁸Les organisations du secteur sont parvenues à un premier accord le 28 avril 2016 (V. Accord professionnel du 28 avril 2016 relatif à l'indemnisation du chômage dans les branches du spectacle).

²⁸⁷⁹Arguments toutefois évincés par le Conseil d'Etat dans son avis consultatif sur le projet de loi. Le Conseil d'Etat a estimé, en effet, que l'existence de règles d'assurance chômage spécifiques pour les intermittents du spectacle prévues dans le projet de loi ne portait pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi, ni au principe d'égalité devant les charges publiques. Par ailleurs, le Conseil a estimé que le système de négociation collective « à deux niveaux » du régime d'assurance chômage des intermittents était suffisamment encadré par la loi qui soumet la subdélégation entre le niveau interprofessionnel et le niveau professionnel au respect des principes généraux applicables à l'ensemble des bénéficiaires du régime d'assurance chômage et au respect d'une trajectoire financière, fixés dans un document de cadrage, sans pour autant que le caractère contraint des négociations qui en résulte ne porte une atteinte excessive à la liberté contractuelle des organisations du spectacle. De même, l'obligation faite aux partenaires sociaux interprofessionnels de reprendre dans l'ANI d'assurance chômage les règles spécifiques négociées par les organisations du spectacle est justifié, selon le Conseil d'Etat, dès lors que ces règles doivent respecter les orientations fixées par le document de cadrage élaboré au niveau interprofessionnel et que cette retranscription permet de donner un plein effet à l'accord sectoriel (V. CE, avis sur un projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, n°389926, 16 avr. 2015).

organisations déléguées, en l'absence de critères d'appréciation de la représentativité au niveau de l'ensemble des professions du spectacle clairement établis²⁸⁸⁰.

La réponse, non unanime, à cette dernière question a été donnée à l'occasion des débats préalables à l'adoption de la loi dite « loi CAP » du 7 juillet 2016²⁸⁸¹. Ayant pour objectifs de consacrer légalement la liberté de création artistique, de moderniser les règles de protection du patrimoine classé et de développer la qualité architecturale, le projet de loi fait l'objet de plusieurs amendements, déposés lors des discussions en première lecture au Sénat, visant à traiter la question de la représentativité des organisations du spectacle. Un premier amendement sénatorial prévoyant la remise, dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, d'un rapport sur « *la situation du dialogue social et de la représentativité des négociateurs professionnels du secteur du spectacle vivant et enregistré* » est adopté avec l'avis favorable du gouvernement²⁸⁸². Cette avancée ne paraît pas toutefois constituer, de l'aveu même de ses promoteurs, « *une réponse suffisante au problème soulevé par la représentativité des négociateurs professionnels dans le domaine du spectacle vivant, compte tenu de l'imminence de l'ouverture des négociations sur la nouvelle convention d'assurance chômage* »²⁸⁸³. De ce fait, un deuxième amendement sénatorial proposant d'intégrer les organisations professionnelles d'employeurs du spectacle vivant et enregistré dans le champ de la représentativité nationale et multi-professionnelle est présenté²⁸⁸⁴. L'amendement prévoit en effet d'insérer après les mots « *économie sociale et solidaire* », les mots « *soit du secteur du spectacle vivant et représenté* » au 2° de l'article L. 2152-2 du Code du travail qui liste, comme nous l'avons précédemment indiqué, les secteurs concernés par le nouveau niveau de représentativité patronale. A l'appui de cette proposition prévoyant « *la création d'un quatrième champ multiprofessionnel du spectacle* », la sénatrice Sylvie Robert indique que « le

²⁸⁸⁰Un rapport devant le Sénat a soulevé également la question du régime juridique de l'accord conclu par les organisations représentatives de l'ensemble des professions du spectacle, à laquelle le ministère du Travail aurait répondu qu'il s'agissait d'un « *accord sui generis obéissant à des règles spécifiques* » (Catherine PROCACCIA, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, n°501, Sénat, 10 juin 2015, p.169). Cette position du ministère, non explicitée, et laissant supposer qu'il conviendrait de faire application de règles spéciales inconnues et non des dispositions applicables aux accords collectifs a laissé, à juste titre, la doctrine songeuse (V. Dirk BAUGARD, « Le régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle », *Dr. soc.* 2015, p.915 et spéc. p.918).

²⁸⁸¹L. n°2016-925 du 7 juil. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF 8 juil. 2016.

²⁸⁸²Amendement n°109 rectifié, présenté par M. Assouline, Mmes Blondin, Monier et S. Robert, M. Guillaume et les membres du groupe socialiste et républicain, adopté en séance le 12 février 2016 (V. JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2746).

²⁸⁸³Sylvie ROBERT, Sénat, 12 fév. 2016, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2746. Nous rappelons que le premier accord sectoriel issu du dispositif de la loi du 17 août 2015 a été conclu le 28 avril 2016 (V. supra note n°2878).

²⁸⁸⁴Amendement déposé le 21 janvier 2016 par M. Assouline, Mmes Blondin, Monier, Robert et les membres du Groupe socialiste et républicain. Présenté sous le numéro 110 rectifié en séance du vendredi 12 février 2016.

champ du spectacle est aujourd'hui un niveau de négociation hybride, car le législateur ne connaît que trois niveaux de représentativité : la branche professionnelle, le niveau multiprofessionnel et le niveau interprofessionnel »²⁸⁸⁵. Le secteur de la culture serait dès lors, pour la parlementaire, « *le seul des secteurs professionnels à demeurer hors champ* » en étant « *représenté ni dans le champ multiprofessionnel ni dans le champ interprofessionnel* »²⁸⁸⁶ ... Cette proposition permettrait ainsi de « *régler la question de la représentativité patronale au niveau du champ du spectacle en lui conférant un niveau de représentativité déjà existant, mais juridiquement non sécurisé aujourd'hui* »²⁸⁸⁷. Elle aurait donc le mérite d'apporter une réponse à la question de l'identification des organisations patronales en charge de la négociation du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle - qui devraient répondre aux critères de la représentativité multi-professionnelle - tout en associant les partenaires sociaux du secteur « *plus largement, à l'ensemble des questions sociales qui les concernent* »²⁸⁸⁸. L'amendement est adopté en séance du 12 février 2016 contre l'avis de la commission culture, dont le rapporteur estime que l'on ne peut assimiler les organisations du spectacle vivant aux organisations multi-professionnelles telles que la FNSEA, l'UNAPL et l'UDES²⁸⁸⁹, mais également contre l'avis du Gouvernement qui juge préférable d'attendre les conclusions du rapport prévu par le premier amendement²⁸⁹⁰. Lors de la deuxième lecture à l'Assemblée Nationale, le Gouvernement présente à son tour un amendement visant à supprimer l'amendement adopté par le Sénat au motif que celui-ci modifie sans concertation préalable les dispositions du Code du travail et remet en cause l'équilibre trouvé dans la loi du 5 mars 2014 sur la représentativité multiprofessionnelle à la suite de l'accord conclu par les organisations d'employeurs le 30 janvier 2014²⁸⁹¹. La ministre rappelle à l'appui de cet amendement de suppression que le projet de loi prévoit une voie équilibrée en renvoyant à la remise d'un rapport dans un délai d'un an, qui permettra de s'appuyer sur une expertise approfondie sans remettre en cause d'ici là l'équilibre trouvé pour la représentativité des organisations professionnelles du spectacle²⁸⁹². Toutefois, après avoir entendu le député Jean-Patrick Gille, rapporteur du projet de loi du 5 mars 2014 et membre du groupe d'experts sur l'intermittence, évoquer une

²⁸⁸⁵Sylvie ROBERT, Sénat, 12 fév. 2016, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2747.

²⁸⁸⁶*Ibidem*.

²⁸⁸⁷*Ibid.*

²⁸⁸⁸*Idem*, p.2748.

²⁸⁸⁹V. Jean-Pierre LELEUX, Sénat, 12 fév. 2016, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2748.

²⁸⁹⁰V. Audrey AZOULAY, ministre de la Culture, Sénat, 12 fév. 2016, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2748.

²⁸⁹¹Amendement n°400 rectifié présenté par le Gouvernement, déposé le 21 mars 2016.

²⁸⁹²V. Audrey AZOULAY, ministre de la Culture, Ass. Nat., 22 mars 2016, 1^{ère} séance, JOAN, 23 mars 2016, p.2287. Nous rappelons que le ministre du Travail François Rebsamen avait proposé, lors du vote de la loi du 17 août 2015, de s'en remettre, au moins dans un premier temps, à une forme de reconnaissance mutuelle qui semblait s'être établie au sein du secteur (V. étude 516 supra).

« *analogie* »²⁸⁹³ entre le secteur du spectacle vivant et enregistré et d'autres secteurs tels que l'ESS, les professions libérales et l'agriculture, l'Assemblée nationale entérinera à son tour la création immédiate de ce quatrième champ multi-professionnel, sans attendre les conclusions du rapport²⁸⁹⁴.

En introduisant le secteur du spectacle vivant et enregistré à l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail dans l'objectif premier de sécuriser la représentativité des organisations d'employeurs amenées à négocier les règles d'indemnisation spécifiques d'assurance chômage des intermittents du spectacle, l'article 42 de la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine est ainsi venue le modifier le périmètre initial de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle, que le législateur de 2014 avait pourtant souhaité expressément limiter...

518. Organisation. Identifiée comme l'organisation patronale gérant les questions sociales communes aux branches du secteur - dont la négociation de l'assurance chômage des intermittents - lors des débats parlementaires de la loi CAP²⁸⁹⁵, la FESAC (Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma) a été fondée en 1998 et réunit des organisations professionnelles du spectacle vivant (danse, musique, théâtre...), de la radiodiffusion et de la télédiffusion, de la production audiovisuelle et cinématographique, de l'édition phonographique et de la prestation technique²⁸⁹⁶. Elle remplit les conditions requises par l'article L. 2152-2 du Code du travail et est, à ce titre, l'unique organisation patronale reconnue représentative au national et multi-professionnel dans le secteur du spectacle vivant et enregistré²⁸⁹⁷.

ii) La sortie des professions libérales

519. Alliance. Avant même l'achèvement du premier cycle de mesure de l'audience des organisations d'employeurs et la publication des premiers arrêtés de représentativité pris en

²⁸⁹³Jean-Patrick GILLE, Ass. Nat., 22 mars 2016, 1^{ère} séance, JOAN, 23 mars 2016, p.2287.

²⁸⁹⁴L'amendement du Gouvernement n°400 rectifié est rejeté et le texte issu de l'amendement sénatorial est adopté par les députés (V. Ass. Nat., 22 mars 2016, 1^{ère} séance, JOAN, 23 mars 2016, pp.2287-2288).

²⁸⁹⁵V. Sylvie ROBERT, Sénat, 12 fév. 2016, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2747 ; Jean-Patrick GILLE, Ass. Nat., 22 mars 2016, 1^{ère} séance, JOAN, 23 mars 2016, p.2288.

²⁸⁹⁶<https://fesac.fr>

²⁸⁹⁷V. Arr. du 18 oct. 2017 (JORF, 24 oct. 2017) et du 14 fév. 2022 (JORF, 25 mars 2022) fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multiprofessionnel dans le secteur du spectacle vivant et enregistré.

application de la loi du 5 mars 2014, les professions libérales vont rejoindre l'interprofession par le jeu d'une alliance patronale, excluant par là-même la possibilité pour l'UNAPL de candidater au niveau national et multi-professionnel.

En effet, le 17 novembre 2016, l'UPA et l'UNAPL actent un rapprochement en fondant l'Union des entreprises de proximité (U2P)²⁸⁹⁸. Sur un plan technique, l'UPA modifie ses statuts afin d'accueillir une nouvelle composante et l'UNAPL adhère de son côté à l'UPA, qui devient ainsi l'U2P²⁸⁹⁹. La « nouvelle » union - qui déclare être constituée désormais de quatre composantes (CAPEB, CNAMS, CGAD et UNAPL) et fédérer plus de 120 organisations professionnelles nationales²⁹⁰⁰ - souhaite dès lors présenter sa candidature à la représentativité au niveau national et interprofessionnel, dans le cadre du premier cycle de mesure de l'audience effectué en application de la loi du 5 mars 2014, en actant cette alliance. Or, en application de l'article R. 2152-9 du Code du travail, les adhésions prises en compte dans la mesure de l'audience des organisations d'employeurs candidates à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel devaient être rendues publiques avant le 31 décembre 2015 pour l'établissement de la représentativité en 2017, ce qui excluait de prime abord la prise en compte des effectifs de l'UNAPL²⁹⁰¹. Interrogée à ce sujet, la DGT a toutefois entériné la possibilité pour l'U2P de présenter sa candidature face au MEDEF et à la CPME, en tenant compte des effectifs de l'UNAPL, en considérant que l'alliance des artisans et des professions libérales devait être analysée comme un regroupement d'organisations professionnelles au sens de

²⁸⁹⁸V. « 2,3 millions d'entreprises, l'Union des entreprises de proximité - U2P -, première force patronale du pays », communiqué de presse UPA et UNAPL, 18 nov. 2016.

²⁸⁹⁹V. communiqué préc.

²⁹⁰⁰*Ibidem*.

²⁹⁰¹Nous rappelons que pour respecter les échéances courant depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, la loi du 5 mars 2014 avait prévu que la première mesure de l'audience des organisations d'employeurs serait réalisée en 2017 (V. étude 380 supra). L'arrêté du 26 octobre 2016, pris en application de l'article R. 2152-12 du Code du travail relatif aux modalités de dépôt des candidatures à la représentativité patronale, avait ainsi fixé la période de dépôt des candidatures du 12 juillet 2016 à 12 heures au 16 décembre 2016 à 12 heures pour les organisations souhaitant voir établir leur représentativité au niveau national et interprofessionnel en 2017 (V. Arr. du 26 oct. 2016 modifiant l'arrêté du 13 juillet 2016 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2017, JORF 27 oct. 2016). Toutefois, conformément aux dispositions de l'article R. 2152-9 du Code du travail, les organisations candidates ne pouvaient faire état que des adhésions rendues publiques par tout moyen avant le 31 décembre précédant l'année de déclaration de candidature, soit le 31 décembre 2015 pour les déclarations de candidature effectuées en application de l'arrêté du 26 octobre 2016 précité, ce qui excluait la prise en compte de l'adhésion de l'UNAPL à l'UPA rendue publique le 18 novembre 2016.

l'article R. 2151-1 du Code du travail et non comme une simple adhésion de l'UNAPL à l'UPA²⁹⁰², ce que le Conseil d'Etat sera par la suite amené à confirmer²⁹⁰³.

520. Conséquences. Se réjouissant d'avoir enfin rejoint « *la cour des grands* »²⁹⁰⁴, l'UNAPL bascule dans le champ interprofessionnel en devenant membre de l'U2P, qui voit sa représentativité reconnue à ce niveau par arrêté du 22 juin 2017²⁹⁰⁵. Le législateur va toutefois tirer une conclusion radicale de ce regroupement en modifiant à nouveau le périmètre de reconnaissance de la représentativité nationale et multi-professionnelle défini dans la loi du 5 mars 2014. En effet, en ralliant une organisation reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel, l'UNAPL ne pouvait plus justifier de la condition requise par l'article L. 2152-2, 2° du Code du travail pour candidater à la représentativité au niveau national et multi-professionnel, à savoir d'être représentative directement ou par le biais de ses organisations adhérentes dans au moins dix conventions collectives relevant du secteur des professions libérales « *et ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs au niveau national et interprofessionnel* ». Or, le législateur va déduire de cette nouvelle situation de l'UNAPL que les professions libérales dans leur ensemble devaient être retirées de la liste des secteurs concernés par la reconnaissance de représentativité au niveau national et multi-professionnel.

521. Raisonnement législatif. Le retrait des professions libérales est acté par l'article 3 de l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre

²⁹⁰²L'article R. 2151-1 du Code du travail, dans sa dernière version issue du décret du 20 octobre 2016 (V. étude 399 supra), prévoit qu'une organisation professionnelle d'employeurs issue du regroupement d'organisations professionnelles d'employeurs préexistantes peut se prévaloir de l'ensemble des éléments démontrant l'audience et l'influence de ces dernières, ainsi que de l'ancienneté acquise antérieurement au regroupement par la plus ancienne de ces dernières dans le champ professionnel et géographique correspondant au niveau pour lequel la représentativité est demandée. En considérant la création de l'U2P comme un regroupement de l'UPA et de l'UNAPL, les dispositions de l'article R. 2151-1 du Code du travail ont ainsi permis à la DGT de prendre en compte les effectifs de l'UNAPL sans se soucier du fait que cette dernière n'ait pas déclaré son adhésion avant le 31 décembre 2015 et donc permis à la nouvelle union de candidater à la mesure de sa représentativité au niveau national et interprofessionnel en 2017 (V. *Liaisons soc. quotidien - L'actualité*, n°17226, 15 fév. 2017).

²⁹⁰³Saisi en référé sur l'exécution de l'arrêté du 5 mai 2017 relatif au dépôt de candidature pour les élections aux mandats prud'homaux 2018-2021 (V. supra note n°2366), le Conseil d'Etat a considéré « *qu'en regardant le rapprochement opéré entre l'UPA et l'UNAPL, lequel ne constitue pas une simple adhésion au sens des articles R.2152-8 et R.2152-9 du code du travail dès lors qu'il a nécessité une modification statutaire, comme un "regroupement" au sens des dispositions de l'article R.2151-1 du même code, l'arrêté attaqué [...] n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux sur sa légalité* » (CE, Juge des référés, 7 juil. 2017, n°410460, inédit au recueil Lebon).

²⁹⁰⁴Michel CHASSANG, Président de l'UNAPL, AEF info, n°567580, 1^{er} sept. 2017.

²⁹⁰⁵V. Arr. du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, JORF, 30 juin 2017.

de la négociation collective²⁹⁰⁶ qui dispose : « *Au troisième alinéa de l'article L. 2152-2 du même code [Code du travail], les mots : " soit des professions libérales définies à l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, " sont supprimés* ».

L'étude d'impact du projet de loi d'habilitation nous éclaire sur le raisonnement suivi par le législateur.

Après avoir rappelé que l'article L. 2152-2 du code du travail subordonne, dans son 2°, la représentativité d'une organisation candidate au niveau national et multiprofessionnel « *au fait qu'elle soit représentative ou qu'elle dispose d'organisations professionnelles d'employeurs adhérentes représentatives dans au moins dix conventions collectives relevant d'un des quatre secteurs ouverts à une candidature au niveau national et multiprofessionnel (professions libérales, agriculture, économie sociale et solidaire, spectacle vivant et enregistré)* », l'étude d'impact indique : « *La constitution de l'union des entreprises de proximité (U2P), du fait de la jurisprudence " Michelin ", fait basculer les branches dans lesquelles l'union nationale des professions libérales (UNAPL) dispose d'adhérents dans le champ de l'interprofession. Une organisation professionnelle candidate au niveau national et multiprofessionnel pour le secteur des professions libérales ne peut donc plus se prévaloir de l'adhésion d'organisations professionnelles représentatives dans ces branches pour établir sa représentativité au niveau national et multiprofessionnel* »²⁹⁰⁷.

On ne peut que souscrire, à tout le moins dans un premier temps, à ce raisonnement. Effectivement, en utilisant a contrario la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 mars 2005²⁹⁰⁸, les branches dans lesquelles l'organisation patronale représentative vient à adhérer à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel entrent dans le champ de l'interprofession. Ainsi, en se ralliant à l'UPA pour constituer l'U2P, reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel, l'UNAPL fait basculer dans le champ de l'interprofession les branches dans lesquelles elle est directement représentative mais également celles dans lesquelles ses organisations adhérentes sont représentatives. Une organisation professionnelle du secteur des professions libérales ne pourrait plus dès lors candidater au niveau national et multi-professionnel en se prévalant de sa représentativité directe ou indirecte dans ces branches - ou dans ces « *conventions collectives* » pour reprendre

²⁹⁰⁶JORF, 23 sept. 2017.

²⁹⁰⁷Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Ass. Nat., 27 juin 2017, pp.61-62.

²⁹⁰⁸V. étude 207 supra.

les termes exacts de l'article L. 2152-2, 2° du Code du travail - puisque ces dernières relèvent désormais du « *champ couvert par les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* ».

Toutefois, en concluant à la nécessité de légiférer à nouveau sur la définition des secteurs concernés par la représentativité nationale et multi-professionnelle, dans l'objectif de « *supprimer le secteur des professions libérales dans la liste des secteurs couverts par le niveau national et multiprofessionnel, dans la mesure où la constitution de l'U2P implique que les professions libérales relèvent dorénavant de l'interprofessionnel* »²⁹⁰⁹, l'étude d'impact n'a-t-elle pas tiré une conclusion trop hâtive ? En effet, une autre organisation que l'UNAPL, la CNPL, a revendiqué sa représentativité dans le secteur des professions libérales, qui lui a d'ailleurs été reconnue par le juge administratif sous l'empire du droit antérieur²⁹¹⁰. Or, en retirant les professions libérales de la liste des secteurs visés par la représentativité nationale et multi-professionnelle au motif que l'UNAPL et ses adhérents ont rejoint le champ interprofessionnel, le législateur obère toute tentative de la CNPL, voire d'une autre organisation qui viendrait à se créer dans ce secteur, de candidater à une telle représentativité. La CNPL avait d'ailleurs soulevé la question avant l'intervention de l'ordonnance du 22 septembre 2017 en attaquant à titre subsidiaire l'arrêté du 5 mai 2017 relatif à l'organisation des élections prud'homales²⁹¹¹ au motif que ce texte méconnaissait les dispositions de l'article L. 2152-2 du code du travail, « *dès lors que l'adhésion de l'UNAPL, organisation professionnelle, à l'organisation interprofessionnelle U2P, a conduit à soustraire du calcul de la représentativité de la CNPL au niveau multi-professionnel certaines organisations, au motif qu'elles ne pouvaient être comptabilisées qu'au niveau interprofessionnel, alors qu'il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire qu'une telle adhésion placerait les autres organisations représentant la ou les mêmes branches au niveau interprofessionnel* »²⁹¹². Le Conseil d'Etat, statuant en référé, a toutefois rejeté la requête en considérant que si l'article L. 1441-4 du Code du travail utilise les données relatives à l'audience recueillies pour les besoins de l'appréciation de la représentativité patronale, pour déterminer le nombre de sièges attribués aux organisations d'employeurs dans les conseils de prud'hommes²⁹¹³, cet article fixe des règles

²⁹⁰⁹Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Ass. Nat., 27 juin 2017, p.64.

²⁹¹⁰V. étude 511 supra.

²⁹¹¹V. arr. du 5 mai 2017 portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes et calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2018-2021, JORF, 10 mai 2017 (V. supra note n°2903).

²⁹¹²Requête de la CNPL, enregistrée sous le n°410842 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 24 mai 2017.

²⁹¹³V. supra note n°2366.

propres au calcul du nombre de sièges qui se distinguent de celles relatives à la représentativité au niveau national et interprofessionnel ou multi-professionnel et que, dès lors, le moyen soulevé par la CNPL sur la méconnaissance par l'arrêté du 5 mai 2017 de l'article L. 2152-2 du Code du travail « *au motif que l'adhésion de l'UNAPL à l'U2P aurait conduit à soustraire certaines organisations du calcul de la représentativité de la CNPL au niveau multi-professionnel [n'est pas] de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute sérieux sur sa légalité* »²⁹¹⁴. Certes, le juge administratif a pu contourner, à juste titre, le problème en considérant que l'article L. 1441-4 du Code du travail obéit à sa propre logique et que le fait qu'il se réfère à l'audience patronale n'a pas pour effet d'assimiler ses dispositions à celles régissant la représentativité au niveau national interprofessionnel ou multi-professionnel. Pour autant, la formulation de la requête de la CNPL mérite toute notre attention. Comme le soutient l'organisation, il ne résultait en effet d'aucune disposition législative ou réglementaire que l'adhésion de l'UNAPL plaçait les autres organisations représentatives dans les mêmes branches que cette dernière au niveau interprofessionnel... Il convient de rappeler, à ce propos, que dans l'arrêt Michelin la branche du caoutchouc et des polymères est exclue du champ d'application de l'ANI étendu car l'unique organisation représentative dans la branche n'adhère pas à une confédération interprofessionnelle signataire du texte étendu, à défaut de l'avoir signé elle-même. Or, qu'en était-il au cas d'espèce où la CNPL pouvait se targuer d'une représentativité reconnue précédemment par le Conseil d'Etat dans le champ des professions libérales au même titre que l'UNAPL et disposait, elle aussi, d'adhérents représentatifs dans ces branches ? C'est probablement pour éviter ce genre de questions que le législateur tire une conclusion radicale en considérant, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, que « *la constitution de l'U2P implique que les professions libérales relèvent dorénavant de l'interprofessionnel* ».

Mais la conservation en l'état de l'article L. 2152-2, 2° du Code du travail n'aurait-elle pas permis de régler le problème ? En effet, selon le texte, le champ interprofessionnel prend l'ascendant sur le champ multi-professionnel puisque les dix conventions collectives servant de périmètre à l'appréciation de la représentativité au niveau multi-professionnel doivent relever d'un des quatre secteurs expressément visés, tout en « *ne relevant pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* ». La Cour administrative d'appel de Paris a d'ailleurs eu à se prononcer par la suite sur la situation d'une organisation adhérente à la fois à une organisation multi-

²⁹¹⁴CE, Juge des référés, 7 juil. 2017, n°410460, inédit au recueil Lebon.

professionnelle et à une organisation interprofessionnelle et a considéré, au visa de l'article L. 2152-2, 2°, que cette organisation devait être prise en compte au titre de l'appréciation de la représentativité au niveau national et interprofessionnel et non au titre de l'appréciation de la représentativité au niveau national et multi-professionnel²⁹¹⁵. Cette décision qui visait l'adhésion, après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, de la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP) et de NEXEM²⁹¹⁶, représentatives dans le champ de conventions collectives relevant de l'économie sociale et solidaire, à la CPME reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel a permis de trancher la question en faveur du champ interprofessionnel comme le permet la rédaction de l'article L. 2152-2, 2° et sans pour autant soulever à nouveau la question des secteurs visés par la représentativité nationale et multi-professionnelle. Il est vrai que la CNPL étant elle-même adhérente de la CPME²⁹¹⁷, ses organisations adhérentes sont comptabilisées au niveau interprofessionnel et elle n'aurait pu dès lors s'en prévaloir pour présenter sa candidature au niveau national et multi-professionnel comme l'a confirmé le juge administratif pour les organisations de branche de l'économie sociale et solidaire qui ont rejoint l'interprofession. Malgré tout, cet empressement à retirer du champ légal de la représentativité nationale et multi-professionnelle le secteur des professions libérales dans son ensemble en raison de la création de l'U2P laisse à penser que le législateur n'avait pris en compte que la situation de l'UNAPL lors de la création de ce nouveau niveau de représentativité ...

B. Un objectif précis assigné à la représentativité nationale et multi-professionnelle

522. La création de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel constitue en réalité une réponse à la situation de certaines organisations (1) mais avec une finalité limitée (2).

²⁹¹⁵V. CAA Paris, 5 déc. 2022, n°s 22PA00280, 22PA00294 (V. études 433 et 499 supra).

²⁹¹⁶NEXEM est adhérente de l'UDES (V. supra note n°2852).

²⁹¹⁷V. <https://www.cpme.fr>

1- La réponse à la situation de certaines organisations

523. Une représentation patronale figée. Nous avons vu que le législateur de 2014 avait souhaité cantonner le nouveau niveau de représentativité patronale à certains secteurs « hors champ » choisis en raison de leur importance économique et sociale au plan national²⁹¹⁸. Toutefois, bien que l'article L. 2152-2 du Code du travail vise expressément ces secteurs et laisse supposer que plusieurs organisations patronales qui viendraient à remplir les critères exigés pourraient candidater à la représentativité nationale et multi-professionnelle au sein de chacun d'entre eux, la loi du 5 mars 2014 ne semble pas, à notre sens, avoir envisagé cette situation. Nous avons vu en effet qu'il n'y pas de mesure directe de l'audience organisée au niveau national et multi-professionnel, ce qui sous-tend une volonté de figer la représentation patronale à ce niveau²⁹¹⁹. Ainsi, l'entrée de nouveaux postulants rendue possible par une mesure renouvelée de l'audience n'apparaît pas comme une évidence au niveau national et multi-professionnel, même si les organisations devront malgré tout présenter leur candidature tous les quatre ans en raison de la représentativité exigée de leurs adhérents ou d'elles-mêmes au niveau des dix conventions collectives.

524. Une réponse sur mesure. La création de ce nouveau niveau de représentativité correspond en réalité à la volonté du législateur d'apporter une réponse à la situation de la FNSEA, de l'UNAPL et de l'UDES, qui représentaient au-delà de la branche mais s'étaient vues refuser un accès au niveau interprofessionnel sous l'empire du droit antérieur²⁹²⁰. L'éventualité d'une adhésion de ces organisations « hors champ » à l'une des trois confédérations reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel ne semble pas avoir été envisagée comme une solution directe au problème. En effet, au-delà des principes tenant à la liberté d'adhésion syndicale, la FNSEA et l'UNAPL bénéficiaient déjà d'une reconnaissance de représentativité spécifique au niveau national - soit de la part du juge administratif, soit du législateur lui-même - puisqu'elles siégeaient à part entière, aux côtés des trois confédérations, dans de nombreuses instances dont la CNNC. L'USGERES, arrivée plus tardivement sur la scène nationale, revendiquait quant à elle une spécificité des secteurs représentés tenant notamment à la non lucrativité des activités, qui rendait difficile son adhésion aux organisations traditionnelles représentant avant tout les intérêts d'entreprises

²⁹¹⁸V. étude 505 supra.

²⁹¹⁹V. étude 494 supra.

²⁹²⁰V. supra sect. I.

« patrimoniales » ou « capitalistiques »²⁹²¹. Par ailleurs, l'importance économique et sociale grandissante de ce « tiers secteur »²⁹²² avait retenu progressivement l'attention des pouvoirs publics au point de faire de la reconnaissance de la place des représentants patronaux de l'ESS, regroupés désormais au sein d'une organisation unique à savoir l'UDES, un des sujets majeurs de la réforme de la représentativité patronale²⁹²³. Il convient de rappeler, à ce propos, que la reconnaissance légale d'un niveau de représentativité patronale spécifique au niveau national, qualifié de « multi-professionnel », a été proposée au Gouvernement par l'USGERES (devenue par la suite l'UDES) elle-même²⁹²⁴...

Enfin, en prônant un recours au consensus avant toute intervention législative sur ce point, le rapport Combrexelle avait désigné expressément les trois organisations « hors champ » appelées à négocier avec leurs homologues de l'interprofession les modalités de reconnaissance de la nouvelle représentativité²⁹²⁵, qui seront par la suite actées dans le protocole d'accord du 30 janvier 2014. Il convient de rappeler, à ce sujet, que même si ce texte ne mentionnait pas directement les secteurs concernés, il réservait les prérogatives associées au nouveau niveau de représentativité aux « *organisations nationales multi-professionnelles signataires* », c'est-à-dire la FNSEA, l'UNAPL et l'UDES²⁹²⁶.

Comme l'a souligné la plus éminente doctrine lors de la promulgation de la loi du 5 mars 2014, les nouvelles dispositions législatives ont donc été « *taillées sur mesure pour la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), l'Union nationale des professions libérales (UNAPL) et l'Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (UDES)* »²⁹²⁷, le législateur ayant en effet décidé de répondre « *à leur situation seulement* » et de cantonner pour cela de façon stricte « *le dispositif établi à leur profit* »²⁹²⁸.

525. Confirmation. Cette volonté législative de répondre à la situation particulière des organisations elles-mêmes plus que des secteurs représentés, nous semble s'être confirmée par

²⁹²¹V. en ce sens Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. pp.568-569. Nous rappelons toutefois que pour l'auteur le recours à des structures à but non lucratif n'est pas en soi déterminant de la nature de l'activité en tant qu'exercice professionnel, ce qui excluait à son sens l'existence d'une interprofession spécifique de l'économie sociale (V. études 253 et 460 supra). C'est d'ailleurs au nom d'une absence de spécificités de l'économie sociale que le juge administratif avait refusé, sous l'empire du droit antérieur, l'accès de l'USGERES à certaines instances nationales dont la CNNC (V. étude 463 supra).

²⁹²²V. supra note n°2839.

²⁹²³V. supra note n°2643.

²⁹²⁴V. études 471 et s. supra.

²⁹²⁵V. étude 480 supra.

²⁹²⁶V. études 482 et 504 supra.

²⁹²⁷Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238.

²⁹²⁸Bernard TEYSSIE, « La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 : variations sur l'efficacité », *JCP S* 2014, 1157.

la suite. En effet, comme nous venons de le voir, c'est l'alliance de l'UNAPL avec l'UPA qui provoquera la suppression des professions libérales de la liste légale des secteurs concernés par la nouvelle représentativité, nonobstant l'éventuelle existence d'autres organisations à même de revendiquer la représentation des intérêts de ces professions au niveau national. Enfin, si au trois secteurs originairement visés par l'article L. 2152-2, 2° du Code du travail le législateur est venu incidemment ajouter un quatrième secteur à l'occasion des discussions d'un projet de loi sur la culture, ce n'est que pour sécuriser la représentativité de la FESAC, expressément mentionnée dans les débats parlementaires en tant qu'organisation ayant en charge la négociation du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle²⁹²⁹.

2- Une finalité limitée

526. Question centrale. Si la création de la représentativité multi-professionnelle résulte d'une volonté du législateur de reconnaître la place de certaines organisations « hors champ » au niveau national, cette reconnaissance s'est faite, comme le soulignent les débats parlementaires de la loi du 5 mars 2014, dans l'objectif « *d'établir des relations claires avec les organisations qui relèvent du champ interprofessionnel, notamment dans le cadre de la négociation des accords nationaux interprofessionnels* »²⁹³⁰. La capacité à signer des ANI et plus généralement à participer aux négociations interprofessionnelles avait en effet été identifiée par le rapport Combrexelle comme une question centrale attachée à la définition de la représentativité patronale au niveau national. Dans son travail d'identification des différents cercles de représentation patronale au niveau national²⁹³¹, l'ancien DGT indiquait ainsi que le second cercle, composé de la FNSEA, de l'UNAPL et de l'USGERES, se caractérisait par le fait que ces organisations sont « *rarement associées aux grandes négociations interprofessionnelles* » et que leur « *capacité à signer des accords interprofessionnels n'a jamais été clairement définie ni par la loi ni par la jurisprudence* »²⁹³². Cette question redoublait d'intensité, comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007 qui a institutionnalisé la place de l'ANI et donc des organisations signataires dans l'élaboration des réformes en droit du travail²⁹³³.

²⁹²⁹V. étude 518 supra.

²⁹³⁰Philippe ARMAND MARTIN, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

²⁹³¹V. étude 476 supra.

²⁹³²Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.23.

²⁹³³V. notamment étude 447 supra, *adde* rapport Combrexelle préc., pp.34-35.

527. Propositions. Prenant acte du refus du ministère du Travail de reconnaître la qualité d'accords interprofessionnels aux textes qu'elle signait²⁹³⁴ mais également du refus du juge administratif de lui concéder une représentativité au niveau national et interprofessionnel, l'USGERES avait assorti sa proposition de créer une représentativité spécifique de conséquences sur un plan juridique. Selon l'union, l'octroi de la représentativité au niveau national et multi-professionnel devait, notamment, permettre aux organisations représentatives de participer à la délégation patronale en amont des négociations nationales interprofessionnelles, afin de donner leur avis sur les textes en discussion et de formuler des propositions. Elles devaient également être autorisées à désigner un représentant siégeant dans les négociations interprofessionnelles en qualité d'observateur²⁹³⁵. Comme nous l'avons précédemment indiqué, l'UNAPL, qui s'était vu officiellement interdire de participer au processus de l'article L.1 du Code du travail par le juge administratif, mais également la FNSEA, qui par déduction connaissait le même sort²⁹³⁶, se sont rangées aux propositions de l'USGERES, devenue entre-temps l'UDES, dans une position commune qui servira de base aux négociations du protocole d'accord du 30 janvier 2014²⁹³⁷. Or, le protocole a retenu ces propositions en les renforçant. Non seulement une réunion des organisations interprofessionnelles avec chacune des organisations multi-professionnelles a été prévue préalablement à l'ouverture de toute négociation nationale interprofessionnelle susceptible de conduire à la conclusion d'un accord dont la mise en œuvre nécessiterait des aménagements législatifs ou un élargissement par un acte administratif, dans le but de les informer des objectifs poursuivis et de recueillir leurs éventuelles observations (cette procédure devant être renouvelée préalablement à la conclusion de tout ANI issu de ces négociations), mais les parties signataires ont par ailleurs exprimé le souhait que les trois organisations multi-professionnelles représentatives au niveau national soient consultées par les pouvoirs publics avant la transposition législative d'un ANI²⁹³⁸. Sur ce dernier point, les signataires se sont appuyés sur les propositions du rapport Combrexelle d'organiser une consultation spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics préalablement à l'élaboration du projet de loi de transposition d'un ANI conclu en application de l'article L. 1 du Code du travail,

²⁹³⁴Nous rappelons que le ministre du Travail avait refusé de reconnaître la qualité d'accords interprofessionnels aux accords signés par l'USGERES et l'UNAPL, à l'occasion de leur extension (V. supra sect. I).

²⁹³⁵V. étude 473 supra.

²⁹³⁶V. étude 453 supra.

²⁹³⁷V. étude 481 supra.

²⁹³⁸V. étude 482 supra.

afin d'éclairer le Gouvernement sur la position de ces organisations dans l'exercice d'élaboration de la loi²⁹³⁹.

528. Reprise législative. Ces propositions sont en partie reprises par le législateur dans un article spécifique qui est intégré dans la section relative à la représentativité au niveau national et multi-professionnel. Le nouvel article L. 2152-3 du Code du travail, issu de la loi du 5 mars 2014, dispose ainsi : « *Préalablement à l'ouverture d'une négociation nationale et interprofessionnelle, puis préalablement à sa conclusion, les organisations professionnelles d'employeurs représentatives à ce niveau informent les organisations représentatives au niveau national et multi-professionnel des objectifs poursuivis par cette négociation et recueillent leurs observations* ». A la lecture du texte, ce sont donc toutes les négociations nationales interprofessionnelles qui donneront lieu à une information des organisations représentatives au niveau national et multi-professionnel sur les objectifs poursuivis, ces dernières étant invitées à formuler ensuite leurs éventuelles observations. L'article ne reprend pas en effet la précision de l'article 2 du protocole réservant l'information des organisations multi-professionnelles aux négociations nationales interprofessionnelles « *susceptible(s) de conduire à la conclusion d'un accord dont la mise en œuvre nécessiterait des aménagements législatifs ou un élargissement par un acte administratif* ». La négociation d'un ANI n'appelant aucune modification législative pour être applicable ou ayant vocation à ne concerner que le champ interprofessionnel, à défaut d'élargissement envisagé, est donc visée. Le texte ne distingue pas davantage entre la négociation d'un ANI autonome ou d'un ANI délégué²⁹⁴⁰. La négociation des accords post-législatifs de protection sociale complémentaire et celle des accords pré-législatifs conclus dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail sont donc également visées. Enfin, si l'on veut bien tenir compte de la classification livrée par les partenaires sociaux eux-

²⁹³⁹V. étude 479 supra. En cela, le rapport Combrexelle reprenait en quelque sorte, comme nous l'avons souligné, les promesses faites par le ministre du Travail Gérard Larcher lors de l'adoption de la loi 31 janvier 2007 d'organiser une procédure de concertation spécifique entre les pouvoirs publics et la FNSEA ou l'UNAPL sur les projets de réforme en droit du travail qui concerneraient ces secteurs (V. étude 357 supra).

²⁹⁴⁰V. supra Première partie, Titre II, Chap. I.

mêmes dans l'ANI du 14 avril 2022, ce sont toutes les productions décrites par ce texte, donnant effectivement lieu à une négociation, qui sont concernées²⁹⁴¹.

529. Procédure. Selon Pascal Caillaud, l'article L. 2152-3 du Code du travail étendrait ainsi à toutes les négociations nationales interprofessionnelles, la technique juridique déjà instituée par la loi du 24 novembre 2009 pour fixer les ressources du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels²⁹⁴².

On peut effectivement voir une similitude entre la procédure instaurée par la loi du 5 mars 2014 et celle qu'avait utilisée le législateur pour reconnaître une place aux organisations « hors champ » dans les dispositions du Code du travail relatives à la formation professionnelle²⁹⁴³. Dans les deux cas les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel ont l'obligation d'informer leurs homologues du « hors champ » et de recueillir leur avis. Toutefois, dans le dispositif instauré par la loi du 24 novembre 2009, aujourd'hui révolu, le législateur avait pris le soin de charger le pouvoir réglementaire de définir les conditions dans lesquelles l'avis des organisations « hors champ » sur l'affectation des ressources de la formation professionnelle au FPSPP devait être recueilli. Le décret du 7 décembre 2009 encadrait en effet la procédure dans des conditions de forme et de délais²⁹⁴⁴. Or, de telles précisions ne figurent pas à l'article L. 2152-3 du Code du travail, ni dans aucune disposition réglementaire d'application de la loi du 5 mars 2014. Il est dès lors permis de penser que l'information sur les objectifs poursuivis par la négociation interprofessionnelle à intervenir sera communiquée par écrit aux organisations multi-professionnelles, tout comme les observations formulées en retour par ces dernières. Ces échanges épistolaires entre organisations se renouvelleront préalablement à la conclusion des négociations que celles-ci se concrétisent par la signature d'un ANI ou d'une position commune ou débouchent au contraire sur un constat d'échec, si l'on s'en tient à la rédaction très générale de l'article L. 2152-3 du Code du travail. Mais on peut également imaginer, comme le suggère Pascal Caillaud, que des

²⁹⁴¹Dans l'article 3 de l'ANI du 14 avril 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation (V. supra note n°1766), les organisations signataires ont établi une classification des « productions de la négociation nationale interprofessionnelle et du dialogue social » en trois grandes catégories : les productions dont la vocation est d'avoir des effets de droit ayant un caractère normatif, soit directement soit après transposition législative ; les productions dont la vocation est davantage d'explicitier des positions des partenaires sociaux lorsqu'il n'est pas nécessaire de générer des effets de droit ; les diverses productions qui portent sur des expérimentations ou des innovations sociales pouvant être qualifiées « d'impulsion » et visant à inciter les partenaires sociaux à s'emparer de sujets avec une visée prospective ou expérimentale.

²⁹⁴²V. PASCAL CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc. p.222.

²⁹⁴³V. études 467 à 469 supra.

²⁹⁴⁴V. étude 468 supra.

instances *ad hoc* de dialogue et de consultation soient créées par les organisations des deux champs²⁹⁴⁵, et ce même si le législateur n'a pas formellement repris la proposition de l'UDES d'aménager un siège d'observateur pour le champ multi-professionnel dans les négociations interprofessionnelles²⁹⁴⁶.

Enfin, il convient de souligner que les pouvoirs publics avaient une place dans le dispositif instauré par la loi du 24 novembre 2009 puisque, selon le décret du 7 décembre 2009 précité, le ministre chargé de la formation professionnelle - à qui il revenait au final de fixer les ressources du FPSPP par arrêté - était destinataire des échanges entre les organisations²⁹⁴⁷. Or, les pouvoirs publics sont totalement absents dans la procédure instaurée par la loi du 5 mars 2014. Seules les relations entre les organisations patronales des deux champs y sont appréhendées. La proposition du protocole d'accord du 30 janvier 2014, elle-même reprise du rapport Combrexelle, consistant à organiser une consultation spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics avant la transposition législative d'un ANI n'a pas en effet été reprise par le législateur.

530. Constat. Comme l'a souligné la doctrine, la finalité de la représentativité multi-professionnelle est donc « *limitée* »²⁹⁴⁸. Elle réside dans les dispositions de l'article L. 2152-3 du Code du travail qui ont pour objet de régler les rapports entre le premier et le deuxième cercle de représentation patronale dans les négociations menées au niveau national et interprofessionnel. Cependant, en se bornant à évoquer cette seule conséquence juridique, la loi du 5 mars 2014 soulève un certain nombre de questions attachées à la reconnaissance de cette représentativité particulière, qu'il convient désormais de trancher...

Conclusion du chapitre I

531. La prise en compte des secteurs exclus de la négociation nationale interprofessionnelle est devenue au fil du temps une question centrale dans les réflexions sur la représentativité patronale. En effet, si sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2014,

²⁹⁴⁵V. Pascal CAILLAUD, *op. cit.*

²⁹⁴⁶Cette possibilité n'appelait pas à notre sens une intervention législative mais relève au contraire de la liberté d'organisation des négociations. Il est en effet loisible aux partenaires sociaux interprofessionnels d'inviter, sur accord unanime, toute personne ayant un statut d'observateur lors des séances de négociation.

²⁹⁴⁷V. étude 468 *supra*.

²⁹⁴⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238.

le ministère du Travail et le juge administratif avaient dû trancher en faveur d'une interprofession unique et exclure de la représentativité nationale et interprofessionnelle et des prérogatives associées certaines organisations représentatives de ces secteurs, le législateur se devait d'apporter une réponse à la question du statut des organisations « hors champ ». Adoptée sous forme d'amendement au projet de réforme de la représentativité patronale, la création de la représentativité nationale et multi-professionnelle est destinée à répondre à cette question. Circonscrite originellement à trois secteurs, puis étendue à quatre et ramenée au final à trois..., la reconnaissance de cette nouvelle représentativité, exclusivement patronale, s'adresse en réalité à des organisations bien identifiées plus qu'à des secteurs. Répondant à des critères spécifiques, la FNSEA, l'UNAPL (à l'origine), l'UDES et la FESAC voient ainsi leur place reconnue dans l'échiquier patronal mais avant tout pour régler les rapports avec leurs homologues de l'interprofession dans le jeu des négociations nationales et interprofessionnelles.

CHAPITRE II : UNE RÉPONSE INACHEVÉE AUX LIMITES DE L'INTERPROFESSION

532. La création de la représentativité multi-professionnelle, opportunément introduite lors des débats sur la réforme de la représentativité patronale, est destinée à répondre à la situation des secteurs « hors champ » et donc aux limites de l'interprofession, cantonnée aux secteurs traditionnels de l'économie par le législateur de 2014. Toutefois, le caractère restreint de cette nouvelle représentativité et les questions qu'elle laisse en suspens ne permettent pas de livrer une réponse complète aux limites de l'interprofession (**section 1**). A notre sens, la réforme de la représentativité patronale aurait dû au contraire entraîner une refonte de cette notion afin de la rendre universelle (**section 2**).

Section 1. Une réponse incomplète aux limites de l'interprofession

533. Si la loi du 5 mars 2014 permet, de prime abord, de satisfaire certaines revendications d'organisations patronales exclues jusqu'alors du dialogue social national, elle ne constitue toutefois qu'une reconnaissance « *en demi-teinte* »²⁹⁴⁹ (§ 1) et parcellaire (§ 2) du « hors champ ».

§ 1. Une reconnaissance en demi-teinte du « hors champ »

534. La reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel ne permet qu'une participation atténuée au dialogue social (A) et au paritarisme au niveau national (B).

²⁹⁴⁹Marie-Alice MEDEUF ANDRIEU, « Une représentativité patronale " à la carte " », *Dr. Soc. 2014*, p. 266 et spéc. p.268.

A. Une participation atténuée au dialogue social national

535. En introduisant le dispositif prévu à l'article L. 2152-3 du Code du travail, la loi du 5 mars 2014 a souhaité clarifier, comme nous l'avons souligné, les relations entre les organisations patronales multi-professionnelles et interprofessionnelles dans le cadre des négociations se déroulant au niveau national et interprofessionnel²⁹⁵⁰. Ce dispositif vise à répondre en pratique à certains problèmes soulevés par l'absence d'universalité de la négociation nationale et interprofessionnelle (1). Son caractère limité ne permet pas toutefois d'apporter une réponse suffisante (2).

1- Une réponse pratique à l'absence d'universalité de la négociation nationale et interprofessionnelle

536. Apport. Nous avons indiqué que l'apport essentiel de la loi du 5 mars 2014 est d'avoir défini de façon expresse les critères applicables à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs²⁹⁵¹. Pour le reste, la loi est restée muette, notamment sur les prérogatives associées à la représentativité patronale qui n'ont pas été modifiées²⁹⁵². L'article L. 2152-3 du Code du travail semble dès lors faire exception puisqu'il confère une prérogative aux organisations détentrices de la nouvelle représentativité nationale et multi-professionnelle leur permettant d'être, dans une certaine mesure, associées au déroulé des négociations nationales et interprofessionnelles. L'introduction de cet article au sein du chapitre du Code du travail consacré aux critères de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs aux différents niveaux suggère qu'il s'agit là du principal apport de la loi du 5 mars 2014 au traitement de la question du « hors champ ». L'objectif précis assigné à la reconnaissance de cette nouvelle représentativité est en effet de répondre, comme nous l'avons indiqué au chapitre précédent, à la situation de certaines organisations « hors champ » mais avec une finalité limitée au règlement des rapports entre organisations des deux champs dans le cadre des négociations nationales et interprofessionnelles.

²⁹⁵⁰V. étude 530 supra.

²⁹⁵¹V. notamment étude 439 supra.

²⁹⁵²Nous avons souligné que la loi du 5 mars 2014 avait tout au plus complété la rédaction de l'article L. 2261-19 du Code du travail en introduisant un nouvel alinéa consacrant un droit d'opposition à l'extension pour les organisations d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré (V. étude préc.).

537. Objectif. L'association des organisations multi-professionnelles aux négociations nationales et interprofessionnelles se traduit, comme nous l'avons indiqué, par une information en provenance des organisations interprofessionnelles sur les objectifs poursuivis par la négociation et le recueil de leurs observations préalablement à l'ouverture et à la conclusion de la négociation²⁹⁵³. Grâce à cette information, les organisations multi-professionnelles pourront connaître les intentions de leurs homologues de l'interprofession et formuler des observations. Cette prérogative sera très utile, notamment lorsque la négociation s'inscrit dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail et que ses résultats ont vocation à être transposés dans une loi d'application générale.

Avec le sens de la formule, le Professeur Teyssié souligne que le dialogue ainsi ouvert entre organisations « *doit permettre d'éviter froissements et crispations* »²⁹⁵⁴. En effet, dans le passé, les organisations « hors champ » n'ont pu que constater l'absence de prise en compte des particularités de leurs secteurs lors de certaines transpositions législatives d'ANI. Il en est ainsi, par exemple, des stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013 qui ont instauré une durée minimale de travail pour les salariés à temps partiel de 24 heures par semaine²⁹⁵⁵ et qui ont ensuite été fidèlement reprises par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi²⁹⁵⁶. Pour les employeurs de l'ESS, cette disposition, négociée dans le cadre interprofessionnel puis imposée à tous les secteurs économiques sans distinction lors de sa transposition législative, n'a absolument pas tenu compte des réalités de fonctionnement de certaines activités et des difficultés d'application qu'elle a pu y occasionner²⁹⁵⁷. En effet, de nombreux emplois de l'ESS ont des durées minimales inférieures à 24 heures hebdomadaires tenant à la nature même de l'activité des entreprises. Le recours aux contrats à temps partiel, voire très partiel, est par exemple structurel dans le secteur social et médico-social à but non lucratif ou l'aide à domicile

²⁹⁵³V. études 528 et 529 supra.

²⁹⁵⁴Bernard TEYSSIÉ, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

²⁹⁵⁵V. Accord national interprofessionnel, 11-01-2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 11 (V. Françoise CHAMPEAUX, « La flexisécurité à la française », *SSL* 2013, n°1568, p.2 et s.).

²⁹⁵⁶V. L. n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 12, JORF 16 juin 2013 ; Carole LEFRANC-HAMONIAUX et Evelyne SERVERIN, « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? », *RDT* 2013, p.451.

²⁹⁵⁷V. notamment Jean-Marc ENGELHARD, « Temps partiels - Un régime d'exception », *Directions* 2016, n°146, p.24 ; Linda DAOVANNARY, « Projet de loi travail : l'UDES craint une dérégulation et une prime au moins-disant », *TSA*, 23 mai 2016, <http://www.tsa-quotidien.fr>

en raison de l'activité des établissements et services²⁹⁵⁸. Le texte d'origine ayant été négocié par des organisations patronales au sein desquelles ces branches n'étaient pas représentées, un commentateur averti a pu dès lors dresser le constat suivant : « *Qui pouvait défendre du côté des organisations patronales que l'existence de temps partiels inférieurs à 24 heures au sein de ces branches n'est pas un signe de précarité mais un mode d'intervention inhérent à l'activité de certains établissements ? Personne* »²⁹⁵⁹... Certes, la loi avait prévu la possibilité de déroger à cette durée minimale en cas de demande écrite et motivée du salarié ou lorsqu'un accord de branche étendu le prévoyait moyennant certaines garanties²⁹⁶⁰. Mais de nombreuses branches de l'ESS ont dû négocier ces accords dérogatoires dans des délais très contraints - obligeant le législateur à intervenir à nouveau sur ce point dans la loi du 5 mars 2014 - afin d'adapter les dispositions légales à la réalité du fonctionnement de leurs entreprises²⁹⁶¹. Par ailleurs, la garantie octroyée aux salariés de regrouper les horaires de travail sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes en cas de dérogation à la durée minimale - préalablement instaurée par l'ANI puis reprise par la loi du 14 juin 2013 - s'est avérée difficile à mettre en œuvre au sein de certaines branches de l'ESS en raison, là encore, de la particularité

²⁹⁵⁸Les salariés des associations d'aide à domicile ou des intervenants techniques tels que des psychologues ou des ergothérapeutes en établissements médico-sociaux sont embauchés dans le cadre de contrats à temps partiel pour des quotités de travail parfois très inférieures au minimum imposé par la loi du 14 juin 2013, en raison de leurs modalités d'intervention. La problématique du financement de certains de ces emplois par des tiers extérieurs pour des durées d'intervention encadrées vient par ailleurs complexifier la situation au sein de ces structures (Sur les questions de financement : V. Robert LAFORE, « Le financement des ESSMS : un secteur en transformation, des enjeux structurels », *RDSS* 2022, p.662).

²⁹⁵⁹Dominique JOURDAN, « Temps partiel : flexibilité et sécurité pour qui ? », *SSL* 2013, n°1592, p.19 et spéc. p. 20.

²⁹⁶⁰L'ancien article L. 3123-14-3 du Code du travail, issu de la loi du 14 juin 2013, disposait qu'une convention ou un accord de branche étendu pouvait fixer une durée de travail inférieure à la durée de 24 heures s'il comportait des garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée minimale précitée. L. 3123-14-4 du même code ajoutait la condition de regrouper les horaires de travail du salarié sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, le principe est désormais inversé : l'article L. 3123-19 du Code du travail dispose que la fixation de la durée minimale de travail hebdomadaire pour les salariés à temps partiel relève en priorité d'une convention ou d'un accord de branche étendu, qui détermine des garanties associées si cette durée est inférieure à 24 heures par semaine (ou à une durée équivalente calculée mensuellement ou sur la période fixée dans le cadre d'un accord d'aménagement du temps de travail). A défaut d'une telle convention ou accord, l'article L. 3123-27 du même code fixe désormais à titre supplétif la durée minimale à 24 heures par semaine (ou à une durée équivalente calculée mensuellement ou sur la période fixée dans le cadre d'un accord d'aménagement du temps de travail).

²⁹⁶¹La loi du 5 mars 2014 dans son volet formation professionnelle et emploi a dû suspendre entre le 22 janvier 2014 (date de présentation du projet de loi au conseil des ministres) et le 30 juin 2014 l'application des dispositions de la loi du 14 juin 2013 sur la durée minimale de 24 heures, entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2014, afin d'accorder un délai supplémentaire aux branches leur permettant de mener en préalable la négociation prévue à l'article L. 3123-14-3 (anc.) du Code du travail (V. L. 5 mars 2014, art. 20, III). Fin 2015, huit branches professionnelles relevant de l'ESS avaient négocié un accord dérogatoire à la durée minimale de travail des salariés à temps partiel en application de l'ancien article L.3123-14-3 du Code du Travail : acteurs du lien social et familial ; action sanitaire et sociale ; animation ; foyers, résidences et services pour jeunes travailleurs ; mutualité de santé ; personnel des PACT (service social du logement) ; radiodiffusion et sport.

des activités, qui n'avait pu être prise en compte lors des négociations pré-législatives menées exclusivement dans le champ interprofessionnel²⁹⁶².

La consultation formelle des organisations reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel par leurs homologues interprofessionnels en amont des négociations et avant leur conclusion devrait désormais éviter ce genre de mauvaise surprise. La procédure introduite par l'article L. 2152-3 du Code du travail évite en effet aux organisations « hors champ » d'être mises devant le fait accompli lors des transpositions législatives d'ANI et apporte ainsi une réponse pratique à l'absence d'universalité de la négociation interprofessionnelle, qui empêche la présence de tous les secteurs d'activité à la table des négociations.

2- Une réponse insuffisante

538. Un dispositif insuffisant. Lors de la parution de la loi du 5 mars 2014, les organisations multi-professionnelles, et plus particulièrement l'UDES qui avait fortement œuvré pour la reconnaissance de cette nouvelle représentativité, se sont réjouies de cette avancée qui leur donnait « *un statut de partenaire dans le dialogue social national* »²⁹⁶³. La consultation prévue au nouvel article L. 2152-3 du Code du travail devait ainsi leur permettre de « *proposer et défendre leurs intérêts et spécificités dans les textes proposés à la négociation et à la signature* »²⁹⁶⁴ ou bien encore de « *faire entendre leur voix et défendre les spécificités de leur secteur dans le dialogue social national* »²⁹⁶⁵...

Or, si l'article L. 2152-3 du Code du travail garantit effectivement une certaine écoute des organisations multi-professionnelles lors des négociations interprofessionnelles, ce dispositif est apparu par la suite insuffisant pour leur permettre de peser réellement sur les termes des ANI afin d'y intégrer les spécificités de leurs secteurs. En effet, en n'étant autorisées qu'à formuler de simples observations avant l'ouverture des négociations et préalablement à leur conclusion, les organisations multi-professionnelles ne bénéficient d'aucune garantie que celles-ci soient réellement prises en compte par leurs homologues de l'interprofession. Si l'on

²⁹⁶²Notamment dans les activités d'aide à la personne qui se concentrent en général le matin au lever et le soir au coucher (V. Jean-Marc ENGELHARD, « Temps partiels - Un régime d'exception », *Directions* 2016, n°146, p.24).

²⁹⁶³Sébastien DARRIGRAND (Délégué général de l'UDES), « Les mutations de l'UDES dans le dialogue social », *JA* 2014, n°504, p.15.

²⁹⁶⁴*Ibidem*.

²⁹⁶⁵Alain CORDESSE (ancien président), *La lettre de l'UDES*, n°11, févr. 2014, p.1, <http://www.udes.fr>.

ajoute que la procédure de consultation n'est précisée par aucun texte d'application, renvoyant son organisation aux intéressés eux-mêmes²⁹⁶⁶, le processus d'association des organisations multi-professionnelles demeure relativement flou. Dès 2016, l'UNAPL, l'UDES et la FNSEA ont donc écrit au Premier ministre pour demander une évolution du dispositif consistant à avoir un représentant présent lors des négociations interprofessionnelles, comme l'avait suggéré l'UDES dans ses propositions²⁹⁶⁷, et à disposer d'un temps de négociation propre pour adapter les impacts de l'ANI aux spécificités de leurs secteurs avant sa transposition législative²⁹⁶⁸. Or, cette demande n'a pas été suivie d'effet et le texte de l'article L. 2152-3 du Code du travail est resté en l'état.

539. Une interrogation. Malgré ses insuffisances, l'article L. 2152-3 du Code du travail a pour objectif de clarifier, comme nous l'avons souligné supra, les relations entre les organisations patronales des deux champs en matière de négociation interprofessionnelle. Ainsi, s'il subsistait encore un doute, souligné dans le rapport Combrexelle²⁹⁶⁹, sur la capacité de l'UDES, de l'UNAPL et de la FNSEA à signer des accords interprofessionnels²⁹⁷⁰, celui-ci n'est aujourd'hui plus permis. En prévoyant que ces organisations sont informées et invitées à formuler leurs observations préalablement à l'ouverture et à la conclusion d'une négociation nationale et interprofessionnelle, le texte confirme en effet qu'elles ne peuvent ni participer directement à ces négociations, ni signer l'accord en résultant.

Cependant, il est permis de s'interroger sur la portée de ces dispositions lors d'une négociation interprofessionnelle conduite en dehors de toute volonté de transposition législative ou d'élargissement. Si la négociation n'a vocation à concerner que le champ interprofessionnel, on comprend mal en effet que des organisations se situant en dehors de ce champ puissent disposer d'un droit de regard, même minime, sur les objectifs et le résultat de cette dernière. L'intention du législateur semble à l'évidence s'être focalisée sur le traitement des négociations pré-législatives dont les résultats, une fois transposés, ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des secteurs d'activité - voire des négociations d'assurance chômage ou de retraite

²⁹⁶⁶V. étude 529 supra.

²⁹⁶⁷V. étude 473 supra.

²⁹⁶⁸V. UNAPL, UDES, FNSEA, « L'UNAPL, l'UDES et la FNSEA demandent à être davantage impliquées dans le dialogue social national », communiqué de presse, 26 janv. 2016 ; Linda DAOVANNARY, « Projet de loi travail : l'UDES craint une dérégulation et une prime au moins-disant », *TSA*, 23 mai 2016, <http://www.tsa-quotidien.fr>

²⁹⁶⁹V. étude 526 supra.

²⁹⁷⁰Nous rappelons que le ministère du Travail avait toutefois rejeté la qualification d'accords interprofessionnels aux accords signés par l'UNAPL et l'USGERES, à l'occasion de leur extension.

complémentaire qui s'appliquent à tous les secteurs - mais, là encore, la rédaction très générale du texte ne permet pas d'aboutir à cette conclusion²⁹⁷¹.

540.Un simple strapontin. L'accès à la table des négociations interprofessionnelles reste donc fermé aux organisations multi-professionnelles qui demeurent ainsi « hors champ » et doivent se contenter d'être simplement informées et consultées pour avis. Tant que les accords issus de ces négociations ont vocation à régir les conditions de travail au sein du seul champ interprofessionnel, cette exclusion ne prête pas à conséquence et paraît, somme toute, logique (l'obligation d'information et de consultation d'organisations tierces lors de ces négociations posant alors question comme nous venons de souligner). Mais lorsque l'accord issu de ces négociations est transposé dans une loi et vient ainsi régir l'ensemble des secteurs d'activité, cette exclusion interroge. Des secteurs à l'importance économique et sociale maintes fois soulignée ne participent pas, ou alors sous une « *forme édulcorée* »²⁹⁷², au processus d'élaboration de la loi qui va les régir. Le législateur n'a en effet pas modifié l'article L. 1 du Code du travail pour y intégrer les organisations multi-professionnelles, contrairement à ce qu'avait demandé le député Yves Censi lors des débats précédant l'adoption de la loi du 31 janvier 2007²⁹⁷³. La procédure prévue à l'article L. 2152-3 du Code du travail n'octroie qu'un simple « *strapontin* »²⁹⁷⁴ à ces organisations, singulièrement dans le cadre de l'article L. 1, puisqu'elles sont simplement informées par les organisations d'employeurs interprofessionnelles afin de transmettre à ces dernières d'éventuelles observations préalablement à l'ouverture et à la conclusion des négociations. Une consultation spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics préalablement à l'élaboration du projet de loi de transposition de l'ANI, telle que l'avait suggérée le rapport Combrexelle et l'ensemble des organisations patronales dans le protocole d'accord du 30 janvier 2014, n'a pas été entérinée par le législateur qui s'est contenté de régler, comme nous l'avons souligné, les seuls rapports entre organisations dans les négociations²⁹⁷⁵. L'engagement solennel pris par le ministre du Travail Gérard Larcher, lors de l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, d'organiser une concertation, sur l'initiative des pouvoirs publics, avec les organisations « hors champ »

²⁹⁷¹V. étude 528 supra.

²⁹⁷²Marie-Alice MEDEUF ANDRIEU, « Une représentativité patronale "à la carte" », *Dr. Soc.* 2014, p. 266 et spéc. p.268.

²⁹⁷³V. étude 357 supra.

²⁹⁷⁴Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238.

²⁹⁷⁵V. étude 529 supra.

lors de l'examen de projets de réforme en droit du travail qui les concerneraient spécifiquement demeure donc à ce jour au bon vouloir du gouvernement²⁹⁷⁶...

541. De possibles conséquences. L'absence de consultation des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics avant la transposition de l'ANI est susceptible de générer des difficultés. Si la procédure de l'article L. 2152-3 du Code du travail leur permet d'adresser des observations aux organisations interprofessionnelles avant la conclusion de l'ANI, laissant à penser que ces dernières en tiendront compte même si elles n'y sont pas obligées, le législateur reste quant à lui libre d'opérer une transposition partielle de l'accord²⁹⁷⁷. Dans cette hypothèse, le champ interprofessionnel restera quoiqu'il en soit conventionnellement régi par les stipulations de l'accord non transposées mais il n'en sera pas de même des secteurs « hors champ », qui ne pourront alerter les pouvoirs publics sur ce point, faute d'une procédure de concertation formelle²⁹⁷⁸. Ainsi, des situations telles que celles générées par la transposition

²⁹⁷⁶V. étude 357 supra.

²⁹⁷⁷V. étude 215 supra.

²⁹⁷⁸Les organisations multi-professionnelles pourront, tout au plus, alerter les pouvoirs publics lors de l'examen du projet de loi par la CNNCEFP, conformément à l'article L. 2 du Code du travail (V. supra note n°1137), tout en soulignant que ces organisations ne disposent pas d'une voix délibérative au sein de cette instance (V. infra).

partielle de l'ANI du 11 janvier 2008 sont susceptibles de se reproduire en l'absence d'une vigilance du législateur²⁹⁷⁹.

B. Une participation atténuée au paritarisme au niveau national

542. Malgré plusieurs demandes formulées en ce sens, la loi du 5 mars 2014 n'a pas réglé de façon globale et cohérente la question de l'intégration des organisations multi-professionnelles aux instances de consultation et de concertation nationales (1). Elle ne leur a par ailleurs accordé qu'un accès restreint aux ressources financières du paritarisme (2).

²⁹⁷⁹Nous rappelons que deux mesures importantes prévues par l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail n'ont pas été reprises par la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : la portabilité des garanties de prévoyance et de remboursement complémentaire de frais de santé (V. supra note n°1128) et l'obligation de verser l'indemnité conventionnelle de licenciement en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail, lorsque celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale (V. supra note n°1495). Dans le premier cas, l'absence de transposition pouvait certes s'expliquer par le fait que les garanties sociales échappent au champ d'application de l'article L.1 du Code du travail et que les stipulations de l'ANI relatives à ces garanties n'avaient donc pas à être reprises dans le projet de loi (V. étude 161 supra). Toutefois, cette situation engendrait une différence de traitement entre les salariés du « hors champ », qui ne pouvaient prétendre à la portabilité de leurs garanties de prévoyance et de frais de santé en cas de rupture de leur contrat de travail, et ceux de l'interprofession qui bénéficiaient de cette nouvelle forme de mutualisation des droits sociaux dans un contexte accru de flexibilité du marché du travail (sur le dispositif : V. Jacques BARTHÉLÉMY, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2008, p.325 ; Anne-Sophie GINON et Frédéric GUIOMARD, « Les nouvelles formes de mutualisation - Réflexions sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. soc.* 2009, p.1054). De ce fait, le Gouvernement a dû agir différemment lors de la transposition de l'ANI du 11 janvier 2013 en intégrant dans le projet de loi de sécurisation de l'emploi les stipulations relatives à la portabilité, ce qui a permis, après adoption par le Parlement, de les rendre applicables aux secteurs « hors champ » (la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi a introduit l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale qui généralise la portabilité de la couverture santé et prévoyance, instaurée par l'ANI du 11 janvier 2008, à tous les salariés. Ce texte améliore en outre le dispositif en augmentant la durée maximale de portabilité, qui passe de 9 à 12 mois comme le prévoit l'ANI de 2013, et en étendant aux demandeurs d'emploi le bénéfice du dispositif à titre gratuit. La généralisation de la portabilité de la couverture santé est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014 et celle de la couverture prévoyance le 1^{er} juin 2015, soit avec plusieurs années de retard dans les secteurs « hors champ » ...). Dans le deuxième cas, que nous avons largement détaillé (V. études 305 et 306 supra), le plancher indemnitaire applicable aux salariés du « hors champ » en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail correspond encore à ce jour au montant de l'indemnité légale de licenciement, même si l'indemnité conventionnelle de licenciement est plus favorable. Depuis 2015, la Cour de cassation réitère chaque année dans ses suggestions de modifications législatives ou réglementaires, la proposition de modifier l'article L. 1237-13 du Code du travail afin de prévoir que l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne puisse être inférieure à l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective - ou par des dispositions légales ou réglementaires applicables à certaines professions - lorsque celle-ci est plus favorable que l'indemnité légale de licenciement (V. Cass., Rapports annuels 2015 à 2023, livre 2). La Haute juridiction justifie cette demande en soulignant qu'une telle réforme permettrait d'éviter de laisser perdurer une différence de régime entre les salariés selon que leur employeur est lié ou non par l'ANI du 11 janvier 2008. Or, à ce jour, le législateur n'a toujours pas donné suite à cette proposition...

1- Une intégration erratique dans les instances de consultation et de concertation

543. Revendications. Dans les conséquences juridiques qu'elle souhaitait voir attachées à la reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle, l'USGERES (UDES) avait revendiqué, comme nous l'avons rappelé, que les organisations reconnues soient associées selon certaines modalités à la négociation nationale et interprofessionnelle mais également qu'elles puissent accéder à une vingtaine d'instances de concertation au plan national et territorial²⁹⁸⁰. Si le rapport Combrexelle a été peu disert sur ce dernier point²⁹⁸¹, les organisations interprofessionnelles et les organisations multi-professionnelles signataires du protocole d'accord du 30 janvier 2014 ont repris cette revendication en demandant que ces dernières puissent « *siéger dans les instances de consultation et de concertation nationale dans les domaines du code du travail et du code de la sécurité sociale* »²⁹⁸². En vue d'atteindre cet objectif, le texte soulignait que des discussions devraient être menées « *notamment avec les Pouvoirs Publics, afin de prendre en compte les équilibres de composition de ces instances et le nombre de représentants des organisations, y compris dans le collège patronal* »²⁹⁸³.

544. Réponse. Si le législateur de 2014 a répondu, même de façon imparfaite, à la proposition d'associer les organisations multi-professionnelles au dialogue social national, il a en revanche purement et simplement écarté la question de la participation de ces organisations aux instances paritaires nationales.

L'analyse des débats préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014 nous éclaire sur ce point.

En effet, bien que pour certains parlementaires la définition des règles de reconnaissance de la nouvelle représentativité multi-professionnelle pouvait « *permettre de fixer des règles de participation aux diverses instances de concertation* »²⁹⁸⁴, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale a soutenu la rédaction de l'amendement du député Denis Robiliard - qui sera retenue avec l'appui du Gouvernement - au motif que celle-ci se limitait à la question de la consultation préalable des organisations multi-professionnelles dans les négociations

²⁹⁸⁰V. étude 473 supra.

²⁹⁸¹V. étude 479 supra.

²⁹⁸²Protocole du 30 janv. 2014, art. 3 (V. étude 482 supra).

²⁹⁸³Protocole du 30 janv. 2014, art. 3.

²⁹⁸⁴Philippe ARMAND MARTIN, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

interprofessionnelles, « *sans aborder celle de leur présence dans les instances paritaires qui n'[avait] pas vocation à être traitée dans la loi* »²⁹⁸⁵.

545. Raisons. Cette éviction, alors que la composition des instances paritaires a toujours été considérée comme une question d'interprétation récurrente appelant une clarification des règles de la représentativité patronale au niveau national²⁹⁸⁶, s'explique très probablement par la complexité du sujet.

En effet, nous avons souligné l'existence d'une myriade d'instances au niveau national, issues du paritarisme de négociation ou du paritarisme de participation²⁹⁸⁷. Si les premières relèvent directement des partenaires sociaux interprofessionnels qui pourront toujours décider d'accueillir les organisations patronales multi-professionnelles en leur sein, les secondes sont issues de dispositions légales ou réglementaires diverses qui rendent une approche exhaustive très délicate²⁹⁸⁸. Par ailleurs, au fur et à mesure de leur prolifération, ces instances ont été constituées de façon relativement hétérogène obligeant le Gouvernement lui-même à se livrer à un véritable travail d'interprétation sur leur composition, bien qu'il en ait été la plupart du temps l'instigateur²⁹⁸⁹. La référence à la notion d'organisations « *les plus représentatives* » ou d'organisations « *représentatives au niveau national* » dans les textes régissant ces instances accentuait au demeurant la difficulté d'un tel travail pour le collège patronal, en l'absence de critères de représentativité clairement établis sous l'empire du droit antérieur²⁹⁹⁰.

Dès lors, la clarification des règles de la représentativité des organisations d'employeurs aux différents niveaux par la loi du 5 mars 2014 aurait dû permettre de fixer les règles de participation à ces instances, comme le réclamaient certains députés. La situation de l'USGERES, devenue UDES, à laquelle le juge avait refusé l'accès à plusieurs instances dont la CNNC, alors qu'il l'admettait pour la FNSEA et l'UNAPL²⁹⁹¹, plaidait de surcroît pour un règlement rapide de cette situation. Cependant, au-delà du travail de réécriture de très nombreux textes législatifs et réglementaires qu'engendrait une harmonisation des règles de participation, le législateur devait au préalable résoudre une difficulté liée à la définition du paritarisme lui-même voulant que la partie salariée et la partie patronale siègent à égalité au sein de ces instances. Or, en augmentant directement le nombre de représentants dans les collèges

²⁹⁸⁵Jean-Patrick GILLE (Rapporteur), Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

²⁹⁸⁶V. études 351 et 352 supra.

²⁹⁸⁷V. études 218 et s. supra.

²⁹⁸⁸V. étude 237 supra.

²⁹⁸⁹V. étude 351 supra.

²⁹⁹⁰V. étude 352 supra.

²⁹⁹¹V. étude 463 supra.

patronaux par une adjonction pure et simple des organisations multi-professionnelles, l'équilibre avec les organisations de salariés - qui n'existent pas au niveau multi-professionnel - aurait pu s'en trouver rompu. Un travail préalable d'adaptation réalisé au niveau de chaque instance était donc nécessaire, rendant ainsi impossible une réponse globale et uniforme à cette question dans la loi du 5 mars 2014²⁹⁹².

546. Mise en œuvre. La question de l'intégration des organisations multi-professionnelles au sein des instances de consultation et de concertation a donc été traitée de façon progressive mais, à notre sens, sans une véritable ligne directrice.

Le législateur a tout d'abord opportunément utilisé le volet formation professionnelle de la loi du 5 mars 2014 pour introduire immédiatement des représentants des organisations multi-professionnelles dans les instances de gouvernance créées par la loi : le Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles (CNEFOP) et ses déclinaisons territoriales que sont les Comités régionaux de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles (CREFOP)²⁹⁹³. La loi avait également prévu qu'une concertation ait lieu entre les organisations multi-professionnelles et le COPANEF et ses déclinaisons territoriales (COPAREF), nouvellement créés²⁹⁹⁴. Or, si une meilleure prise en compte du « hors champ » dans la gouvernance de la formation professionnelle était attendue de longue date et recevait ainsi un début de réponse²⁹⁹⁵, la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a depuis profondément remanié le système de formation professionnelle²⁹⁹⁶. Avec la création de France compétences, l'Etat a clairement repris la main dans la gouvernance et plusieurs instances paritaires issues de la loi de 2014 ont été fondues dans cette nouvelle institution nationale publique, opérationnelle depuis le 1er janvier 2019²⁹⁹⁷. Les partenaires sociaux siègent au conseil d'administration de France compétences au sein d'un collège composé de cinq représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel et d'un collège composé de trois représentants des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel mais les organisations patronales représentatives au niveau national et multi-

²⁹⁹²Cette difficulté avait d'ailleurs été soulevée par les signataires du protocole du 30 janvier 2014 qui avaient indiqué que des discussions préalables, notamment avec les pouvoirs publics, étaient nécessaires afin de prendre en compte les équilibres de composition de ces instances (V. étude 543 supra).

²⁹⁹³V. *C. trav.*, art. L. 6123-2 anc. et L. 6123-3, réd. L. 5 mars 2014.

²⁹⁹⁴V. supra note n°1538.

²⁹⁹⁵V. étude 469 supra.

²⁹⁹⁶V. notamment supra note n°1534.

²⁹⁹⁷Le COPANEF et le COPAREF ont disparu (V. supra note n°1538), ainsi que le CNEFOP. Seuls demeurent les CREFOP au niveau régional, dont les missions en matière d'emploi ont par ailleurs été réorganisées par la loi n°2023-1196 du 18 décembre 2023 pour le plein emploi (JORF 19 déc. 2023).

professionnel en sont en revanche totalement absentes²⁹⁹⁸... Par ailleurs, ces dernières ne siègent pas au sein des Commissions paritaires interprofessionnelles régionales (CPIR ou « Transitions pro ») créées par la loi du 5 septembre 2018, en lieu et place des anciens Fongecif, pour prendre en charge les projets de transition professionnelle²⁹⁹⁹. La place au final très réduite reconnues aux organisations multi-professionnelles dans la gouvernance de la formation professionnelle depuis l'entrée en vigueur de la loi « Avenir professionnel »³⁰⁰⁰ démontre une certaine instabilité dans le processus d'intégration de ces organisations au sein des instances. Il est à noter que dans le domaine de l'emploi, qui a suivi la même logique de réorganisation en application de la loi dite « loi Plein-emploi » du 18 décembre 2023³⁰⁰¹, l'intégration de ces organisations pose également question. En effet, à l'occasion de la mise en place du « *réseau pour l'emploi* » au 1^{er} janvier 2024³⁰⁰², les organisations multi-professionnelles sont entrées dans les instances de gouvernance du service public de l'emploi puisqu'elles siègent au sein du Comité national pour l'emploi (CNPE) et dans ses déclinaisons territoriales³⁰⁰³. Toutefois, si les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et multi-professionnel disposent d'un nombre de représentants au sein du CNPE égal à celui des organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, les règles de fonctionnement de l'instance instaurent une différence majeure entre les organisations des deux champs. En effet, seules les organisations interprofessionnelles ont voix délibérative³⁰⁰⁴. Enfin, les organisations multi-professionnelles demeurent absentes du conseil d'administration de l'opérateur France Travail, qui a remplacé Pôle emploi au 1^{er} janvier 2024 dans le cadre de cette réforme³⁰⁰⁵.

²⁹⁹⁸V. *C. trav.*, art. R. 6123-6.

²⁹⁹⁹V. *C. trav.*, art. L. 6323-17-6 et D. 6323-20-1.

³⁰⁰⁰Elles siègent dans les CREFOP qui ont été maintenus par la loi du 5 septembre 2018 (V. supra note n°2997) ou bien encore dans les commissions professionnelles consultatives chargées d'examiner les projets de création, de révision ou de suppression de diplômes et titres à finalité professionnelle (V. *C. trav.*, art. R. 6113-22).

³⁰⁰¹V. supra note n°2997.

³⁰⁰²V. *C. trav.*, art. L. 5311-7 et s.

³⁰⁰³V. *C. trav.*, art. L. 5311-9 et L. 5311-10.

³⁰⁰⁴Un décret du 22 mars 2024 (Décr. n°2024-252 relatif au Comité national pour l'emploi, JORF 23 mars 2024) fixe la composition, ainsi que les règles délibération applicables au sein du CNPE. S'agissant de la représentation des partenaires sociaux, le décret prévoit un collège composé de cinq représentants des OSS représentatives au niveau national et interprofessionnel, un collège composé de trois représentants des OPE représentatives au niveau national et interprofessionnel et un collège composé de trois représentants des OPE représentatives au niveau national et multi-professionnel (*C. trav.*, art. R. 5311-4). En revanche, lorsque le comité est appelé à délibérer pour l'exercice de ses attributions, seules les OSS et les OPE du champ interprofessionnel participent au vote. Sept voix sont accordées au collège composé des cinq représentants salariaux et sept voix également au collège composé des trois représentants patronaux de l'interprofession. La répartition du nombre de voix entre les organisations au sein des collèges est fixée par arrêté du ministre chargé de l'emploi selon des règles se référant à l'audience des organisations (*C. trav.*, art. R. 5311-11).

³⁰⁰⁵V. *C. trav.*, art. L. 5312-1 et L. 5312-4.

Le législateur a ensuite tenté de gommer l'écart existant entre les organisations multi-professionnelles elles-mêmes en intégrant l'UDES puis la FESAC dans les instances au sein desquelles la FNSEA et l'UNAPL siégeaient déjà. Revenant sur la décision du Conseil d'Etat qui avait interdit aux employeurs de l'ESS de siéger au sein de la Commission nationale de la négociation collective, du Conseil supérieur de la prud'homie et du conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT)³⁰⁰⁶, les pouvoirs publics ont progressivement intégré l'UDES au sein de certaines de ces instances mais, là encore, sans une véritable logique d'ensemble. La composition du Conseil supérieur de la prud'homie a ainsi été modifiée par un décret du 14 septembre 2016³⁰⁰⁷ pour intégrer expressément un représentant de l'UDES et un représentant l'UNAPL aux côtés du MEDEF (cinq membres), des entreprises publiques (un membre), de la CGPME (un membre), de l'UPA (un membre) et des professions agricoles, représentées conjointement par la FNSEA et la CNMCCA, qui disposaient déjà d'un représentant au sein de cette instance. Parallèlement, des représentants supplémentaires ont été accordés à certaines OSS pour maintenir l'équilibre de la représentation patronale et syndicale. Un nouveau décret du 9 août 2017 a par la suite modifié à nouveau cette composition pour tenir compte des résultats de la première mesure de la représentativité patronale en octroyant deux sièges à la CPME ayant succédé à la CGPME et du regroupement de l'UPA et de l'UNAPL au sein de l'U2P (un membre)³⁰⁰⁸. Or, l'UDES et de l'UNAPL ont été accueillies au sein du Conseil sans aucune référence à leur statut d'organisation représentative au niveau national et multi-professionnel et avant même la publication en 2017 des premiers arrêtés de représentativité pris en application de la loi du 5 mars 2014. Cette intégration directe a en effet été rendue possible par la rédaction de l'article L. 1431-1 du Code du travail régissant l'instance, qui utilise la notion générique d'« *organisations représentatives au plan national* ». Cependant, en l'absence de référence textuelle à la notion d'organisation représentative au niveau national et multi-professionnel, la FESAC reconnue représentative à ce niveau n'est toujours pas membre du Conseil supérieur de la prud'homie, contrairement désormais à l'UDES et à la FNSEA qui y siégeait historiquement. Par ailleurs, de façon curieuse, la FNSEA continue de partager la représentation des professions

³⁰⁰⁶CE, 26 oct. 2012, n°336737 (V. étude 463 supra).

³⁰⁰⁷Décr. n°2016-1223 du 14 septembre 2016 portant modification de la composition du Conseil supérieur de la prud'homie, JORF 16 sept. 2016.

³⁰⁰⁸Décr. n°2017-1267 du 9 août 2017 portant modification de la composition du Conseil supérieur de la prud'homie, JORF 11 août 2017.

agricoles avec la CNMCCA, non représentative au niveau multi-professionnel mais historiquement présente au sein du Conseil³⁰⁰⁹...

S'agissant de l'ANACT, dont les règles de composition du conseil d'administration renvoient également à la notion générique d'« *organisations d'employeurs représentatives au niveau national* »³⁰¹⁰, l'UDES n'y siège en revanche toujours pas, ni la FESAC. L'article R. 4642-3 du Code du travail, qui précise ces règles, indique en effet que le collège employeurs comprend onze représentants dont « *dix représentants des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnels* » et « *un représentant des professions agricoles sur proposition de la Fédération nationale des syndicats exploitants agricoles (FNSEA)* ». La parité est assurée par la présence de « *onze représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel* ». La FNSEA demeure donc la seule organisation « hors champ » à disposer règlementairement d'un siège au conseil d'administration de l'Agence, au sein duquel la représentation salariale et patronale repose avant tout sur le paritarisme interprofessionnel³⁰¹¹... Nous pouvons ajouter - même si cette instance n'était pas visée dans la demande de l'USGERES - que la composition du Conseil d'orientation des conditions de travail (COCT) présente des particularités similaires. L'article L. 4641-2 du Code du travail fixant cette composition renvoie, là encore, à la notion d'organisations « *représentatives au niveau national* », tant du côté salarial que patronal. Les dispositions règlementaires d'application détaillent ensuite la composition des différentes formations du COCT en précisant que chacune d'entre elles comprend un « *collège des partenaires sociaux, comportant un nombre égal de représentants des salariés et des employeurs* »³⁰¹². Or, ces différentes formations reposent tantôt sur un paritarisme interprofessionnel strict, tantôt sur un collège employeur intégrant la FNSEA et la CNMCCA

³⁰⁰⁹V. étude 509 supra. V. C. trav., art. R. 1431-6.

³⁰¹⁰V. C. trav., art. L. 4642-2.

³⁰¹¹Il est à noter cependant que l'arrêté du 26 janvier 2023 portant en dernier lieu nomination au conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (JORF 1^{er} fév. 2023) ne pourvoit pas le siège de la FNSEA, malgré la composition fixée par l'article R. 4642-3 du Code du travail. A ce jour, le collège employeur comprend ainsi dix représentants des OPE interprofessionnelles et celui des salariés onze représentants des OSS interprofessionnelles, sans qu'une stricte parité soit donc respectée...

³⁰¹²C. trav., art. R. 4641-3.

qui siègent historiquement au sein de l'instance depuis sa création³⁰¹³. Contrairement à l'ANACT, l'UDES a toutefois fait son entrée au sein du COCT et des CROCT en 2016 mais dans le cadre d'un « régime transitoire » qui n'a pas à ce jour été modifié³⁰¹⁴...

Il convient d'évoquer, enfin, le processus d'intégration des organisations multi-professionnelles au sein de l'emblématique Commission nationale de la négociation collective. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, sous l'empire du droit antérieur la FNSEA mais également la CNMCCA, puis ultérieurement l'UNAPL, siégeaient au sein de l'instance aux côtés du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA, alors que employeurs de l'ESS s'en étaient vu interdire l'accès³⁰¹⁵. La prise en compte de la situation particulière de l'ESS lors de la réforme de la représentativité patronale, en raison de son importance économique et sociale au niveau national³⁰¹⁶, ne pouvait donc laisser l'UDES en dehors de cette instance, qui symbolise

³⁰¹³Le COCT a été créé en 2008 (V. Décr. n°2008-1217 du 25 novembre 2008 relatif au Conseil d'orientation sur les conditions de travail, JORF 27 nov. 2008) puis remanié par la loi Rebsamen du 17 août 2015 et ses décrets d'application, qui a également créé les Comités Régionaux d'orientation des conditions de travail (CROCT) en lieu et place des anciens comités régionaux de la prévention des risques professionnels (V. *C. trav.*, art. L. 4641-1 et s. ; R. 4641-1 et s.). Dans sa composition initiale issue du décret de 2008 - soit antérieurement à la réforme de la représentativité patronale - le COCT comprenait huit représentants des employeurs : trois désignés par le MEDEF, un par la CGPME, un par l'UPA, un conjointement par la FNSEA et la CNMCCA, un par l'UNAPL. Aujourd'hui le Conseil national d'orientation des conditions de travail comprend huit représentants des employeurs dont sept membres désignés par les OPE représentatives au niveau national et interprofessionnel proportionnellement à la mesure de l'audience et un membre désigné conjointement par la FNSEA et la CNMCCA (ici l'audience n'a pas lieu d'être mesurée). Il est à noter que cette composition particulière ne se rencontre pas dans les autres formations nationales du COCT, qui comprennent des représentants des seules OPE et OSS représentatives au niveau national et interprofessionnel, siégeant dans une parfaite égalité de représentation patronale et salariale : V. *C. trav.*, art. R. 4641-8 pour le Conseil national de prévention et de santé au travail ; R. 4641-10 pour la Commission générale et R. 4641-11 pour les commissions spécialisées (la commission spécialisée chargée des questions relatives aux activités agricoles ne comprend toutefois que les seuls représentants patronaux du monde agricole, siégeant à parité avec les OSS représentatives au niveau national et interprofessionnel ; V. *C. trav.*, art. R. 4641-14). Enfin, les CROCT comprennent la même formation que le Conseil national du COCT et offrent donc un siège commun à la FNSEA et à la CNMCCA (V. *C. trav.*, art. R. 4641-19).

³⁰¹⁴Le décret n° 2016-1834 du 22 décembre 2016 relatif à l'organisation, aux missions, à la composition et au fonctionnement du Conseil d'orientation des conditions de travail et des comités régionaux (JORF 24 déc. 2016), pris en application de la loi du 17 août 2015, indique dans sa notice : « Le décret modifie également la composition et précise le fonctionnement des formations du COCT et des comités régionaux, afin notamment de permettre la représentation de l'Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (UDES) au sein de ces instances en tant que personnalité qualifiée dans l'attente de la mesure de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs qui sera établie au printemps 2017. L'Union nationale des professions libérales (UNAPL), qui est déjà membre des instances nationales, bénéficiera également de ce régime transitoire pour entrer dans les instances régionales ». Or, si l'UNAPL a depuis rejoint les OPE interprofessionnelle via l'U2P et ne siège donc plus en tant que telle au sein de ces instances (V. Décr. n°2021-1792 du 23 décembre 2021 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil d'orientation des conditions de travail et des comités régionaux, JORF 26 déc. 2021), l'UDES y siège toujours dans le collège des personnalités qualifiées malgré la mise en œuvre effective des nouvelles règles de la représentativité patronale depuis 2017. La FESAC a également intégré le COCT dans le collège des personnalités qualifiées (V. Arr. du 1^{er} avr. 2022 portant nomination à la commission générale du Conseil d'orientation des conditions de travail, JORF 2 avr. 2022 ; Arr. du 22 avr. 2022 portant nomination au Conseil national d'orientation des conditions de travail du Conseil d'orientation des conditions de travail, JORF 24 avr. 2022).

³⁰¹⁵V. notamment étude 351 supra.

³⁰¹⁶V. étude 477 supra.

plus que toute autre la représentativité au niveau national³⁰¹⁷. Ainsi, le ministère du Travail avait annoncé dès juin 2014 l'entrée de l'organisation patronale au sein de la CNNC³⁰¹⁸. Renouvelée en 2015 et 2016³⁰¹⁹, cette promesse n'aboutira finalement qu'à l'occasion d'une réorganisation profonde de l'instance par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. En effet, la loi du 5 septembre 2018 a conféré des attributions consultatives à la CNNC en matière d'emploi, d'orientation et de formation professionnelles, au-delà de ses missions traditionnelles dans le domaine de la négociation collective. Elle l'a pour cela transformée en Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNCEFP) au 1^{er} janvier 2019³⁰²⁰. Un décret d'application du 26 décembre 2018 a précisé et complété ces attributions afin de permettre à la Commission d'exercer pleinement son rôle dans ses nouveaux champs de compétence au 1^{er} janvier 2019 et a fixé, à cette occasion, une nouvelle composition de l'instance³⁰²¹. Codifiée aux articles R. 2272-1 et suivants du Code du travail, cette nouvelle composition vise désormais expressément les organisations salariales et patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel, alors que l'article L. 2272-1 du même code se réfère toujours, comme dans le passé, à la notion générale d'organisations représentatives au niveau national³⁰²². Ainsi, l'article R. 2272-1, 5°, du Code du travail indique que la représentation des partenaires sociaux au sein de la CNNCEFP comprend : « *Six représentants des organisations d'employeurs et dix représentants titulaires des organisations syndicales de salariés, représentatives au niveau national interprofessionnel* »³⁰²³. Les articles R. 2272-2 et R. 2272-3 du même code détaillent

³⁰¹⁷V. étude 351 supra.

³⁰¹⁸V. Intervention de François Rebsamen, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social à l'assemblée générale de l'UDES du 24 juin 2014, Communiqué de presse UDES, Paris, 25 juin 2014 (<https://www.udes.fr>).

³⁰¹⁹V. Intervention de Myriam El Khomri, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social à la Convention nationale de l'UDES du 1^{er} octobre 2015 (V. « Le gouvernement adoube l'économie sociale et solidaire (ESS) », *La Lettre de l'UDES*, n°16, nov. 2015, <http://www.udes.fr>) ; message de Myriam El Khomri, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social diffusé lors de l'assemblée générale de l'UDES du 21 juin 2016 (V. *Liaisons soc. Quotidien*, 23 juin 2016, n°17108, p.4 ; *AEF info*, n°540880, 24 juin 2016).

³⁰²⁰V. supra note n°574.

³⁰²¹V. Décr. n°2018-1262 du 26 décembre 2018 relatif à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle, JORF 28 déc. 2018.

³⁰²²V. supra note n°1908.

³⁰²³Dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 septembre 2018, l'article R. 2272-1 indiquait : « *Dix-huit représentants des organisations d'employeurs, dont les représentants des agriculteurs, des artisans, des professions libérales, et des entreprises publiques et dix-huit représentants des organisations syndicales de salariés, représentatives au niveau national* ».

en suivant le nombre de représentants titulaires attribué à chaque organisation³⁰²⁴. Ces précisions réglementaires ont donc le mérite de clarifier la composition de l'instance en indiquant que les organisations « *représentatives au niveau national* », auxquelles l'article L. 2272-1 du Code du travail se réfère, sont exclusivement les organisations détentrices de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, appréciée selon les règles objectives fixées par la loi du 5 mars 2014³⁰²⁵. Le collège employeur de l'instance, qui incluait auparavant des organisations représentatives au niveau national mais non représentatives au niveau interprofessionnel, à savoir la FNSEA, la CNMCCA et l'UNAPL, avant que cette dernière ne rejoigne l'interprofession via l'U2P, est donc clairement recentré dans le champ interprofessionnel.

Néanmoins, le décret du 26 décembre 2018 autorise des « *représentants d'employeurs* » à assister, « *sans voix délibérative* », à la CNNCEFP. Sans se référer expressément à la notion d'organisation représentative au niveau national et multi-professionnel, l'article R. 2272-9, II, du Code du travail indique que le ministre du Travail nomme ces représentants d'employeurs comme suit : « 1° *Un représentant des professions agricoles, sur proposition de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)* ; 2° *Un représentant des employeurs de l'économie sociale et solidaire, sur proposition de l'Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (UDES)* ; 3° *Un représentant de la Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma (FESAC)* ». La possibilité d'assister à la Commission sans voix délibérative est par ailleurs octroyée à certaines organisations syndicales de salariés non représentatives au niveau national et interprofessionnel mais « *représentant les salariés intéressés par ces domaines* » lorsque la CNNCEFP est consultée sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret relatifs à l'emploi, l'orientation et la formation professionnelles³⁰²⁶. Une place, qui s'apparente là encore à un simple strapontin, est donc malgré tout octroyée à des organisations non détentrices de la représentativité au niveau national et interprofessionnel qui

³⁰²⁴Il est à souligner que chaque organisation salariale ou patronale représentative au niveau national et interprofessionnel dispose désormais de deux représentants titulaires (et d'un suppléant en application de l'article R. 2272-5 du Code du travail). En effet, la nomination de ces représentants par le ministre du Travail ne tient pas compte du score d'audience de chaque organisation et assure ainsi une parfaite égalité de représentation au sein de chaque collège. Le MEDEF, la CPME et l'U2P disposent donc chacune de deux représentants titulaires (soit six au total) et il en est de même du côté des salariés pour la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC (soit dix au total). Or, cette égalité n'existait pas dans l'ancienne composition au sein de laquelle le MEDEF était largement prépondérant dans le collège employeur (V. *C. trav.*, art. R. 2272-3 anc. ; étude 327 supra) et la CGT dans le collège salariés (V. *C. trav.*, art. R. 2272-2 anc.).

³⁰²⁵Ce qui devrait désormais éviter au juge administratif d'avoir à se livrer à une interprétation en se basant sur des arguments discutables, comme il avait dû le faire lorsqu'il avait refusé l'accès des employeurs de l'ESS à l'instance tout en légitimant la présence de la FNSEA, de la CNMCCA et de l'UNAPL (V. étude 463 supra).

³⁰²⁶V. *C. trav.*, art. R. 2272-9, III. Un représentant est nommé sur proposition de l'UNSA et un sur proposition de la FSU.

peuvent assister aux travaux de la prestigieuse commission mais sans y exercer de véritables prérogatives, en l'absence d'un pouvoir de décision reconnu par le législateur. L'UDES peut certes se féliciter d'avoir intégré cette instance, convoitée de longue date, mais elle n'y joue qu'un rôle secondaire, à l'instar de la FNSEA qui se voit rétrogradée au rang de spectateur alors qu'elle jouissait de prérogatives identiques à ses homologues de l'interprofession dans l'ancienne formation³⁰²⁷.

Cette distinction se retrouve également dans les six sous-commissions de la CNNCEFP³⁰²⁸, qui ont repris les compétences de nombreuses instances de consultation dans les domaines du droit du travail et de la protection sociale complémentaire depuis l'entrée en vigueur de la loi dite « Asap » du 7 décembre 2020³⁰²⁹. L'article R. 2272-16, I, du Code du travail indique en effet que les organisations patronales mentionnées à l'article R. 2272-9 du même code, qui assistent sans voix délibérative à la formation plénière de la CNNCEFP³⁰³⁰, assistent également sans voix délibérative à l'ensemble des sous-commissions. Or, cette absence de voix délibérative est, par exemple, particulièrement gênante lorsque la sous-commission des conventions et accords se prononce sur l'extension ou l'élargissement des conventions et accords collectifs³⁰³¹. En effet, la voix des organisations « hors champ » ne sera pas prise en compte de façon formelle dans les avis émis par la sous-commission sur l'extension ou l'élargissement de textes régissant leur secteur³⁰³²... Au demeurant, l'article R. 2272-16, I, du Code du travail prend soin d'ajouter que les représentants de ces organisations patronales « ne peuvent pas exercer les prérogatives conférées aux organisations représentées à la Commission nationale par les articles L. 2261-27 et L. 2261-32 ». Les prérogatives particulières concédées à la CNNCEFP lui permettant d'autoriser le ministre à étendre des textes ne remplissant pas la totalité des conditions légales de l'extension (L. 2261-27) et d'émettre un avis dans le cadre des différentes procédures de restructuration des branches

³⁰²⁷Nous rappelons que si le nombre de sièges variait d'une organisation à l'autre, les anciennes règles régissant le fonctionnement de la CNC ne distinguaient pas entre des organisations siégeant avec voix délibérative et des organisations réduites à un simple rôle consultatif (V. étude 351 supra). La FNSEA et la CNMCCA, qui a aujourd'hui disparu de la formation plénière de l'instance, disposaient donc des mêmes prérogatives que leurs homologues de l'interprofession dans l'ancien système, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.

³⁰²⁸V. C. trav., art. R. 2272-10.

³⁰²⁹V. supra notes n°824 et 1137.

³⁰³⁰V. ci-dessus.

³⁰³¹V. C. trav., art. L. 2271-1, 3° ; R. 2272-10, 1°.

³⁰³²Une exception est cependant faite lorsque la sous-commission se réunit pour examiner les questions relatives aux professions agricoles (V. C. trav., art. R. 2270-10, 1°). L'article R. 2272-14 du Code du travail prévoit alors une composition spécifique dans laquelle siègent uniquement des représentants des salariés agricoles et des représentants des employeurs agricoles, ces derniers étant nommés par le ministre chargé de l'agriculture sur proposition de la FNSEA, de la CNMCCA et d'autres syndicats d'employeurs de branches agricoles. Dans cette formation spécifique, chargée notamment d'examiner l'extension et l'élargissement des accords dans le secteur agricole, les organisations retrouvent un pouvoir délibératif...

professionnelles (L. 2261-32) sont donc expressément refusées aux organisations multi-professionnelles. Or, ces dernières auraient un intérêt particulier à se prononcer sur la fusion des champs conventionnels au sein de leurs secteurs, qui impacte directement la reconnaissance de leur représentativité³⁰³³...

547. Bilan. Il est très difficile de dresser un bilan exhaustif de l'intégration des organisations multi-professionnelles au sein des instances paritaires de consultation et de concertation. Aux exemples ci-dessus rapportés, nous pouvons opposer d'autres instances qui témoignent d'une intégration pleine et entière telle que le Conseil d'orientation pour l'emploi (COE) au sein duquel la FNSEA, l'UDES et la FESAC siègent à égalité avec le MEDEF, la CPME et l'U2P sans distinction liée au niveau de représentativité de ces différentes organisations³⁰³⁴ ou bien encore le Haut conseil du dialogue social (HCDS) au sein duquel les organisations multi-professionnelles siègent avec les mêmes prérogatives que leurs homologues de l'interprofession (en soulignant malgré tout que la FESAC n'y a toujours pas fait son entrée à l'heure où nous écrivons ces lignes³⁰³⁵). A un niveau plus politique, le Conseil économique, social et environnemental (CESE) intègre également la FNSEA, l'UDES et la FESAC dans les collèges représentant les exploitants agricoles et les entreprises³⁰³⁶. En revanche, dans le domaine de la protection sociale, les conseils d'administration de l'UNEDIC et de l'AGIRC-ARRCO demeurent fermés aux organisations multi-professionnelles, bien que les employeurs de ces secteurs aient l'obligation d'affilier leurs salariés à ces régimes³⁰³⁷. Or, si cette exclusion peut légitimement s'expliquer par le fait que ces instances relèvent du paritarisme de gestion

³⁰³³V. infra.

³⁰³⁴Décr. n°2019-1087 du 25 octobre 2019 modifiant la composition du Conseil d'orientation pour l'emploi, JORF 27 oct. 2019.

³⁰³⁵V. *C. trav.*, art. R. 2122-1 et s. ; Arr. du 18 juin 2024 portant nomination des membres du Haut Conseil du dialogue social, JORF 20 juin 2024. L'absence de la FESAC s'explique probablement par la lettre même de l'article R. 2122-1, qui fixe la composition de l'instance en ces termes : « *Cinq représentants des organisations syndicales de salariés nationales et interprofessionnelles et, en nombre égal, des représentants des organisations représentatives d'employeurs au niveau national désignés par ces organisations. Des représentants suppléants en nombre égal à celui des titulaires sont désignés dans les mêmes conditions. Ils ne siègent qu'en l'absence des titulaires [...]* ». Les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel étant au nombre de cinq (CFDT, CGT, CGT-FO, CFTC et CFE-CGC), le collège des représentants des salariés comprend donc cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, conformément aux dispositions précitées. Le collège des représentants des employeurs devant comprendre un nombre de membres égal à celui du collège des représentants des salariés, soit cinq membres titulaires et cinq membres suppléants désignés par « *les organisations représentatives d'employeurs au niveau national* », l'arrêté du 18 juin 2024 prévoit que ces membres sont respectivement désignés par les cinq organisations suivantes : le MEDEF, la CPME, l'U2P, l'UDES et la FNSEA. La FESAC, dernière organisation à avoir bénéficié de la reconnaissance de représentativité au niveau national et multi-professionnel, n'y siège pas pour éviter de déséquilibrer la parité stricte, exigée par l'article R. 2122-1 du Code du travail, entre le collège des représentants des salariés et le collège des représentants des employeurs.

³⁰³⁶V. Décr. n°2021-309 du 24 mars 2021 fixant la répartition et les conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental, JORF 25 mars 2021.

³⁰³⁷V. Première partie supra.

issu de la négociation interprofessionnelle, elle se rencontre également dans les conseils d'administration des organismes gérant le régime général de sécurité sociale. Malgré l'origine légale et l'universalité de ce régime, le code de la sécurité sociale continue en effet de se fonder sur la seule représentativité nationale et interprofessionnelle au sens des articles L. 2122-9 et L. 2152-4 du Code du travail pour assurer la représentation des assurés sociaux et des employeurs au sein des instances de gouvernance de ces organismes³⁰³⁸. Enfin, nous pouvons évoquer, toujours dans le domaine de la protection sociale, le Conseil d'orientation des retraites (COR) qui continue de faire une place à la FNSEA et à l'UNAPL - malgré le regroupement de cette dernière au sein de l'U2P - aux côtés du MEDEF, de la CPME et de l'U2P, alors que l'UDES et la FESAC n'y siègent pas³⁰³⁹.

A la lumière de cet inventaire, qui ne prétend à aucune exhaustivité, nous pouvons constater que l'intégration des organisations multi-professionnelles au sein des instances nationales ne repose sur aucune véritable logique d'ensemble. Cette intégration a été réalisée en visant tantôt le statut d'organisation représentative au niveau national et multi-professionnelle, tantôt sans référence directe à ce dernier. Ce manque de cohérence se retrouve également dans les places octroyées à chaque organisation multi-professionnelle au sein des différentes instances. En effet, les survivances du passé ou des particularités tenant aux activités représentées entraînent parfois une inégalité de représentation entre ces organisations. La fonction organique de la représentativité multi-professionnelle pose ainsi question. Bénéficiant d'une portée largement minorée par rapport à la fonction organique de la représentativité nationale et interprofessionnelle, il n'est pas totalement sûr que le législateur ait voulu reconnaître pleinement celle-ci. Les débats préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014 témoignent au contraire d'une volonté de ne pas traiter globalement la question et d'intégrer au fil de l'eau ces organisations.

2- Un accès restreint aux ressources financières du paritarisme

548. Opacité. Nous avons vu que l'exigence de transparence financière posée par la loi du 20 août 2008 avait conduit le législateur à imposer des obligations de publicité et de

³⁰³⁸V. CSS, art. R. 121-5. Cet accès est pourtant revendiqué par les organisations multi-professionnelles et notamment l'UDES qui souhaiterait siéger au sein des caisses nationales (V. Hugues VIDOR et Sébastien DARRIGRAND, « L'Udes ouvre les portes une à une », *Directions* 2016, n°147, p.27).

³⁰³⁹V. CSS, art. L. 114-2 ; Arr. du 16 nov. 2023 portant nomination au Conseil d'orientation des retraites, JORF 18 nov. 2023. La présence de la FNSEA et de l'UNAPL s'explique très certainement par le fait que les professions agricoles et libérales ont leur propre régime de retraite.

certification des comptes aux organisations syndicales et patronales³⁰⁴⁰. Pour autant, le système de financement des organisations lui-même n'avait pas été modifié et continuait de présenter une certaine « *opacité* »³⁰⁴¹. En effet, les ressources propres des organisations, principalement constituées des cotisations versées par les adhérents, ont toujours été complétées par d'autres ressources dont la part a pu devenir prépondérante dans le budget de fonctionnement de certaines organisations, dans un contexte croissant de désyndicalisation³⁰⁴². Ces financements complémentaires provenaient de différentes sources et notamment de contributions versées par les organismes paritaires aux organisations syndicales et patronales en raison de leur rôle de gestionnaire au sein de ces instances. En effet, dans la mesure où elles étaient largement associées à la gestion de ces organismes dans les différents champs de la protection sociale, de l'emploi, de la formation professionnelle et du logement, il était admis que ces organisations assumaient des missions d'intérêt général et qu'elles recevaient en contrepartie des ressources, dénommées « *préciputs* », qui étaient destinées à défrayer leurs représentants siégeant dans les instances délibératives des organismes³⁰⁴³. Toutefois, ce système présentait l'inconvénient d'être peu transparent car ces sommes étaient en réalité versées sous forme de dotations globales annuelles aux organisations et non sur la base de justificatifs adressés par les personnes mandatées pour exercer les fonctions de représentation. Ensuite, ces financements étaient devenus au fil du temps peu lisibles car ils répondaient à des règles spécifiques à chaque organisme et ne permettaient aucune évaluation fiable de leurs montants globaux³⁰⁴⁴. Dans le domaine spécifique de la formation professionnelle, le Code du travail avait au demeurant

³⁰⁴⁰V. étude 389 supra (3°).

³⁰⁴¹Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014, p.463.

³⁰⁴²Pour des données chiffrées entre la part des cotisations et des autres ressources dans le budget des différentes confédérations : V. Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBÉ, « L'impôt syndical et patronal », *Dr. soc.* 2015, p.616.

³⁰⁴³V. Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014, p.454.

³⁰⁴⁴*Idem*, p.455.

institutionnalisé ce système de financement direct des syndicats par les organismes gestionnaires³⁰⁴⁵.

Enfin, des subventions publiques et des ressources conventionnelles, provenant d'accords de financement du dialogue social signés dans de nombreux secteurs, venaient également compléter les ressources propres des organisations³⁰⁴⁶.

549. Clarification. Le souci de transparence financière, réaffirmé avec force lors des travaux préparatoires à la réforme de la représentativité patronale³⁰⁴⁷, va conduire le législateur à modifier en profondeur les modalités de financement des organisations syndicales et patronales dans un chapitre de la loi du 5 mars 2014 spécifiquement consacré à ce sujet³⁰⁴⁸. Jugeant que « *l'absence globale de transparence et de lisibilité du système de financement de la démocratie sociale et des organisations qui la font vivre suscite une suspicion latente préjudiciable à sa légitimité* »³⁰⁴⁹ - notamment dans le lien qui était fait entre les fonds de la formation professionnelle et le financement des organisations³⁰⁵⁰ - le législateur va clarifier les sources de financement et la gouvernance des sommes récoltées. Il prévoit pour cela la mise en place d'un fonds paritaire dédié spécifiquement au « *financement mutualisé des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs* »³⁰⁵¹. En application du nouvel article L. 2135-9 du Code du travail, ce fonds est investi d'une mission de service public et est chargé de centraliser les différentes sources de financement des organisations

³⁰⁴⁵L'ancien article R. 6332-43 du code du travail prévoyait explicitement que les OPCA - qui collectaient les contributions des entreprises au financement de la formation professionnelle - pouvaient rémunérer les missions et services accomplis par les organisations syndicales et patronales signataires des accords portant constitution de ces organismes, en vue d'assurer la gestion paritaire des fonds de la formation professionnelle continue. Les sommes consacrées à cette rémunération ne pouvaient excéder 0,75 % du montant des sommes collectées par les OPCA. Ces « préciputs » versés directement par les OPCA à leurs syndicats gestionnaires représentaient environ 30 millions d'euros par an (V. Jean-patrick GILLE, rapport préc., p.456). Par ailleurs, les organisations interprofessionnelles bénéficiaient en plus des « préciputs », des sommes provenant du Fonds national de gestion paritaire de la formation professionnelle continue (FONGEFOR), qui avait été spécialement créé en 1996 pour financer leur participation au développement de la formation professionnelle. En application de l'ancien article R. 6332-97 du Code du travail, le FONGEFOR était financé par un prélèvement de 0,75 % de la collecte des OPCA relevant du champ interprofessionnel et ce produit était ensuite réparti à parité entre les organisations de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en application de l'ancien article R. 6332-99 du Code du travail. Le produit du FONGEFOR était également de l'ordre de 30 millions d'euros par an (V. Jean-patrick GILLE, rapport préc., p. 457).

³⁰⁴⁶V. Jean-patrick GILLE, rapport préc., pp.457-461. Pour des exemples d'accords de financement du dialogue social : accord UPA (V. étude 330 supra) ; accord UNAPL (V. étude 452 supra).

³⁰⁴⁷V. étude 389 supra (3°).

³⁰⁴⁸Ces dispositions figurent dans le chapitre III intitulé « *Financement des organisations syndicales et patronales (Article 31)* » du titre II « *Démocratie sociale* » de la loi du 5 mars 2014 (V. supra note n°2172).

³⁰⁴⁹Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, étude d'impact, 21 janv. 2014, p.141.

³⁰⁵⁰V. Jean-Denis COMBEXELLE, « Propos introductifs sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, 1156.

³⁰⁵¹*C. trav.*, deuxième partie, livre I, titre III, chap. V, sect. 3.

syndicales et patronales³⁰⁵². Le législateur confie la responsabilité de sa création aux partenaires sociaux interprofessionnels par le biais d'un ANI soumis à un agrément du ministre du Travail ou à défaut au pouvoir réglementaire³⁰⁵³. Le fonds est géré par une association paritaire³⁰⁵⁴ dont le conseil d'administration est composé de représentants des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel et auprès de laquelle le ministère du Travail désigne un commissaire du Gouvernement, chargé d'une mission de contrôle³⁰⁵⁵. L'article L. 2135-10 du Code du travail rationalise le financement des organisations en disposant que le fonds est alimenté par deux sources principales : une contribution des entreprises de tous les secteurs d'activité prélevée sur la masse salariale brute et comprise entre 0,014 % et 0,02 % (1°)³⁰⁵⁶ et une subvention de l'État (3°). Selon le texte, peuvent s'y ajouter, le cas échéant, une participation volontaire d'organismes paritaires à vocation nationale figurant sur une liste fixée par un ANI agréé par le ministre du Travail ou à défaut par décret (2°), ainsi que « *toute autre ressource prévue par des dispositions législatives ou réglementaires, par une convention étendue, un accord de branche étendu, un accord professionnel ou interprofessionnel étendu qui en confie la gestion à l'association gestionnaire du fonds paritaire* » (4°).

La contribution obligatoire des entreprises vient ainsi se substituer aux financements qui provenaient principalement des OPCA et du FONGEFOR³⁰⁵⁷. La participation volontaire des organismes paritaires, qui peut également alimenter le fonds, vient se substituer aux préciputs qui étaient versés, dans l'ancien système, directement aux organisations syndicales et patronales

³⁰⁵²V. Christophe RADÉ, « Le financement des syndicats à l'heure de la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2014, p.697 ; Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBÉ, « L'impôt syndical et patronal », *Dr. soc.* 2015, p.616.

³⁰⁵³Un accord n'ayant pu être trouvé, les modalités de création du fonds ainsi que ses conditions d'organisation et de fonctionnement ont été déterminées par un décret du 28 janvier 2015 (V. Décr. n°2015-87 du 28 janv. 2015 relatif au financement mutualisé des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, JORF 31 janv. 2015, p.1484).

³⁰⁵⁴L'Association de gestion du fonds paritaire national (AGFPN), créée le 7 mars 2015.

³⁰⁵⁵V. *C. trav.*, art. L. 2135-15.

³⁰⁵⁶Son montant a été fixé à 0,016 % par décret (V. Décr. n°2014-1718 du 30 déc. 2014 relatif à la contribution au fonds institué par l'article L. 2135-9 du code du travail, JORF 31 déc. 2014, p.23429 ; *C. trav.*, art. D. 2135-34). Cette contribution est recouvrée par l'URSSAF ou les caisses de mutualité sociale agricole, au même titre que les autres contributions et cotisations sociales prélevées sur la masse salariale, et est reversée au fonds paritaire.

³⁰⁵⁷V. *supra* note n°3045. La contribution se substitue également au financement, par les entreprises, du congé de formation économique et sociale syndicale des salariés, prévu par l'ancien article L. 3142-8 du Code du travail (les dispositions sur le congé lui-même ont été transférées aux articles L. 2145-5 et suivants par la loi du 8 août 2016).

par ces mêmes organismes³⁰⁵⁸. La subvention de l'État affectée au fonds paritaire correspond quant elle au transfert des financements publics qui existaient jusqu'alors en matière de formation économique, sociale et syndicale des salariés appelés à exercer des fonctions syndicales - prévue à l'article L. 2145-1 du Code du travail - et destinés aux centres spécialisés rattachés aux organisations syndicales représentatives, ainsi qu'à une dotation nouvelle visant à contribuer au financement de la participation des organisations syndicales et patronales à la construction des politiques publiques relevant de la compétence de l'État. Enfin, les ressources additionnelles prévues au 4° de l'article L. 2135-10 du Code du travail permettent d'une part d'aménager le caractère potentiellement évolutif du fonds paritaire, que ce soit par la loi ou sur une base conventionnelle, et d'autre part de permettre de transférer au fonds les ressources conventionnelles prévues par les accords de financement du dialogue social conclus dans certains secteurs³⁰⁵⁹.

Tout en maintenant un mode de financement majoritairement privé, la loi du 5 mars 2014 réussit ainsi à rendre les ressources des organisations syndicales et patronales plus lisibles et sécurise dans le même temps ces dernières en assurant leur « *institutionnalisation* »³⁰⁶⁰.

550. Utilisation. Dans la même logique de recherche d'une plus grande transparence, la loi du 5 mars 2014 instaure un « *système strict de "fléchage" des crédits* »³⁰⁶¹ en provenance du fonds. L'article L. 2135-11 du Code du travail énumère pour cela les activités que le fonds

³⁰⁵⁸Le nouvel article L. 2135-17 du Code du travail tire les conséquences de cette substitution en interdisant formellement à tout organisme paritaire qui figure sur la liste dressée par accord ou à défaut par décret, de financer, directement ou indirectement, des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, dès lors que le conseil d'administration d'un tel organisme a décidé le versement d'une participation volontaire au fonds paritaire. Le texte réserve toutefois la possibilité pour l'organisme de rembourser, sur présentation de justificatifs, les frais de déplacement, de séjour et de restauration engagés par les personnes qui siègent dans son organe de direction (Contrairement à l'ancien système ces paiements sont bien destinés aux administrateurs eux-mêmes, *intuitu personae*, et non à l'organisation syndicale ou patronale à laquelle ils adhèrent. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'un financement des organisations. Une telle séparation présente l'avantage de permettre dorénavant de distinguer précisément ce qui relève du financement des organisations et ce qui relève du défraiement des administrateurs ; V. Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014, p.469).

³⁰⁵⁹V. Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014, pp.466-470. Il est à souligner qu'en application du 4° de l'article L. 2135-10 du Code du travail, qui prévoit que le fonds est habilité à recevoir toute ressource prévue par un ANI étendu, les signataires de l'ANI du 14 avril 2022 (V. supra note n°1766) ont prévu que lors de la prochaine négociation nationale interprofessionnelle afférente à chacun des organismes paritaires nationaux interprofessionnels, les négociateurs confient à l'AGFPN, au plus tard au 1^{er} janvier 2026, la gestion des dotations aux organisations syndicales et patronales prévues au sein de chacun de ces organismes (V. Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation, art. 10.3).

³⁰⁶⁰Christophe RADÉ, « Le financement des syndicats à l'heure de la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2014, p.697.

³⁰⁶¹Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014, p.38.

contribue à financer et qui constituent « *des missions d'intérêt général* » pour les organisations concernées, dès l'instant où elles sont plus larges que celles destinées à leurs adhérents³⁰⁶². Quatre types d'activités sont ainsi visées : (1°) la conception, la gestion, l'animation et l'évaluation des politiques menées paritairement; (2°) la participation des organisations à la conception, à la mise en œuvre et au suivi des politiques publiques relevant de la compétence de l'Etat, notamment par l'animation et la gestion d'organismes de recherche, la négociation, la consultation et la concertation; (3°) la formation économique, sociale, environnementale et syndicale des salariés appelés à exercer des fonctions syndicales ou des adhérents à une organisation syndicale de salariés amenés à intervenir en faveur des salariés; (4°) toute autre mission d'intérêt général s'appuyant sur les ressources additionnelles définies à l'article L. 2135-10, 4° du Code du travail. Selon le principe de fléchage, le texte détaille ensuite pour chacune de ces dépenses, la recette prévue à l'article L. 2135-10 qui s'y rapporte. Ainsi, la mission liée au paritarisme (1°) est financée par la contribution obligatoire des entreprises et par les participations volontaires des organismes paritaires. La mission d'appui aux politiques publiques (2°) est financée par la subvention de l'Etat. La formation économique, sociale, environnementale et syndicale (3°) est financée par la subvention de l'Etat et par une fraction de la contribution des entreprises. Enfin, les autres missions d'intérêt général (4°) sont financées par des ressources qui sont prévues par des dispositions législatives ou réglementaires, par une convention étendue, un accord de branche étendu, un accord professionnel ou interprofessionnel étendu et dont la gestion est confiée à l'AGFPN, conformément à l'article L. 2135-10, 4°, du Code du travail³⁰⁶³.

551. Attribution et répartition. S'agissant de l'affectation des crédits, la loi fixe également de façon très précise les règles d'attribution et les clés de répartition entre les différentes organisations. Pour cela, l'article L. 2135-12 du Code travail détermine tout d'abord les catégories d'organisations salariales et patronales bénéficiaires des crédits pour chaque catégorie de dépenses du fonds paritaire. Dans ce cadre, les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et multi-professionnel sont désignées, à l'instar de leurs homologues de l'interprofession, comme attributaires des crédits du fonds paritaire au titre de l'exercice des missions prévues au 1° et 2° de l'article L. 2135-11 du Code du travail, à savoir la mission liée au paritarisme et la mission liée à la participation aux politiques publiques.

³⁰⁶²Le fonds, chargé d'une mission de service public (V. étude 549 supra), a vocation à ne financer les organisations qu'au titre de leurs missions d'intérêt général. Le financement de la représentation des intérêts catégoriels a vocation à demeurer assuré par les cotisations des adhérents (V. Jean-patrick GILLE, rapport préc., p.465).

³⁰⁶³V. étude 549 supra.

L'article L. 2135-13 du même code fixe ensuite les modalités de répartition des crédits entre les organisations éligibles. Or, à ce stade, des différences notables de traitement sont instaurées entre le champ interprofessionnel et le champ multi-professionnel.

Le texte prévoit en premier lieu (L. 2135-13, I, 1°) que les crédits finançant la mission liée au paritarisme sont répartis à parité entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs « *au niveau national et au niveau de la branche* ». Le texte introduit toutefois une première nuance en indiquant que la part salariée est répartie uniformément entre les organisations syndicales, alors que la part patronale est répartie en fonction de l'audience des organisations d'employeurs³⁰⁶⁴. Saisi au moyen d'une QPC, le Conseil constitutionnel a cependant validé cette différence de traitement entre organisations salariales et patronales en considérant que « *la nature des intérêts que ces deux catégories d'organisations défendent les place dans une situation différente au regard des règles qui organisent le paritarisme* », autorisant ainsi le législateur à appliquer un mode de répartition distinct sans qu'il y ait méconnaissance du principe d'égalité devant la loi³⁰⁶⁵.

Les dispositions réglementaires détaillent ensuite cette répartition. L'article R. 2135-27 du Code du travail fixe un montant plancher en indiquant que les crédits affectés à la mission liée au paritarisme ne peuvent être inférieurs à 73 millions d'euros par an et l'article R. 2135-28 répartit cette somme en deux dotations. Une première dotation est attribuée aux organisations syndicales de salariés et aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, qui se la partagent selon les règles fixées par l'article L. 2135-13, I, 1° du Code du travail que nous venons d'indiquer (à parts égales entre la partie patronale et la partie salariale, puis de manière uniforme pour les organisations de salariés et

³⁰⁶⁴Dans la version initiale du texte issue de la loi du 5 mars 2014, l'article L. 2135-13, 1°, du Code du travail disposait que la répartition des crédits patronaux était fonction « *de l'audience ou du nombre des mandats paritaires exercés* ». Ce mode alternatif avait été envisagé par le législateur en raison de la mise en œuvre échelonnée des dispositions de la loi du 5 mars 2014. En effet, la première mesure de l'audience patronale n'étant prévue qu'en 2017 (V. étude 380 supra), ces données n'étaient pas disponibles lors de l'entrée en vigueur de la loi. La rédaction permettait donc de résoudre cette difficulté en prévoyant une avancée par étapes : dans un premier temps, lors de la création du fonds, et par défaut, en raison de l'absence de disponibilité des données relatives à l'audience des organisations patronales, la clé de répartition se calerait sur la répartition des mandats au sein des instances délibératives des organismes paritaires concernés et une fois que les résultats de l'audience des organisations patronales seraient connus, la clé de répartition serait calée sur ces résultats (V. Jean-patrick GILLE, rapport préc., p.476). L'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective a abrogé depuis la référence au nombre de mandats paritaires pour se baser uniquement sur l'audience. Enfin, la loi du 8 août 2016 - qui a introduit la possibilité de se référer soit au nombre d'entreprises adhérentes, soit au nombre de salariés de ces entreprises pour calculer l'audience servant à déterminer la représentativité patronale au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel (V. étude 397 supra) - est venue préciser que pour l'appréciation de l'audience prévue à l'article L. 2135-13, 1°, du Code du travail le nombre d'entreprises adhérentes et le nombre de salariés employés par ces mêmes entreprises étaient pris en compte chacun à hauteur de 50 %.

³⁰⁶⁵Cons. const., 27 nov. 2015, n°2015-502 QPC, D. 2015, p.2449 ; *Constitutions* 2015, p.648; *Lexbase soc.* 2015, n°636, comm. Christophe RADÉ ; *RDT* 2016, p.134, note Christophe RADÉ et Nicole MAGGI-GERMAIN.

selon l'audience pour les organisations d'employeurs)³⁰⁶⁶. Par déduction des dispositions du deuxième paragraphe de l'article R. 2135-28 du Code du travail, le montant global cette dotation, réservée au niveau national et interprofessionnel, ne peut être inférieur à 37 millions d'euros. Une deuxième dotation, fixée à un montant minimum de 36 millions d'euros³⁰⁶⁷, est « répartie entre les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés, représentatives dans les branches, au niveau national et multiprofessionnel ainsi qu'au niveau national et interprofessionnel »³⁰⁶⁸. La répartition de cette deuxième dotation versée en contrepartie de la réalisation des actions engagées au titre du paritarisme est effectuée par branche professionnelle, à parts égales entre les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans les branches concernées. Dans ce cadre, la part attribuée aux organisations syndicales représentatives dans les branches est répartie uniformément entre les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, les organisations syndicales de vocation statutaire nationale et interprofessionnelle ayant recueilli entre 3 % et 8 % des suffrages aux élections prévues au 3° de l'article L. 2122-9 du Code du travail et les autres organisations syndicales représentatives exclusivement dans les branches³⁰⁶⁹. Les crédits attribués aux organisations professionnelles d'employeurs sont répartis en fonction de leur audience déterminée dans les conditions prévues au 1° du I de l'article L. 2135-13 du Code du travail dans la ou les branches dans lesquelles elles sont représentatives. Les organisations d'employeurs visées sont les organisations représentatives au niveau national et multi-professionnel représentatives dans les branches considérées (leur audience étant alors calculée au niveau de la branche) et les organisations patronales représentatives exclusivement dans les branches³⁰⁷⁰. Contrairement au niveau national et interprofessionnel, le niveau national et multi-professionnel n'est donc pas identifié en tant que tel comme un niveau d'attribution des crédits versés en contrepartie des actions liées au paritarisme, et ce même si les entreprises ressortant de ces secteurs versent la contribution obligatoire alimentant le fonds paritaire. Les organisations multi-professionnelles doivent se contenter des crédits attribués au titre de leur représentativité dans les branches et

³⁰⁶⁶V. C. trav., art. R. 2135-28, I, 1°.

³⁰⁶⁷V. C. trav., art. R. 2135-28, II.

³⁰⁶⁸C. trav., art. R. 2135-28, I, 2°.

³⁰⁶⁹V. Fonds pour le financement du dialogue social, « Rapport annuel 2022, Utilisation des crédits du Fonds pour le financement du dialogue social », 1^{er} oct. 2023, pp.12-13.

³⁰⁷⁰*Ibidem*. Un décret n°2016-305 du 16 mars 2016 (JORF 17 mars 2016) a toutefois prévu que dans le secteur de la production cinématographique, de l'audiovisuel et du spectacle, la dotation est attribuée aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives de l'ensemble des professions de ce secteur et est répartie entre ces organisations en fonction de leur audience déterminée dans ce secteur (V. C. trav., art. R. 2135-28, I, 2°, a). La FESAC bénéficie ainsi d'une modalité de calcul particulière propre au secteur.

concourir pour cela avec les organisations patronales représentatives exclusivement au niveau de ces branches, qu'elles comptent en général parmi leurs adhérents³⁰⁷¹.

L'article L. 2135-13 du Code du travail prévoit en second lieu (L. 2135-13, I, 2°) que la subvention de l'Etat attribuée au titre de la mission liée à la participation aux politiques publiques est répartie « *sur une base forfaitaire identique, fixée par décret, pour chacune des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, et sur une base forfaitaire identique d'un montant inférieur, fixée par décret, pour chacune des organisations syndicales de salariés dont la vocation statutaire revêt un caractère national et interprofessionnel et qui ont recueilli plus de 3 % des suffrages exprimés lors des élections prévues au 3° de l'article L. 2122-9 et pour chacune des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et multi-professionnel mentionnées à l'article L. 2152-2* ». Contrairement aux crédits affectés au paritarisme, les modalités de répartition au sein de la partie salariale et au sein de la partie patronale sont donc ici identiques. La répartition de la subvention est effectuée à parts égales entre organisations et non en fonction de l'audience pour les organisations d'employeurs. En revanche, le texte fixe d'emblée le principe d'une répartition inégalitaire des crédits de l'Etat entre les organisations patronales du champ interprofessionnel et celles du champ multi-professionnel. Ces dernières devront en effet partager, avec des organisations syndicales à vocation nationale et interprofessionnelle qui n'ont pas atteint le seuil d'audience de 8 % requis par l'article L. 2122-9 du Code du travail pour être reconnues représentatives à ce niveau, une part de la subvention publique fixée par décret mais par principe inférieure à la part attribuée au champ interprofessionnel. En application de ces dispositions, le décret n°2015-87 du 28 janvier 2015³⁰⁷² est venu attribuer 80 % des crédits, à parts égales, aux organisations syndicales de salariés et aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel et 20 % des crédits, à parts égales, aux organisations syndicales de salariés dont la vocation statutaire revêt un caractère national et interprofessionnel et qui ont recueilli entre 3 % et 8 % des suffrages exprimés lors des élections prévues au 3° de l'article L.

³⁰⁷¹Le conseil d'administration de l'AGFPN a toutefois admis que certaines organisations professionnelles d'employeurs représentatives dans les branches professionnelles puissent désigner une autre organisation professionnelle d'employeurs dont elles sont membres pour le conventionnement et le versement des crédits du Fonds paritaire au titre de la mission liée au paritarisme. Ainsi des organisations patronales de branches de l'ESS éligibles aux crédits ont désigné l'UDES pour le conventionnement et le versement de ces crédits (V. Rapport préc., p.14).

³⁰⁷²V. supra note n°3053.

2122-9 du Code du travail et aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et multiprofessionnel³⁰⁷³.

552. Bilan. Les modalités de répartition des sommes allouées par le fonds paritaire favorisent donc très grandement les acteurs syndicaux et patronaux de l'interprofession. Le rapport établi par l'AGFPN sur l'utilisation des crédits - que le fonds paritaire remet chaque année au Gouvernement et au Parlement en application de l'article L. 2135-16 du Code du travail - atteste que les organisations interprofessionnelles captent la majorité des financements et ne laissent qu'une portion congrue aux organisations multi-professionnelles³⁰⁷⁴. Ce déséquilibre est une source d'agacement pour les représentants patronaux du champ multiprofessionnel, qui déplorent par ailleurs de ne pouvoir siéger au sein du conseil d'administration de l'AGFPN dont l'ensemble des sièges est réservé légalement aux organisations interprofessionnelles³⁰⁷⁵. Privées de tout pouvoir décisionnaire en la matière, alors que leurs entreprises adhérentes cotisent pour alimenter le fonds paritaire, les organisations multiprofessionnelles doivent se contenter, là encore, d'être destinataires des projets de décision de leurs homologues de l'interprofession sur la répartition des crédits et de pouvoir formuler d'éventuelles observations³⁰⁷⁶.

³⁰⁷³V. C. trav., art. D. 2135-30.

³⁰⁷⁴En 2022, les trois organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel ont perçu un montant total de crédits de 27 697 876 euros, issus de la collecte de la contribution des employeurs de 0,016 % et de la subvention de l'État (mission n°1 liée au paritarisme : 26 814 092 euros et mission n°2 liée à la participation aux politiques publiques : 883 785 euros). Les trois organisations patronales représentatives au niveau national et multiprofessionnel ont perçu un montant total de crédits de 1 150 966 euros, issus de la collecte de la contribution des employeurs de 0,016 % et de la subvention de l'État (mission n°1 : 797 452 euros et mission n°2 : 353 514 euros). V. Fonds pour le financement du dialogue social, « *Rapport annuel 2022, Utilisation des crédits du Fonds pour le financement du dialogue social* », 1^{er} oct. 2023, p.18.

³⁰⁷⁵V. Hugues VIDOR, « La reconnaissance de l'UDES est en marche », *Directions* 2015, n°137, p.16 ; Hugues VIDOR et Sébastien DARRIGRAND, « L'Udes ouvre les portes une à une », *Directions* 2016, n°147, p.27. Nous rappelons que l'article L. 2135-15, I, du Code du travail dispose que l'association en charge de la gestion du fonds paritaire est administrée par un conseil d'administration composé de représentants des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel (V. étude 549 supra).

³⁰⁷⁶L'article L. 2135-15, I, al. 3 du Code du travail dispose : « *Les organisations syndicales de salariés, dont la vocation statutaire revêt un caractère national et interprofessionnel et qui ont recueilli plus de 3 % des suffrages exprimés lors des élections prévues au 3° de l'article L. 2122-9, et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et multi-professionnel sont destinataires des projets de délibération et de décision du conseil d'administration relatifs à la répartition des crédits mentionnée à l'article L. 2135-13 et elles peuvent faire connaître leurs observations* ».

§ 2. Une reconnaissance parcellaire du « hors champ »

553. La reconnaissance de la représentativité au niveau national et multi-professionnel n'emporte pas la reconnaissance d'un nouveau niveau de négociation collective (A). Par ailleurs, en limitant l'accès à cette nouvelle forme de représentativité, la loi du 5 mars 2014 a laissé de côté de nombreux secteurs « hors champ » (B).

A. L'absence de reconnaissance d'un niveau de négociation collective

554. Tout en créant une représentativité intermédiaire entre la représentativité de branche et la représentativité interprofessionnelle, la loi du 5 mars 2014 semble avoir oublié de tirer les conséquences de cette création en matière de négociation collective (1). Pour autant, des accords se sont noués à ce « niveau », laissant planer un doute sur leur nature et leur régime juridique (2).

1- Une négociation « oubliée »

555. Prérogatives. Si, comme le rappelle le Professeur Franck Héas, la représentativité est « *une qualité reconnue à certaines organisations de travailleurs et d'employeurs, leur conférant le bénéfice de prérogatives particulières* »³⁰⁷⁷, le contenu exact de ces prérogatives au niveau national et multi-professionnel pose question. Nous venons de voir, en effet, que la fonction organique de la représentativité nationale et multi-professionnelle ne lui permet qu'une participation atténuée au paritarisme au niveau national. Dans le domaine de la négociation collective, les prérogatives reconnues aux organisations multi-professionnelles par la loi du 5 mars 2014 semblent se résumer au mécanisme d'information préalable aux négociations nationales et interprofessionnelles prévu par l'article L. 2152-3 du Code du travail, que nous avons précédemment étudié. Faut-il pour autant en conclure que le rôle de cette nouvelle forme de représentativité en matière de négociation collective est purement informatif ou bien au contraire qu'une fonction conventionnelle peut lui être reconnue ? En effet, tout en confirmant que les organisations patronales détentrices de cette nouvelle représentativité ne peuvent signer des ANI puisqu'elles sont simplement informées et consultées lors des négociations nationales

³⁰⁷⁷Franck HÉAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *RDT* 2011, p.91.

interprofessionnelles³⁰⁷⁸, la loi de 2014 laisse malgré tout ouverte la question de leur capacité à mener des négociations qui leur sont propres et à signer des accords collectifs concluant celles-ci.

556. Eléments textuels. Une lecture attentive de l'article L. 2152-2 du Code du travail fixant les critères de la représentativité au niveau national et multi-professionnel³⁰⁷⁹ justifie, en premier lieu, un tel questionnement. En renvoyant *in extenso* aux cinq premiers critères généraux de la représentativité patronale fixés par l'article L. 2151-1 du Code du travail, l'article L. 2152-2 fait sienne la formulation du 4° de cet article exigeant « *une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation* ». L'ancienneté minimale requise est donc appréciée - à compter de la date de dépôt légal des statuts de l'organisation - dans un champ professionnel et géographique couvrant un niveau de négociation, autrement dit dans le champ conventionnel au sein duquel l'organisation souhaite voir sa représentativité établie, qui correspondrait lui-même à un « niveau de négociation ». Cette formulation semble ainsi suggérer que le niveau national et multi-professionnel, distinct du niveau d'appréciation de la représentativité de branche et de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, constitue un niveau de négociation à part entière. Pour autant, l'article L. 2152-2 du Code du travail ne renvoie pas, comme l'avons souligné, au sixième critère général de la représentativité patronale, à savoir le critère de l'audience dont l'article L. 2151-1 prévoit une mesure organisée « *selon les niveaux de négociation* ». Nous avons vu que la plus éminente doctrine a tiré comme conséquence de cette absence de mesure directe de l'audience au niveau national et multi-professionnel que ce dernier ne constituait pas, malgré les apparences, un nouveau niveau de négociation³⁰⁸⁰. Nous avons pu objecter que la représentativité n'étant pas exigée du côté patronal pour la signature des accords ordinaires, cette question ne pouvait être totalement éludée mais qu'une difficulté sérieuse apparaissait toutefois au stade de l'extension et plus particulièrement pour l'exercice du droit patronal d'opposition que la loi de 2014 fonde expressément sur l'audience des organisations³⁰⁸¹.

En second lieu, nous pouvons souligner que le chapitre du code du travail fixant les « *Règles applicables à chaque niveau de négociation* »³⁰⁸², qui détermine les règles de validité

³⁰⁷⁸V. étude 539 supra.

³⁰⁷⁹V. études 489 et s. supra.

³⁰⁸⁰V. Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238 (étude 494 supra).

³⁰⁸¹V. étude 494 supra.

³⁰⁸²*C. trav.*, Deuxième partie, Livre II, Titre III, chap. II.

des différentes catégories d'accords collectifs, ne mentionne à aucun moment la notion d'accord multi-professionnel, laissant à penser qu'un tel niveau de négociation n'existe pas³⁰⁸³.

Enfin, si pour négocier il faut être deux, force est de constater que la loi du 20 août 2008 n'a pas créé un niveau national et multi-professionnel pour l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales de salariés³⁰⁸⁴. Or, du côté salarial, l'exigence de représentativité est consubstantielle au droit de négocier et de conclure des accords collectifs. En effet, comme nous l'avons à maintes reprises indiqué, l'article L. 2231-1 du Code du travail relatif à la capacité à négocier - et à signer les accords conclusifs - réserve celle-ci aux seules organisations syndicales de salariés reconnues représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord. Dès lors, le silence du législateur sur l'existence d'une représentativité salariale multi-professionnelle pourrait être interprété comme excluant la conclusion de conventions ou d'accords collectifs dans un champ d'application géographique et professionnel qui serait « national et multi-professionnel ». Il convient d'ajouter que les règles de validité des accords collectifs que le Code du travail édicte par niveaux de négociation, comme nous venons de le rappeler, reposent sur une mesure de l'audience des organisations syndicales signataires calculée soit au niveau de l'entreprise et de ses déclinaisons (établissement, groupe, interentreprises) pour les accords conclus à ce niveau, soit au niveau de la branche pour les conventions de branche et accords professionnels, soit au niveau national et interprofessionnel pour les accords interprofessionnels³⁰⁸⁵. Là encore, le silence du législateur sur la qualité des organisations syndicales de salariés au niveau national et multi-professionnel génère une difficulté pour apprécier la validité des accords collectifs qui seraient conclus à ce niveau.

557. Pratique. Malgré ce silence législatif, une pratique de négociation s'est développée au niveau multi-professionnel. L'UDES, par exemple, signe de nombreux textes conventionnels qui se qualifient parfois eux-mêmes d'« accord multi-professionnel » depuis l'adoption de la loi du 5 mars 2014³⁰⁸⁶. Ces accords, qui sont signés par les confédérations syndicales du côté des salariés, sont les successeurs de l'accord fondateur du 22 septembre 2006 signé par l'USGERES, le GEMA et l'UNIFED et par trois organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, auquel le ministère du Travail avait

³⁰⁸³Les différentes sections du chapitre II visent respectivement les accords interprofessionnels (sect. 1), les conventions de branche et accords professionnels (sect. 2), les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement (sect. 3), les conventions ou accords de groupe (sect. 4), les accords interentreprises (sect. 5).

³⁰⁸⁴V. étude 488 supra

³⁰⁸⁵V. supra note n°238.

³⁰⁸⁶V. notamment Accord du 9 janvier 2019 relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS, Préambule, p.1.

refusé la qualité d'accord interprofessionnel sous l'empire du droit antérieur³⁰⁸⁷. Le conseiller d'Etat Patrick Quinqueton a d'ailleurs mis en évidence l'existence et l'importance de cette négociation dans son rapport sur la restructuration des branches professionnelles, en mentionnant « *la signature régulière d'accords multi-professionnels dans l'économie sociale et solidaire, au nombre de six, depuis 2006, dont cinq ont fait l'objet d'une extension* »³⁰⁸⁸. Une négociation multi-professionnelle semble donc bel et bien exister puisque des accords sont signés et font, au demeurant, l'objet d'arrêtés d'extension dont la légalité n'a pas à ce jour été contestée³⁰⁸⁹.

558. Liberté. Si l'on s'en tient à l'architecture du chapitre du Code du travail fixant les règles de validité des accords collectifs par niveaux de négociation, seuls cinq niveaux de négociation collective sont identifiés : le niveau interprofessionnel, la branche et le niveau professionnel, l'entreprise et l'établissement, le groupe, le niveau interentreprises³⁰⁹⁰. Ainsi, comme le souligne Lydie Dauxerre, le champ multi-professionnel ne constitue pas « *un niveau de négociation à part entière* » car « *le législateur ne l'a pas voulu* »³⁰⁹¹. Pour autant, comme nous venons de l'indiquer, des accords sont négociés et conclus par les organisations patronales représentatives au niveau national et multi-professionnel qui contractent pour cela avec l'échelon confédéral des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, faute d'interlocuteurs syndicaux « multi-professionnels ». L'examen de légalité auxquels ces accords ont été soumis lors de leur extension atteste par ailleurs que cette « négociation multi-professionnelle », mise en exergue par le Rapport Quinqueton, ne semble pas interdite même si le législateur ne la mentionne pas.

³⁰⁸⁷V. études 458 et s. *supra*.

³⁰⁸⁸Patrick QUINQUETON, « *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles* », Rapport à Madame la ministre du travail, 15 déc. 2015, p.44 (V. *supra* note n°401). D'autres accords ont été conclus par l'UDES depuis le constat dressé par le rapport Quinqueton : V. <https://www.udes.fr>

³⁰⁸⁹Il est à noter que les arrêtés d'extension ne mentionnent pas expressément la notion d'accord multi-professionnel (V. notamment Arr. du 7 avr. 2016 portant extension d'un accord relatif à l'insertion professionnelle et l'emploi des jeunes dans l'économie sociale et solidaire, JORF 20 avr. 2016 ; Arr. du 30 mai 2023 portant extension d'un accord conclu dans le cadre du secteur de l'économie sociale et solidaire, JORF 10 juin 2023). Les arrêtés d'agrément pris en application de l'article L. 314-6 du CASF, auxquelles certaines activités représentées par l'UDES sont soumises, ne mentionnent pas davantage la notion d'accord multi-professionnel (V. notamment Arr. du 28 avril 2022 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif, JORF 30 avr. 2022. L'accord du 6 octobre 2021 relatif à l'impact du numérique sur les conditions de travail et l'emploi dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire, signé par l'UDES, est classé dans la rubrique « *Accords de branche et conventions collectives* » de l'arrêté ministériel d'agrément).

³⁰⁹⁰V. *supra* notes n°s 3082 et 3083.

³⁰⁹¹Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », *JCP S* 2017, 1209.

Nous pouvons ajouter qu'au-delà de la liberté de négocier à tous les niveaux - que le Conseil d'Etat avait rattachée aux principes fondamentaux du droit du travail dès 1970³⁰⁹² - une valeur constitutionnelle semble être aujourd'hui reconnue à la liberté de la négociation collective, ce qui protège à notre sens le droit de négocier au niveau multi-professionnel bien que le législateur n'en fasse pas mention³⁰⁹³.

Il n'en demeure pas moins, malgré tout, que le silence du législateur sur les conditions d'établissement de la représentativité salariale au niveau national et multi-professionnel, ainsi que sur les règles de mesure de l'audience nécessaire à la validation des accords conclus dans ce champ spécifique, laisse subsister des zones d'ombre sur la nature et le régime juridique de tels accords.

2- Un besoin de clarification de la nature et du régime juridique des accords multi-professionnels

559. Incompétence négative. En conférant à des organisations patronales qualifiées de multi-professionnelles le droit d'établir leur représentativité à un niveau spécifique sans pour autant accorder un droit identique aux organisations syndicales de salariés, ni reconnaître

³⁰⁹²V. CE, 21 juil. 1970, *Dr. soc.* 1971, p.112, note Jean-Claude VENEZIA.

³⁰⁹³Nous rappelons que le Conseil constitutionnel accorde une garantie constitutionnelle au droit des salariés à la négociation collective fondée sur le principe de participation visé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (V. notamment note n°141 supra). Bien que le Conseil constitutionnel refuse aux organisations patronales le droit de revendiquer l'alinéa 8 au motif ce texte viserait au regard de sa formulation les seuls salariés, il considère en revanche que l'alinéa 6 du même Préambule qui consacre la liberté syndicale leur est applicable (V. Cons. const., 3 fév. 2016, n°2015-519 QPC, *JCP S* 2016, 1081, comm. Lydie DAUXERRE ; *RDT* 2016, p.354, note Sophie NADAL). Or, le Conseil a reconnu un principe de liberté contractuelle en matière de négociation collective qu'il fonde désormais expressément sur trois droits à valeur constitutionnelle : la liberté syndicale (sixième alinéa du Préambule de 1946), le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (huitième alinéa du Préambule de 1946) et la liberté contractuelle qu'il déduit de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (V. Cons. const., n°2019-816 QPC, 29 nov. 2019, *D.* 2019, p.2306; *JCP S* 2019, 1350, étude Alexis BUGADA; *SSL* 2019, n°1887, p.12, obs. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE; *JSL* 2020, n°490, obs. Hélène NASOM-TISSANDIER; *RDT* 2020, p.200, obs. Sophie NADAL; *Dr. soc.* 2020, p.366, note Barbara GOMES). Comme le souligne le Professeur Alexis Bugada dans son étude, il y a dès lors « *un alignement de la doctrine constitutionnelle avec celle des organes de contrôle européens faisant du droit de la négociation collective un élément consubstantiel de la liberté syndicale* » (Alexis BUGADA, « Constitutionnalité réservée de la fusion imposée des champs conventionnels », *JCP S* 2019, 1350, préc.). Par ailleurs, comme le précise une autre commentatrice, même s'il fait « *un autre choix sémantique en évoquant " une liberté contractuelle en matière de négociation collective "* », le Conseil constitutionnel reconnaît en réalité par cette décision « *une " liberté de la négociation collective " à valeur constitutionnelle* » (Barbara GOMES, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », *Dr. soc.* 2020, p.366, préc.). En lui conférant cette « *protection à triple rattachement* » (Alexis BUGADA, *op. cit.*), le juge constitutionnel protège ainsi la liberté de la négociation collective de toute atteinte disproportionnée de la part du législateur. On voit mal dès lors comment une interdiction de négocier pourrait être opposée aux organisations patronales multi-professionnelles au motif que le Code de travail ne ferait pas expressément état de l'existence d'un tel niveau de négociation.

expressément un niveau de négociation associé, la loi du 5 mars 2014 ne souffre-t-elle pas d'une incompétence négative censurable par le juge constitutionnel ? En effet, nous avons vu que la loi de 2014 a créé un nouveau niveau d'appréciation de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs dans le seul but de répondre à la situation particulière de certaines organisations patronales représentant des secteurs à l'importance économique et sociale certaine mais exclues du dialogue social national en raison de leur position « hors champ ». La représentativité salariale n'ayant pas les mêmes effets sur la délimitation des espaces professionnels de négociation, nous avons expliqué que cette question avait été passée sous silence lors de l'adoption de la loi de 2008 qui visait avant tout à renforcer la légitimité des organisations syndicales aux différents niveaux de négociation existants³⁰⁹⁴. Pour autant, la représentativité des négociateurs étant une qualité expressément exigée par le législateur en matière de négociation collective, y compris pour les organisations patronales dès lors que l'extension de l'accord est envisagée, nous pouvons inversement nous interroger sur le bien fondé de son silence concernant les effets de la représentativité multi-professionnelle en matière de négociation collective. En s'abstenant de définir les règles d'appréciation de la représentativité salariale au niveau national et multi-professionnel, le législateur ne garantit pas en effet les conditions d'exercice de la négociation collective car non seulement l'identification des organisations syndicales habilitées à négocier dans ce champ pose question mais les règles de mesure de l'audience salariale nécessaire à la validation de l'accord conclu n'y sont pas fixées. Par ailleurs, au stade de l'extension, l'absence d'une mesure de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs représentatives à ce niveau pose également la question, comme nous l'avons précédemment souligné, des conditions d'exercice du droit d'opposition patronal prévu par l'article L. 2261-19 alinéa 3 du Code du travail, qui nécessitent un calcul du poids respectif des différentes organisations professionnelles d'employeurs « reconnues représentatives au niveau considéré » ... Nous pouvons donc légitimement nous demander si législateur n'est pas resté « en deçà de sa compétence »³⁰⁹⁵ en s'abstenant de

³⁰⁹⁴V. étude 488 supra.

³⁰⁹⁵Ariane VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Cah. Cons. Constit.* 2015, n°46, p.7 et spéc. p.10.

définir, lors de l'élaboration de la loi du 5 mars 2014, les règles applicables à la négociation nationale multi-professionnelle³⁰⁹⁶.

560. Positionnement. Nous avons vu que la pratique s'était affranchie de ce silence législatif et qu'une négociation multi-professionnelle s'était développée avec une certaine vigueur, notamment dans le secteur de l'ESS³⁰⁹⁷. Cette négociation se situe indiscutablement en amont de la négociation de branche puisqu'elle a vocation à couvrir les branches composant le champ multi-professionnel considéré (ESS, activités agricoles, spectacle vivant et enregistré). Mais puisque la loi de 2014 a confirmé l'impossibilité pour les organisations multi-professionnelles de signer des ANI, cette négociation ne peut quoiqu'il en soit prétendre se situer au niveau national et interprofessionnel, qui reste l'apanage des seules organisations reconnues représentatives à ce niveau. Il conviendrait dès lors de considérer que la négociation multi-professionnelle se situe dans une position intermédiaire entre la négociation de branche qu'elle dépasse et la négociation interprofessionnelle qu'elle ne peut atteindre³⁰⁹⁸. Le positionnement « hiérarchique »³⁰⁹⁹ des accords multi-professionnels se situerait ainsi entre la convention de branche et l'ANI, ce qui ne manquerait pas d'avoir un impact sur les règles d'articulation des conventions et accords posées par le Code du travail, notamment à l'article L. 2252-1³¹⁰⁰. Cependant, le législateur étant demeuré silencieux sur la notion d'accord multi-

³⁰⁹⁶Nous soulignons que la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'incompétence négative recouvre plusieurs hypothèses (V. Ariane VIDAL-NAQUET, *op. cit.*). De façon schématique, l'incompétence négative est constatée lorsque le législateur renonce à fixer les règles et les principes fondamentaux et permet, explicitement ou implicitement, à une autre autorité d'intervenir à sa place. On pourrait ainsi considérer qu'en s'abstenant de fixer les règles encadrant la négociation multi-professionnelle, le législateur n'a pas assorti le principe constitutionnel de liberté de la négociation collective de garanties légales suffisantes et qu'il a laissé le soin à d'autres autorités d'intervenir à sa place sur cette question (notamment les partenaires sociaux qui pourraient être tentés d'édicter eux-mêmes ces règles qui relèvent normalement de la compétence du législateur ou bien encore le juge en cas de litige sur la validité d'un accord multi-professionnel).

³⁰⁹⁷V. étude 557 supra. La négociation multi-professionnelle existe également dans le secteur agricole lorsque la FNSEA signe seule des accords au niveau national sur des sujets transverses (V. Alain SAURET, « Le regroupement des branches », *JCP S* 2016, 1441 ; Morgan OYAUX, « Regroupement de branches professionnelles : exemples », *JCP S* 2016, 1446). Outre la négociation spécifique du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle, la FESAC négocie également des accords multi-professionnels, notamment en matière d'égalité et de formation professionnelles (V. <https://fesac.fr>).

³⁰⁹⁸Nous rappelons que la notion de « représentativité intermédiaire » (entre la branche et le niveau national et interprofessionnel) est d'ailleurs utilisée pour qualifier la représentativité au niveau national et multi-professionnel (V. étude 486 supra).

³⁰⁹⁹Nous rappelons toutefois que l'existence d'une hiérarchie entre les accords conclus aux différents niveaux de négociation a été mise à mal par les techniques de dérogeabilité et de supplétivité, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 (V. supra note n°319).

³¹⁰⁰Nous rappelons que l'article L. 2252-1 du Code du travail dispose : « Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie. Lorsqu'une convention ou un accord de niveau supérieur à la convention ou à l'accord intervenu est conclu, les parties adaptent les stipulations de la convention ou accord antérieur moins favorables aux salariés si une stipulation de la convention ou de l'accord de niveau supérieur le prévoit expressément. » (V. étude 173 supra).

professionnel aussi bien, comme nous l'avons vu, dans le chapitre fixant les règles de validité des accords collectifs par niveaux de négociation que, précisément, dans les dispositions relatives à l'articulation des conventions et accords³¹⁰¹, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude qu'un tel positionnement existe.

561. Identité. Le silence du législateur nous pousse au contraire à douter que l'accord multi-professionnel puisse disposer d'une identité juridique qui lui soit propre, malgré la créativité et la vitalité des négociateurs du champ multi-professionnel. Dès lors, comment qualifier ces accords sur un plan juridique ? L'assimilation à l'ANI n'est pas possible, n'y revenons pas. Mais l'assimilation aux conventions de branche et accords professionnels est-elle la solution ? Nous pouvons d'emblée, à notre sens, écarter l'idée qu'une convention collective puisse être conclue au niveau national et multi-professionnel. En effet, la convention collective ayant vocation à traiter, selon les termes de l'article L. 2221-2 du Code du travail, de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1 du même code, une pareille assimilation entraînerait à n'en pas douter l'opposition des signataires des conventions de branche existantes dans le champ multi-professionnel considéré. Il semble donc qu'à l'instar du niveau interprofessionnel³¹⁰², seuls des accords collectifs puissent être conclus au niveau national et multi-professionnel. L'accord « multi-professionnel » aurait dès lors vocation à régir un ou plusieurs sujets déterminés au sein de l'ensemble des matières évoquées à l'article L. 2221-1 du Code du travail pour les branches composant le champ multi-professionnel considéré. Il ne serait ainsi pas cantonné au niveau de la branche mais il réunirait au contraire conventionnellement les différentes branches constituant le segment multi-professionnel considéré. Visant plusieurs branches, l'accord serait donc « multi-branches » ou « pluri-branches » ou « interbranches ».

562. Régime juridique. Nous avons vu que l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective est venue compléter l'article L. 2232-5 du Code du travail par un alinéa 2 qui dispose : « *Sauf disposition contraire, les termes "convention de branche" désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches* »³¹⁰³. La notion d'accord interbranches est donc désormais légalisée et assimilée à l'accord de branche. Pour autant, un projet de loi a prévu de

³¹⁰¹V. *C. trav.*, Deuxième partie, Livre II, Titre V. La notion d'accord multi-professionnel ne figure dans aucun chapitre du titre V.

³¹⁰²V. étude 172 supra.

³¹⁰³V. étude 68 supra.

de clarifier la compétence du ministre du Travail pour prendre des arrêtés de représentativité syndicale et de représentativité patronale dans des périmètres couvrant plusieurs branches professionnelles et de préciser les règles de validité d'un accord interbranches³¹⁰⁴. Bien qu'il soit resté à l'état de projet à l'heure où nous écrivons ces lignes, ce texte a le mérite, comme nous l'avons souligné, d'indiquer que l'interbranche est constituée de plusieurs branches professionnelles ayant des « *activités économiques proches ou identiques* », ce qui nous permet de distinguer avec une meilleure netteté l'interbranche de l'interprofession, qui regroupe également plusieurs branches professionnelles mais présentant un caractère disparate³¹⁰⁵. Le texte indique ensuite que les règles de validité de l'accord interbranches sont fixées par l'article L. 2232-6 du Code du travail fixant les règles applicables aux accords de branche, tout en précisant que les seuils d'engagement et d'opposition sont appréciés à l'échelle de chacune des branches comprises dans le périmètre de l'accord³¹⁰⁶.

Or, au niveau multi-professionnel la proximité ou l'identité des activités économiques des branches regroupées ne semble pas caractérisée. Dans le secteur de l'ESS, notamment, les activités sont très disparates. L'UDES regroupe en effet, comme nous l'avons précédemment souligné, des organisations représentatives dans des branches qui ont pour seule caractéristique commune la non lucrativité ou une lucrativité limitée de leurs entreprises adhérentes et non l'identité ou la proximité des activités entre ces branches³¹⁰⁷. L'assimilation de chaque champ multi-professionnel visé par la loi de 2014 à une « interbranche » nous semble dès lors peu souhaitable si l'on s'en tient à cette exigence d'identité ou de proximité des activités regroupées. Les accords conclus en leur sein pourraient au contraire être qualifiés d'accords « multi-branches » ou de « pluri-branches » en l'absence de déterminants économiques proches ou identiques au sein des branches regroupées. Néanmoins, au-delà de cette approche purement sémantique (le Code du travail ne reconnaissant pas la notion d'accord « multi-branches » ou « pluri-branches »), l'accord multi-professionnel empruntera à notre sens le régime juridique

³¹⁰⁴V. étude 196 supra.

³¹⁰⁵V. études 196 et 249 supra.

³¹⁰⁶V. étude 196 supra.

³¹⁰⁷V. études 512 et s. supra. Nous pouvons citer à titre d'exemples le Conseil social du mouvement sportif (COSMOS), organisation patronale représentative dans la branche du sport, la Fédération SOLIHA (Solidaires pour l'habitat), organisation patronale représentative dans la branche de l'habitat et du logement accompagnés, ou bien encore la Fédération Adédôm, organisation patronale représentative dans la branche de l'aide à domicile, qui sont toutes les trois adhérentes de l'UDES et représentatives dans des branches très disparates en termes d'activités économiques. Nous rappelons que les adhérents de l'UDES sont répartis statutairement en trois catégories : les organisations professionnelles d'employeurs représentant les associations et les fondations de l'ESS, les organisations professionnelles représentant les coopératives et les organisations professionnelles d'employeurs représentant les mutuelles ou unions régies par le code de la mutualité. C'est donc, comme nous l'avons plusieurs fois souligné, la forme juridique d'exploitation de l'entreprise (à but non lucratif ou à lucrativité limitée) qui fonde l'adhésion patronale à l'UDES et non l'identité ou la proximité des activités exercées sur un plan économique.

de l'accord interbranches et donc celui de l'accord de branche. L'audience des signataires sera ainsi appréciée au niveau de chacune des branches comprises dans le champ d'application de l'accord multi-professionnel, dans le cadre des dispositions de l'article L. 2232-6 du Code du travail relatif aux règles de validité des conventions de branche et accords professionnels. La signature par l'échelon confédéral des organisations syndicales de salariés ne changera rien sur ce point dès l'instant où l'accord multi-professionnel ne peut être assimilé à un ANI³¹⁰⁸.

S'agissant du droit d'opposition patronal à l'extension, nous pouvons avancer, là encore, que celui-ci devra s'exercer au niveau de chacune des branches visées par l'accord multi-professionnel, à défaut d'un calcul d'audience opéré au niveau du champ global de cet accord. Dès lors qu'une ou plusieurs organisations patronales représentatives au niveau d'une branche entrant dans le champ d'application de l'accord multi-professionnel et atteignant le seuil de 50 % prévu à l'alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du Code du travail, apprécié au niveau de la branche, s'opposeraient à l'extension, l'accord multi-professionnel serait alors inopérant au sein de cette branche.

563. Périmètre utile. Nous avons vu que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont fait émerger la notion de « *périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir* » afin de permettre au ministre du Travail de prendre des arrêtés de représentativité dans des champs *sui generis* de négociation, dans le but de sécuriser l'accord collectif en découlant³¹⁰⁹. Cette solution, qui permet d'établir la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs au fil de l'eau dans un périmètre de négociation vierge de tout arrêté de représentativité (ou, autrement dit, de « primo-arrêtés » de représentativité pris tous les quatre ans aux différents niveaux d'appréciation de la représentativité reconnus par le Code de travail), ne nous semble pas applicable pour résoudre les difficultés que nous venons d'évoquer à propos de la négociation multi-professionnelle. En effet, si elle permettrait de résoudre l'identification de la partie salariale à la négociation en

³¹⁰⁸Nous rappelons à nouveau que, sous l'empire du droit antérieur, Jacques Barthélémy avait proposé de se fonder sur la qualité de la partie salariée pour distinguer l'ANI d'un simple accord interbranches. Dès l'instant où l'accord était signé par une confédération du côté des salariés celui-ci devait revêtir le qualificatif d'ANI, contrairement à l'accord interbranches qui était signé par les fédérations de chaque branche (V. études 196 et 248 supra). Or, l'application d'un tel raisonnement semble désormais impossible puisque la loi de 2014 a confirmé que la signature d'un ANI relève de la compétence des organisations patronales interprofessionnelles, à l'exclusion des organisations patronales multi-professionnelles. C'est donc bien la partie patronale qui marque la différence entre l'ANI et l'accord interbranches. Dans le cas de l'ANI, les seuils d'engagement et d'opposition sont déterminés en fonction de l'audience des organisations syndicales de salariés appréciée au niveau national et interprofessionnel en application de l'article L. 2232-2 du Code du travail. Pour l'accord interbranches, ces seuils sont calculés en fonction de l'audience des organisations syndicales de salariés appréciée au niveau de chaque branche en application de l'article L. 2232-6 du même code, même si c'est l'échelon confédéral qui a signé.

³¹⁰⁹V. étude 381 supra.

demandant au ministre de prendre un arrêté spécifique de représentativité des organisations syndicales dans le champ global de l'accord multi-professionnel, le Conseil d'Etat a pris soin de préciser que cette solution n'était pas applicable aux accords interbranches qui obéissent à des règles propres nécessitant une appréciation de la représentativité branche par branche et non au niveau global interbranches³¹¹⁰. La construction prétorienne est donc applicable dans des champs de négociation non répertoriés mais ne constituant pas « *un "pur" champ multibranches résultant de l'addition, sans superposition possible, de conventions de branche* »³¹¹¹. Chaque champ multi-professionnel réunissant au contraire des branches sans superposition possible entre ces dernières, la solution jurisprudentielle nous semble en cela difficilement transposable et seule une intervention législative serait à même de clarifier réellement la situation des organisations syndicales de salariés ayant vocation à négocier à ce niveau³¹¹².

564. Contenu et portée. Le silence du législateur sur l'existence d'un niveau de négociation multi-professionnel et sur les règles applicables aux accords qui y sont conclus explique enfin, à notre sens, un contenu et une portée limités de ces textes. Guidés par une certaine prudence, les négociateurs intervenant à ce niveau semblent en effet vouloir sécuriser l'édifice conventionnel en adoptant des clauses très consensuelles. Dans le secteur de l'ESS par exemple, la clause définissant le champ d'application de l'accord multi-professionnel vise expressément la liste des organisations membres l'UDES en complément de la liste des activités économiques gérées³¹¹³. Comme le souligne la doctrine, le champ des accords signés au niveau multiprofessionnel s'établit ainsi « *par la qualité de signataire des professions ou secteurs qui s'engagent* »³¹¹⁴. De ce fait, « *l'accord conclu dans le segment du multi-professionnel considéré*

³¹¹⁰V. étude 381 supra.

³¹¹¹Florence BERGERON-CANUT, note sous CE, 4 nov. 2020, n^{os} 434518 et 434519, *BJT* déc. 2020, n^o114k4, p.44 et spéc. p.46.

³¹¹²Il convient de souligner que le niveau multi-professionnel n'est au demeurant pas vierge de tout arrêté de représentativité puisqu'il constitue précisément un niveau d'établissement quadriennal de la représentativité patronale reconnu par le Code du travail, à défaut d'être un niveau de reconnaissance de la représentativité salariale. Par ailleurs, la situation de l'UNAPL peut certainement nous éclairer pour établir une distinction entre le niveau multi-professionnel et la notion de périmètre utile. En effet, depuis que les professions libérales ont été retirées du champ multi-professionnel par l'ordonnance du 22 septembre 2017 (V. étude 521 supra), l'UNAPL candidate désormais aux côtés de la CNPL pour faire établir sa représentativité « *dans le périmètre utile à la négociation des professions libérales* » (V. arr. du 7 oct. 2022 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans le périmètre utile à la négociation des professions libérales, JORF 3 nov. 2022).

³¹¹³La clause sur le champ d'application est ainsi rédigée : « *L'annexe [...] du présent accord donne la liste des branches et secteurs professionnels couverts par les syndicats, les entreprises et organisations adhérents de l'UDES et entrant dans le champ d'application de l'accord* » (V. notamment Accord du 6 octobre 2021 relatif à l'impact du numérique sur les conditions de travail et l'emploi dans les entreprises de l'ESS, art. V).

³¹¹⁴Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n^o23, p.10.

n'est que le fruit de la synthèse des intérêts de ceux qui le constituent »³¹¹⁵. L'accord multi-professionnel fédère donc les organisations adhérentes de l'UDES, qui en déterminent par là même le champ d'application professionnel sans risque de contestation possible sur les contours de ce champ. L'extension entraînera la soumission à l'accord des entreprises non syndiquées relevant des branches comprises dans le champ d'application mais sans que le rattachement des branches elles-mêmes donne matière à discussion, dès l'instant où les organisations représentatives au sein de ces dernières en auront préalablement défini le champ d'application.

L'objet de ces accords paraît également s'inscrire dans la recherche d'une parfaite consensualité puisqu'il porte sur des sujets très transverses à même de transcender les intérêts propres de chaque activité regroupée³¹¹⁶.

Enfin, les accords multi-professionnels conclus par l'UDES affirment systématiquement qu'ils répondent « *aux principes de valeur ajoutée et de subsidiarité vis-à-vis des branches professionnelles de l'ESS* »³¹¹⁷. Ces deux principes permettent de respecter la primauté de la branche en tant que cadre de référence des négociations. Ainsi, après avoir indiqué que « *les accords négociés sur le champ multiprofessionnel l'économie sociale et solidaire donnent des cadres d'actions aux branches professionnelles couvertes, dans un objectif de convergence des pratiques* », l'accord du 27 novembre 2015 sur l'égalité professionnelle femmes-hommes précise qu'« *en vertu du principe de subsidiarité, les branches professionnelles définiront leurs propres objectifs de progression, en lien avec les thématiques du présent accord et en adéquation avec leurs spécificités* »³¹¹⁸. Par ailleurs, après avoir rappelé qu'il « *fera [...] office de cadre d'action répondant aux principes de valeur ajoutée et de subsidiarité vis-à-vis des branches professionnelles* », l'accord du 9 janvier 2019 relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS ajoute qu'il « *vise également à favoriser la mise en œuvre d'actions sur le handicap au niveau multiprofessionnel en complément des négociations et actions des branches professionnelles* »³¹¹⁹. Enfin, toujours à titre d'exemple, l'accord du 6 octobre 2021 relatif à l'impact du numérique sur les conditions de travail et l'emploi dans les entreprises de l'ESS stipule que « *les signataires entendent*

³¹¹⁵Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », *JCP S* 2017, 1209.

³¹¹⁶A titre d'exemples : Accord sur la prévention des risques psychosociaux dont le stress au travail dans les branches et secteurs professionnels de l'Economie sociale, signé le 31 juillet 2010 ; Accord sur l'insertion professionnelle et l'emploi des jeunes dans l'économie sociale et solidaire, signé le 21 février 2014 ; Accord sur l'égalité professionnelle femmes-hommes dans l'ESS, signé le 27 novembre 2015 ; Accord relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS, signé le 9 janvier 2019...

³¹¹⁷Accord sur l'égalité professionnelle femmes-hommes dans l'ESS (préc.), Préambule, p.3 ; *adde* Accord relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS (préc.), Préambule, p.1 ...

³¹¹⁸*Ibidem*.

³¹¹⁹Accord relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS (préc.), Préambule, p.1.

notamment développer et soutenir la négociation et la mise en œuvre d’actions sur la question du numérique au sein des branches professionnelles et des entreprises entrant dans son champ d’application » et que l’accord « *fera, à ce titre, office de cadre d’action répondant aux principes de valeur ajoutée et de subsidiarité vis-à-vis des branches professionnelles* »³¹²⁰. Fondés sur ces deux principes, ces accords constituent donc, de leur propre aveu, un « *cadre d’action* » pour la négociation de branche. Ils peuvent certes contenir certaines stipulations complémentaires aux conventions et accords de branche mais en aucun cas se substituer à ces derniers qui ont pour objet de définir les conditions d’emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que les garanties sociales des salariés des branches comprises dans leur champ d’application. L’organisation patronale souligne d’ailleurs à leur propos que « *Tous constituent un cadre incitatif doté de quelques éléments normatifs (méthodologie, délais...) qui, une fois validés par les directions générales du Travail (DGT) et de la Cohésion sociale (DGCS), ont vocation à être déclinés dans chacune des 14 branches* »³¹²¹.

Incitant les branches à s’approprier les thèmes de négociation qu’ils contiennent et à les décliner au regard de leurs spécificités, ces accords semblent ainsi se résumer à de simples invitations conventionnelles adressées aux branches comprises dans leur champ d’application.

³¹²⁰ Accord du 6 octobre 2021 relatif à l’impact du numérique sur les conditions de travail et l’emploi dans les entreprises de l’ESS, Préambule, pp.2-3.

³¹²¹ Hugues VIDOR, « La reconnaissance de l’UDES est en marche », *Directions* 2015, n°137, pp.17-18. Nous précisons que la référence à la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) vise la procédure spécifique d’agrément prévue à l’article L. 314-6 du CASF, à laquelle les accords conclus dans certaines branches de l’ESS sont soumis (V. supra notes n°s 1444 et 1447). La DGCS assure le secrétariat de la Commission nationale d’agrément qui est compétente pour émettre l’avis préalable à l’arrêté d’agrément pris par le ministre chargé de l’action sociale (V. *CASF*, art. R. 314-197 et R. 314-198).

L'accord multi-professionnel pourrait dès lors s'apparenter, à tout le moins dans le secteur de l'ESS, à un accord cadre disposant d'un effet normatif limité³¹²².

B. Les « oubliés » du « hors champ »

565. La loi du 5 mars 2014 entretient une confusion entre les notions de « hors champ » et de « multi-professionnel » (1) qui ne permet pas de régler la situation de l'ensemble des secteurs exclus de l'interprofession (2).

1- La confusion entre le « hors champ » et le « multi-professionnel »

566. Traduction. Nous avons vu que le rapport Combrexelle avait entouré la reconnaissance d'un nouveau niveau de représentativité patronale au niveau national de certaines précautions dont celle de ne pas octroyer un véritable statut aux secteurs « hors champ » afin de préserver la stabilité de la négociation interprofessionnelle³¹²³. Le rapport suggérait dès lors que la reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle soit réservée à certains de ces secteurs en désignant pour cela les organisations patronales « hors

³¹²²Sur la notion d'accord cadre : V. étude 174 supra. Nous précisons que ce constat est avant tout formulé pour les accords conclus par l'UDES qui se qualifient expressément de multi-professionnel et qui présentent réellement un caractère subsidiaire par rapport aux conventions et accords conclus dans les différentes branches de l'ESS. Dans le secteur agricole, la situation est différente. En effet, la FNSEA a toujours été amenée à négocier des accords normatifs sur des thèmes qui nécessitaient une mutualisation au niveau national (durée du travail, complémentaire santé...). Ceci s'expliquait par une organisation historique de ce secteur en conventions collectives exclusivement territoriales. La doctrine préférait d'ailleurs qualifier les accords conclus au niveau national par la FNSEA d'accords pluri-professionnels plutôt que d'accords multi-professionnels (V. Alain SAURET, « Le regroupement des branches », *JCP S* 2016, 1441). Or, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2021, de la Convention collective nationale de la production agricole et des coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA) du 15 septembre 2020, qui s'est substituée aux 137 conventions collectives territoriales et dans le champ de laquelle la FNSEA est représentative (V. infra), il semble que les négociations menées par l'organisation patronale agricole s'apparentent désormais à une véritable négociation au sein d'une grande branche unifiée plutôt qu'à une négociation multi-professionnelle. La convention collective unique, conclue au niveau national par la FNSEA et la Fédération nationale des coopératives d'utilisation de matériel agricole (FNCUMA) du côté patronal et étendue par arrêté ministériel du 2 décembre 2020 (V. Arr. du 2 décembre 2020 portant extension de la convention collective nationale concernant la production agricole et les coopératives d'utilisation de matériel agricole du 15 septembre 2020, *JORF* 10 janv. 2021), fixe en effet désormais les règles applicables à l'ensemble des entreprises de la production agricole et des CUMA dans les matières visées à l'article L. 2221-1 du Code du travail. Les textes négociés au niveau territorial n'interviennent dès lors qu'en complément de ce socle conventionnel unifié au plan national. S'agissant du secteur du spectacle vivant et enregistré, nous rappelons que les accords conclus par la FESAC en matière d'assurance chômage ont un véritable contenu normatif puisque l'organisation patronale multi-professionnelle bénéficie, avec les organisations syndicales de salariés représentatives de l'ensemble de ces professions, d'une délégation légale pour négocier les règles d'indemnisation applicables aux intermittents du spectacles (V. études 515 et s. supra).

³¹²³V. étude 478 supra.

champ » appelées à négocier les modalités de cette reconnaissance³¹²⁴. Répondant avec zèle à ces propositions, nous avons vu que le législateur a expressément limité, dans la loi du 5 mars 2014, le champ de reconnaissance de cette représentativité aux secteurs de l'agriculture, des professions libérales et de l'ESS auxquels il a adjoint ultérieurement le secteur du spectacle vivant et enregistré. Cette volonté ferme de circonscrire le périmètre de reconnaissance de la nouvelle représentativité multi-professionnelle afin de ne pas désorganiser le niveau interprofessionnel - et donc de maintenir en réalité un *statu quo* dans la représentation patronale au niveau national telle qu'elle existait jusqu'alors - s'est traduite par une « *confusion entre les notions de "multi-professionnel" et de "hors champ"* »³¹²⁵. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014.

567. Extraits. Sans nous livrer à une retranscription complète, quelques extraits de la deuxième séance du 7 février 2014 à l'Assemblée Nationale - au cours de laquelle s'est concentré l'essentiel des discussions sur la représentativité multi-professionnelle, introduite par voie d'amendements au projet de loi initial après la signature du protocole d'accord du 30 janvier 2014³¹²⁶ - sont particulièrement révélateurs de cette confusion. Ainsi le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée Nationale, Jean-Patrick Gille, indique : « *Le "hors champ", c'est-à-dire les organisations représentatives au niveau multi-professionnel, sera associé [...]* »³¹²⁷ ou bien encore : « *Votre amendement porte sur la présence au sein du CNEFOP des organisations du "hors champ", que l'on appellera désormais le "multi-professionnel"* »³¹²⁸. En soutenant un amendement, le député Gérard Cherpion souligne de son côté : « *En fait, il s'agit bien du "hors champ", ou plutôt du multi-professionnel comme nous l'appelons maintenant* »³¹²⁹.

Les échanges en séance entre le ministre du Travail et les députés confirment par ailleurs cette volonté d'assimiler les notions de « hors champ » et de « multi-professionnel ». Isabelle Le Callennec, députée : « *On a beaucoup évoqué le "hors champ". Manifestement, on s'oriente maintenant vers la terminologie "multi-professionnel"* ». Michel Sapin, ministre : « *Absolument !* ». Isabelle Le Callennec : « *Gommons-nous définitivement de notre vocabulaire l'expression* ».

³¹²⁴V. étude 480 supra.

³¹²⁵Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », *Dr. soc.* 2014, p.217 et spéc.p.222.

³¹²⁶V. études 482 et 483 supra.

³¹²⁷Jean-Patrick GILLE, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1554.

³¹²⁸*Idem*, p.1557.

³¹²⁹Gérard CHERPION, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1564.

"hors champ" pour lui substituer le mot "multi-professionnel" ? ». Jean-Patrick Gille, rapporteur : « Oui ! »³¹³⁰.

Nous rappellerons, enfin, qu'à l'appui de son amendement dont la rédaction aura la préférence du Gouvernement³¹³¹, le député Denys Robiliard avait indiqué : « *Nous précisons très clairement que le multiprofessionnel est réservé à ce qu'il est classique d'appeler aujourd'hui le "hors-champ", et même de le définir, c'est-à-dire qu'il s'agit bien du domaine agricole, du secteur des professions libérales et de l'économie sociale et solidaire* »³¹³².

568. Conséquences. En entretenant cette confusion entre les notions de « hors champ » et de « multi-professionnel », le législateur souhaite éviter, comme le préconisait le rapport Combrexelle, de donner un véritable statut aux secteurs exclus du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle, afin de préserver le niveau interprofessionnel. Il ne s'agit pas en effet de permettre à l'ensemble des secteurs « hors champ » de rejoindre le champ multi-professionnel, au risque de « détricoter » le champ interprofessionnel qui a vocation à représenter l'ensemble des professions au niveau national. Or, en cantonnant pour cela le périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle aux activités agricoles, aux professions libérales (à l'origine), à l'ESS et en dernier lieu au secteur du spectacle vivant et enregistré, le législateur réduit la problématique du « hors champ » à ces seuls secteurs. Il laisse ainsi de côté la question des secteurs non représentés par les organisations patronales interprofessionnelles mais exclus du périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle.

2- Les secteurs exclus du périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle

569. Identification. Dans son propre commentaire, publié lors de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, Jean-Denis Combrexelle avait indiqué que le « "hors champ" [était] devenu pour l'occasion le "multi-professionnel" »³¹³³ confirmant à nouveau l'assimilation volontairement pratiquée entre les deux notions. Or, si la réforme de la représentativité patronale a effectivement donné l'occasion au législateur de répondre à la problématique des

³¹³⁰ Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1565.

³¹³¹ V. étude 505 supra.

³¹³² Denys ROBILIARD, Ass. Nat., 7 fév. 2014, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1574.

³¹³³ Jean-Denis COMBREXELLE, « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », JCP S 2014, 1156.

secteurs exclus du champ de la négociation interprofessionnelle en créant la représentativité multi-professionnelle, l'ancien directeur général du Travail n'ignorait pas pour autant que le « hors champ » ne pouvait se résumer aux secteurs limitativement retenus pour définir le périmètre de reconnaissance de cette nouvelle représentativité. Il avait d'ailleurs lui-même tenté de dresser une liste des secteurs « hors champ », tout en reconnaissant que ces derniers correspondaient à « *un ensemble aux contours mouvants* »³¹³⁴.

Nous nous sommes, à notre tour, livrés à cet exercice en première partie de notre étude, en compilant pour cela les différentes sources doctrinales, administratives et jurisprudentielles, mais sans prétendre à l'exhaustivité³¹³⁵.

Si l'on soustrait de cet inventaire les activités agricoles, l'ESS et le spectacle vivant et enregistré, dont les organisations patronales bénéficient actuellement d'une reconnaissance de représentativité au niveau multi-professionnel³¹³⁶, nous pouvons constater que le sort de certains secteurs traditionnellement « hors champ » tels que le secteur du particulier employeur, les assistants maternels ou la presse n'a pas été envisagé par le législateur³¹³⁷. De même, en raison du caractère « strict » de la représentativité patronale³¹³⁸, les branches relevant des secteurs de l'industrie, de la construction, du commerce ou des services non adhérentes d'une organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel demeurent « hors champ », sans pour autant relever des secteurs multi-professionnels³¹³⁹.

570. Solution. Consciente de la difficulté posée par la situation des secteurs exclus du champ d'application des ANI étendus³¹⁴⁰ mais soucieuse d'éviter de déstabiliser le niveau interprofessionnel en élargissant le périmètre du multi-professionnel, la mission Combrexelle a proposé que le « hors champ » se « *réduise progressivement par des affiliations et des*

³¹³⁴Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.33.

³¹³⁵V. notamment étude 309 supra.

³¹³⁶Nous rappelons que les professions libérales ont rejoint l'interprofession depuis la constitution de l'U2P.

³¹³⁷Nous ne prétendons à aucune exhaustivité, ni pérennité de ces exemples en raison des alliances patronales qui peuvent se nouer à tout moment par voie d'adhésion. On peut également citer, comme nous l'avons fait en première partie de notre étude, les organismes de sécurité sociale ou bien encore des entreprises ou organismes publics employant du personnel de droit privé dès lors qu'ils n'adhèrent à aucune organisation patronale représentative au niveau national et interprofessionnel.

³¹³⁸V. étude 440 supra.

³¹³⁹Il semble que la branche du caoutchouc et des polymères - que la Cour de cassation a jugée, dans l'affaire Michelin, « hors champ » de l'ANI du 17 mars 1975 signé par le seul CNPF au motif que la Fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative dans la branche, n'était pas adhérente de ce dernier - ne puisse plus désormais être considérée « hors champ » en raison de l'adhésion de l'Union des syndicats des PME du caoutchouc et de la plasturgie (UCAPLAST), représentative dans la convention collective nationale du caoutchouc, à la CPME (V. <https://cpme.fr>). Dès lors dès qu'un ANI sera signé par la CPME, représentative au niveau national et interprofessionnel, la branche entrera dans son champ d'application.

³¹⁴⁰V. étude 353 supra.

regroupements »³¹⁴¹. Sans l'expliciter davantage, le rapport sur la réforme de la représentativité patronale suggère en réalité que les organisations patronales représentatives dans les secteurs exclus de l'interprofession mais également du périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle adhèrent aux organisations interprofessionnelles, afin de consolider le champ interprofessionnel qui a vocation à représenter l'ensemble des secteurs d'activité. Comme nous l'avons souligné, la création de la représentativité multi-professionnelle est en effet uniquement destinée à répondre à la situation de certaines organisations patronales bien identifiées³¹⁴². Le champ multi-professionnel n'a ainsi pas vocation à devenir un lieu d'accueil pour des branches éparses dont les organisations représentatives n'adhèrent à aucune organisation représentative au niveau national et interprofessionnel. La précaution prise par l'article L. 2152-2 2° du Code du travail (et par le futur article L. 501-1 du Code rural et de la pêche maritime pour le secteur agricole), exigeant que les conventions collectives (ou les branches) au sein desquelles l'organisation candidate à la représentativité multi-professionnelle revendique sa représentativité directe ou indirecte, par l'intermédiaire de ses adhérents, ne relèvent pas du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, confirme que le niveau national et interprofessionnel demeure le niveau de référence qui a vocation à capter en priorité les adhésions, y compris celles des organisations « hors champ »³¹⁴³.

La situation des « oubliés du "hors champ" »³¹⁴⁴ ne devait donc plus être un problème selon la mission Combrexelle, qui les invitait ainsi à rejoindre l'interprofession. Or, force est de constater qu'à ce jour tous ces secteurs n'ont pas fait le choix d'adhérer au MEDEF, à la CPME ou à l'U2P. L'offre syndicale patronale au niveau interprofessionnel recouvre certes une

³¹⁴¹Jean-Denis COMBREXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.66.

³¹⁴²V. études 524 et 525 supra.

³¹⁴³V. étude 499 supra. Nous rappelons, à ce propos, que le juge administratif a confirmé que dans une situation de multi-adhésion d'une organisation de branche à une organisation multi-professionnelle et à une organisation interprofessionnelle, le champ interprofessionnel est prépondérant. Même si la branche relève d'un des secteurs multi-professionnels visés par la loi en raison de son activité économique, l'adhésion de l'organisation patronale représentative de cette branche à une organisation interprofessionnelle place cette branche dans le champ de l'interprofession et l'organisation multi-professionnelle ne peut plus la revendiquer pour établir sa représentativité (V. CAA Paris, 5 déc. 2022, n°s 22PA00280, 22PA00294, étude 499 préc.).

³¹⁴⁴Lydie DAUXERRE, *La négociation collective professionnelle et interprofessionnelle*, Lexis Nexis, Paris, 2015, p.113.

certaines diversité susceptible de satisfaire de nombreuses organisations de branche³¹⁴⁵ mais le principe même de la liberté d'adhésion syndicale empêche le rattachement à l'interprofession de secteurs qui ne souhaiteraient pas, pour des raisons diverses et variées³¹⁴⁶, se placer « *sous la bannière* »³¹⁴⁷ de l'une des trois confédération patronales.

Ainsi, en ayant fait le choix de ne pas intégrer l'ensemble des secteurs « hors champ » au sein du nouveau périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle, la loi du 5 mars 2014 et ses réformes ultérieures n'offrent qu'une réponse parcellaire à la problématique du « hors champ », qui ne peut être totalement compensée par la solution préconisée par le rapport Combrexelle en raison du principe même de la liberté d'adhésion sur lequel repose tout notre système de représentativité patronale...

Section 2. L'interprofession : une notion à refonder

571. La création d'une représentativité intermédiaire entre la branche et le niveau national et interprofessionnel pour certains secteurs « hors champ » ne répond, comme nous venons de le démontrer, que partiellement aux limites de l'interprofession, telle que définie par la loi du 5 mars 2014. Un premier scénario consistant à consolider l'existant en tentant de répondre aux questions laissées en suspens par la réforme de la représentativité patronale pourrait dès lors être envisagé (§ 1). Un deuxième scénario, plus ambitieux, permettrait de refondre le système actuel et d'atteindre l'universalité escomptée (§ 2).

³¹⁴⁵Nous rappelons que le MEDEF a vocation, selon ses statuts, à représenter « *toutes les entreprises, quels que soient leur taille et leur secteur* » (V. note n°1350 supra), bien qu'on lui reproche souvent de ne représenter que les grandes entreprises. La CPME revendique elle aussi une représentation multi-secteurs mais à destination des petites et moyennes entreprises, alors que l'U2P, bien qu'interprofessionnelle, affirme représenter les « *TPE-PME dans les secteurs de l'artisanat, du commerce de proximité et des professions libérales* » (<https://u2p-france.fr>).

³¹⁴⁶Les structures de l'ESS ont par exemple toujours revendiqué une certaine spécificité, tenant à la non lucrativité de leurs activités et à leur mode gouvernance, qui rendrait leur adhésion aux confédérations interprofessionnelles, représentant les secteurs marchands et les entreprises « capitalistiques », incompatible avec leurs valeurs (V. étude 524 supra). Ce constat est malgré tout à tempérer puisque la FEHAP et NEXEM, principales organisations patronales du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif relevant de l'ESS, ont depuis adhéré à la CPME (V. études 433 et 499 supra).

³¹⁴⁷Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158.

§ 1. Un scénario de consolidation

572. La consolidation du système actuel de représentativité patronale issu de la loi du 5 mars 2014 nécessite d'examiner, en premier lieu, l'impact du processus de restructuration des branches professionnelles sur l'existence et la légitimité des niveaux « supérieurs » de reconnaissance de la représentativité (A). Le maintien d'une représentativité spécifique au niveau national pour les secteurs « hors champ » appelle, en second lieu, une évolution du régime de la représentativité multi-professionnelle (B).

A. La nécessité de prendre en compte l'impact de la restructuration des branches professionnelles

573. Si le législateur a jugé indispensable de compléter la réforme de la représentativité patronale par une restructuration des branches professionnelles (1), l'incidence de cette restructuration sur la représentativité patronale au niveau national pose question (2).

1- Des dispositifs complémentaires

574. Connexité. Nous avons vu, en première partie de notre étude, que l'éparpillement de la représentation patronale sous l'empire du droit antérieur avait conduit à un nombre de branches pléthorique qui affaiblissait la fonction régulatrice de la négociation de branche et qui engendrait, plus globalement, une perte de lisibilité du droit conventionnel applicable pour les entreprises et leurs salariés³¹⁴⁸. Evoquée par plusieurs rapports³¹⁴⁹, la restructuration des branches professionnelles en vue d'en réduire leur nombre a été consacrée par la loi du 5 mars 2014, qui a instauré pour cela un cadre juridique contraignant³¹⁵⁰ et en fait « *un complément indispensable* »³¹⁵¹ à la réforme de la représentativité patronale. Les dispositions prises par la

³¹⁴⁸V. notamment étude 62 supra.

³¹⁴⁹V. supra note n°401.

³¹⁵⁰Nous rappelons que l'article 29-IV de la loi du 5 mars 2014 a introduit une section spécifique intitulée « Restructuration des branches professionnelles » au sein du Code du travail, qui comprend un double dispositif de regroupement des branches à l'initiative de l'administration ou des partenaires sociaux (V. supra notes n°29 et n°408).

³¹⁵¹Jean-Denis COMBEXELLE, « *La réforme de la représentativité patronale* », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, p.24.

loi du 5 mars 2014 en la matière ayant été complétées ultérieurement par plusieurs textes³¹⁵², un véritable « *arsenal législatif* »³¹⁵³ est désormais en place pour encadrer et accélérer le processus de restructuration des branches professionnelles, avec l'objectif d'atteindre à terme moins d'une centaine de branches³¹⁵⁴.

Nous rappelons que le dispositif s'appuie sur deux méthodes : une procédure dite de « fusion administrée » par laquelle le ministre du Travail prend, sous certaines conditions, un arrêté prononçant la fusion du champ d'application des conventions collectives d'une branche avec celui d'une branche de rattachement ou un regroupement conventionnel du champ de plusieurs conventions collectives existantes décidé par les partenaires sociaux (*C. trav.*, art. L.

³¹⁵²V. supra note n°29.

³¹⁵³Alain SAURET, « Fusion des branches : de l'intérêt des dispositifs légaux », *JCP S* 2023, 1156.

³¹⁵⁴Nous rappelons que le rapport de Jean-Frédéric Poisson sur la négociation collective et les branches professionnelles, remis en 2009, avait mis en évidence l'existence de 687 conventions collectives dites du « régime général », c'est-à-dire relevant du ministère du Travail, et de 255 conventions dans le secteur agricole. Ces chiffres avaient été confirmés en 2015 par la sous-commission de la restructuration des branches professionnelles, créée par la loi du 5 mars 2014 au sein de la CNNCEFP, qui avait décompté 687 conventions collectives du régime général et 220 conventions relevant du ministère de l'Agriculture (V. supra note n°403). L'objectif d'atteindre environ une centaine de branches après des regroupements, afin de remédier au morcellement du paysage conventionnel de branche et d'assurer ainsi une meilleure effectivité des textes conventionnels, figurait déjà dans les conclusions du rapport De Virville remis en 2004 (V. Michel de VIRVILLE, « *Pour un Code du travail plus efficace* », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, proposition n°50, p.75 ; supra note n°406). Les différents textes adoptés depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2014 ont organisé plusieurs phases pour atteindre à terme cet objectif, tout en renforçant le dispositif légal. Ainsi, la loi du 8 août 2016 puis l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective avaient fixé l'objectif d'atteindre environ 200 branches du régime général d'ici août 2019. Le Rapport Romain a ensuite souhaité accélérer le mouvement en fixant l'objectif à « *moins d'une centaine de branches professionnelles* » au premier trimestre 2021 mais il s'est heurté à la crise sanitaire du Covid 19, qui a ralenti le rythme des restructurations sans toutefois l'interrompre complètement (V. Pierre RAMAIN, « *Rapport sur la restructuration des branches professionnelles (rapport non définitif)* », p.57 ; Elsa LEDERLIN, Alexis BECQUART, « Deuxième phase du mouvement de rapprochement des branches professionnelles. L'utilisation des conclusions du rapport Romain (non définitif) », *SSL* 2020, n°1912, p.5 ; Jacques BARTHELEMY, Gilbert CETTE, Gépy KOUDADJE, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.* 2020, p.455 ; Alain SAURET, « Quelles nouvelles perspectives pour les branches en 2020 ? », *JCP S* 2020, 1087 ; « Branches professionnelles, désirs d'avenir et prospective », *JCP S* 2022, 1122 ; Pierre RAMAIN, « Les attentes du ministère du Travail vis-à-vis des branches professionnelles après la crise sanitaire », *JCP S* 2022, 1118). En 2023, la DGT faisait état d'un peu moins de 230 conventions collectives restantes - hors conventions ultra-marines - sur les 700 conventions collectives du régime général recensées par le ministère du Travail en 2015 (V. Pierre RAMAIN, « Le rôle de la DGT dans l'accompagnement des branches », *JCP S* 2023, 1153).

2261-32, I et L. 2261-33)³¹⁵⁵. A cette fusion « forcée » ou « négociée » du champ d'application de plusieurs conventions collectives³¹⁵⁶, l'article L. 2261-32, II, du Code du travail ajoute par ailleurs une palette d'outils complémentaires, qu'il met à la disposition de l'administration pour parvenir à l'objectif recherché. Ainsi, le ministre pourra prononcer l'élargissement du champ d'application géographique ou professionnel d'une convention collective afin d'intégrer un secteur territorial ou professionnel non couvert ou bien encore refuser d'étendre, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, une convention collective dans des branches présentant certaines faiblesses³¹⁵⁷. Enfin, toujours dans des branches présentant ces faiblesses, le ministre pourra, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, décider de ne pas arrêter la liste des organisations syndicales et patronales représentatives.

³¹⁵⁵V. en complément des références bibliographiques citées ci-dessus et des références citées en études 62, 66 et 67 supra : Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! », *SSL* 2014, n°1630, p.8 ; Christine NEAU-LEDUC, « La restructuration des branches professionnelles imposée », *JCP S* 2016, 1444 ; Jean-Henry PYRONNET, « La restructuration des branches vue par le ministère du Travail », *JCP S* 2016, 1447 ; Sophie NADAL, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », *Dr. soc.* 2016, p.110 ; « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », *RDT* 2017, p.652 ; François CHAMPEAUX et al., « Accord collectif, l'avenir des branches » (Dossier restructuration des branches), *SSL* 2017, n°1757 ; Michel MORAND, « Le regroupement des champs conventionnels ou l'accord de champ », *Dr. soc.* 2018, p.894 ; Jean-François CESARO, « Restructuration des branches, révision et fédération », *JCP S* 2019, 1254 ; Alexis BUGADA, « Brèves remarques sur l'arrêté de fusion (et une proposition) », *JCP S* 2020, 1089 ; « Pour plus de clarté et de transparence dans la restructuration des branches », *JCP S* 2022, 1119 ; « Retour sur la contribution de la Cour de cassation au regroupement et à la restructuration des branches », *JCP S* 2023, 1155 ; Stéphanie ARNAUD-MICHA, « Restructuration des branches : de la fusion à l'harmonisation », *JCP S* 2022, 1126.

³¹⁵⁶Nous rappelons que la restructuration des branches consiste en réalité en une fusion des champs d'application des conventions collectives de branche et non en une fusion des branches elles-mêmes, qui peuvent se distinguer des conventions collectives lorsqu'elles sont appréhendées dans leur dimension institutionnelle (V. supra note n°498). Dans sa décision du 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a admis, avec une réserve d'interprétation, la constitutionnalité de la fusion des champs conventionnels (V. notamment supra note n°435) mais a, en revanche, déclaré inconstitutionnel le huitième alinéa de l'article L. 2261-32, I du Code du travail qui disposait que la procédure de fusion administrée pouvait également être engagée « pour fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives ». Pour le Professeur Alexis Bugada, le Conseil constitutionnel aurait ainsi déclaré inconstitutionnelle la fusion des branches contrairement à la fusion des champs d'application des conventions collectives de branche (Alexis BUGADA, « Constitutionnalité réservée de la fusion imposée des champs conventionnels », *JCP S* 2019, 1350). Il n'est pas sûr toutefois, à notre sens, que le débat consistant à distinguer la branche au travers de son organisation paritaire (branche entité) de la convention collective (branche norme) ait été réellement appréhendé par le Conseil constitutionnel dans cette décision, qui a avant tout censuré l'incompétence négative du législateur pour n'avoir pas déterminé les critères d'appréciation de la « cohérence » et laissé ainsi à l'autorité ministérielle une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la fusion (V. Cons. const., Commentaire de la décision n°2019-816 QPC du 29 novembre 2019, p.20).

³¹⁵⁷Les branches concernées sont celles visées au I de l'article L.2261-32 pour lesquelles la fusion administrative avec une branche de rattachement est possible : les branches comptant moins de 5 000 salariés ; les branches ayant une activité conventionnelle caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés (en particulier ceux destinés à garantir un salaire minimum au moins égal au SMIC) et des thèmes de négociations couverts ; les branches ayant un champ d'application uniquement régional ou local ; les branches ayant moins de 5 % de leurs entreprises adhérant à une organisation patronale représentative ; les branches n'ayant pas mis en place ou ne réunissant pas une CPPNI ; les branches incapables d'assurer effectivement leurs compétences en matière de formation professionnelle ou d'apprentissage.

La reconnaissance de la représentativité des organisations, ou plus exactement son absence de reconnaissance par le ministère du travail, est donc érigée en instrument du processus de réduction du nombre de branches professionnelles. Si la politique libérale consistant à admettre l'existence d'une branche dès lors qu'une organisation patronale revendiquait sa représentativité et que celle-ci n'était pas contestée a pu conduire au morcellement des branches sous l'empire du droit antérieur, le nouveau système de reconnaissance de la représentativité va au contraire permettre de combattre cet effet négatif et contribuer ainsi à la rationalisation du paysage des branches. Les principes mêmes de la détermination de la représentativité des organisations patronales instaurés par la loi de 2014 consistant à établir celle-ci en amont et à rationaliser son évaluation, notamment grâce au critère de l'audience minimale, participent déjà de façon certaine à la reconfiguration du paysage de branches³¹⁵⁸. Mais par ce moyen d'action supplémentaire consistant à permettre au ministre de refuser, au nom de l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, d'arrêter la liste des organisations représentatives - alors même que ces dernières satisferaient aux critères légaux - au sein d'une branche caractérisée par la faiblesse de ses effectifs salariés ou de son activité, le législateur renforce les liens entre les deux dispositifs.

La connexité entre la représentativité et la restructuration des branches transparaît également dans les dispositions de l'article L. 2261-34 du Code du travail (issu de la loi du 8 août 2016) qui encadrent la disparition de la représentativité des organisations patronales et salariales occasionnée par la fusion administrée ou le regroupement négocié des champs conventionnels. Le texte dispose ainsi que jusqu'à la mesure de la représentativité qui suit la fusion administrée ou la conclusion d'un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions préexistantes, les organisations patronales et salariales représentatives dans le champ d'au moins une branche préexistant à la fusion ou au regroupement sont admises à négocier mais que les taux d'audience nécessaires au calcul du seuil d'engagement ou d'opposition à l'entrée en vigueur d'un accord collectif (pour les organisations de salariés) ou

³¹⁵⁸V. Jacques BARTHÉLÉMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Dr. soc.* 2014, p.207 et spéc. p.210.

d'opposition à son extension (pour les organisations patronales) sont appréciés au niveau de la branche issue de la fusion ou du regroupement³¹⁵⁹.

575. Antinomie. En permettant au ministre de ne pas arrêter la liste des organisations salariales ou patronales représentatives eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles ou en encadrant l'impact de cette restructuration sur la représentativité des organisations, le législateur confirme l'imbrication des questions de représentativité et de restructuration des branches. Pour autant, il semble avoir laissé de côté, du moins jusqu'à récemment, une question cruciale : l'impact de cette restructuration sur la détermination de la représentativité dans les niveaux supérieurs à la branche. En effet, dans la logique ascendante retenue par les lois de 2008 et de 2014, la représentativité au niveau supérieur se détermine en fonction du niveau inférieur³¹⁶⁰. Or, en exigeant une représentativité dans un certain nombre de branches pour l'établissement de la représentativité au niveau national et interprofessionnel et au niveau national et multi-professionnel, tout en recherchant dans le même temps une réduction drastique du nombre de branches par le biais de fusions forcées ou de regroupements encouragés de champs conventionnels, le législateur semble poursuivre des objectifs antinomiques.

2- L'incidence de la restructuration des branches sur la représentativité au niveau national

576. La restructuration des branches professionnelles questionne à la fois l'existence (a) et la légitimité (b) des organisations représentatives au niveau national.

³¹⁵⁹Le Conseil Constitutionnel a de surcroît tempéré l'effet de la perte de représentativité à l'issue de la mesure d'audience suivant la fusion en assortissant le texte d'une réserve d'interprétation. Afin d'éviter d'exclure des négociations de l'accord de remplacement les organisations perdant leur représentativité à l'échelle de la nouvelle branche à l'issue de la mesure de l'audience suivant la fusion, alors que ces négociations auraient été entamées avant cette mesure d'audience, le Conseil a considéré que les dispositions de l'article L. 2261-34 du Code du travail ne pouvaient être interprétées comme privant ces organisations de la possibilité de continuer de participer aux discussions relatives à l'accord de remplacement, à l'exclusion de la faculté de signer cet accord, de s'y opposer ou de s'opposer à son éventuelle extension (V. Cons. const. 29 nov. 2019, n° 2019-816 QPC, préc. ; supra note n°435).

³¹⁶⁰V. notamment étude 378 supra.

a) L'incidence de la restructuration des branches sur l'existence des organisations représentatives au niveau national

577. En comprimant le nombre de branches au moyen d'une fusion autoritaire ou consentie du champ d'application des conventions collectives, le législateur met à mal certains critères de la représentativité au niveau national qu'il a lui-même défini. La réduction du nombre de branches peut en effet empêcher la satisfaction de ces critères tant au niveau national et interprofessionnel (i) qu'au niveau national et multi-professionnel (ii).

i) Au niveau national et interprofessionnel

578. Au niveau national et interprofessionnel, l'exigence d'une représentativité simultanée dans des branches de l'industrie, du commerce, de la construction et des services peut se heurter à la réduction de nombre de branches. Une organisation candidate à ce niveau pourrait en effet avoir des difficultés à réunir suffisamment de branches relevant de ces quatre secteurs³¹⁶¹. On se souvient que la « règle de gestion » retenue par le HCDS consistant, à défaut de précision légale, à interpréter les dispositions de l'article L. 2122-9, 2°, du Code du travail comme imposant une présence dans au moins deux branches nationales de chacun de ces quatre secteurs avait déjà été jugée restrictive à la lumière des résultats du premier cycle de mesure de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau national et interprofessionnel³¹⁶². La difficulté à être présent dans au moins deux branches du secteur de la construction avait notamment été soulignée en raison du faible nombre de branches existant au sein de ce secteur. Le rapport Combrexelle ayant suggéré d'appliquer malgré tout cette règle lors de l'appréciation de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel³¹⁶³, la situation d'une organisation candidate à ce niveau, qui n'arriverait pas à justifier d'organisations adhérentes dans au moins deux branches par secteur en raison de la

³¹⁶¹Cette question se pose aussi bien pour les confédérations syndicales de salariés pour lesquelles l'article L. 2122-9, 2° du Code du travail exige qu'elles soient « *représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* » que pour les confédérations patronales pour lesquelles l'article L. 2152-4, 2° du même code exige qu'elles disposent d'« *organisations adhérentes [qui] sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* » (V. étude 424 supra).

³¹⁶²V. étude 426 supra.

³¹⁶³V. étude 426 préc.

réduction du nombre de branches professionnelles à l'issue du chantier de restructuration, mérite d'être examinée³¹⁶⁴.

A moins de cent branches professionnelles, l'existence de certaines confédérations interprofessionnelles ne pourrait-elle pas ainsi être remise en question ? Faudra-t-il, comme le préconisait déjà le rapport sur l'application de la loi du 20 août 2008 établi en 2013³¹⁶⁵, reposer la question de l'interprétation faite par le HCDS sur l'exigence légale d'une présence simultanée dans des branches des quatre secteurs ? Cette interprétation semble certes recevable à la lecture des articles L. 2122-9, 2°, et L. 2152-4, 2°, du Code du travail. En exigeant expressément une représentativité « *à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* », ces textes peuvent suggérer un minimum de deux branches par secteur. Cette exigence minimale paraît au demeurant compréhensible pour des organisations interprofessionnelles qui revendiquent une certaine généralité et qui doivent pour cela justifier d'une représentation suffisamment importante des grands secteurs de l'économie³¹⁶⁶. Une présence au sein de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, qui constituent le socle de l'interprofession selon le législateur, est une exigence mais cette présence doit par ailleurs être suffisante pour garantir une réelle « interprofessionnalité » de l'organisation, c'est dire sa vocation à représenter l'ensemble des secteurs d'activité. L'exigence de deux branches par secteur ne semble pas dès lors excessive. Nous pourrions même avancer que le HCDS est relativement accommodant en se contentant de deux branches au sein de chacun des quatre secteurs, soit d'une représentativité minimale au sein de huit branches, pour admettre l'interprofessionnalité de l'organisation... Malgré tout, à défaut de précision, notamment au sein de dispositions réglementaires d'application, les deux textes pourraient, semble-t-il, se satisfaire d'une interprétation encore plus indulgente qui consisterait à accepter une représentativité dans une seule branche au sein de chaque secteur ou de plusieurs d'entre eux. Une pareille interprétation pourrait dès lors se faire à droit constant. En adoptant cette rédaction, le Code du travail laisse en effet, comme le soulignait le Professeur Teyssié, une large marge d'appréciation à l'autorité ministérielle en charge de prendre l'arrêté de

³¹⁶⁴Il convient de rappeler qu'en cas de multi-adhésions, l'organisation patronale de branche doit répartir ses effectifs entre les confédérations candidates au niveau national et interprofessionnel en affectant au minimum de 10 % de ses effectifs à chacune des confédérations auxquelles elle adhère. Si ce pourcentage minimal d'affectation ne garantit pas l'atteinte du seuil exigé par le 3° de l'article L. 2152-4 du Code du travail pour être déclaré représentatif au niveau national et interprofessionnel, il préserve malgré tout la possibilité pour chacune des confédérations candidates de revendiquer l'adhésion de cette organisation patronale de branche au regard de l'exigence de disposer d'organisations représentatives dans des branches des quatre secteurs, posée par le 2° de ce même article.

³¹⁶⁵V. supra note n°2485.

³¹⁶⁶V. études 423 et 424 supra.

représentativité au niveau national et interprofessionnel³¹⁶⁷ et cette appréciation pourrait donc être adaptée en fonction du résultat du chantier de restructuration des branches professionnelles.

ii) Au niveau national et multi-professionnel

579. Si la règle prise au niveau national et interprofessionnel semble pouvoir se contenter, de prime abord, d'une interprétation plus souple pour intégrer les conséquences de la restructuration des branches³¹⁶⁸, cette question présente en revanche une acuité plus prononcée au niveau national et multi-professionnel. En effet, l'exigence imposée jusqu'ici par l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail aux organisations patronales candidates à ce niveau, d'être directement représentatives ou de disposer d'organisations adhérentes représentatives dans au moins dix conventions collectives relevant soit des activités agricoles, soit de l'ESS, soit du spectacle vivant et enregistré, se heurte directement au processus de regroupement des champs conventionnels entrepris au sein de ces secteurs. Ce critère est effectivement de plus en plus difficile à satisfaire au fur et à mesure que diminue, sous l'effet du processus de restructuration des branches professionnelles, le nombre de conventions collectives. Conscient du problème, le législateur a d'ailleurs prévu de réformer ce critère et de l'assouplir afin de sauvegarder la représentativité des organisations présentes à ce niveau³¹⁶⁹.

580. Activités agricoles. Le vaste mouvement de réorganisation conventionnelle qui s'est déroulé au sein des activités agricoles est à l'origine de cette réflexion. En effet, lorsque le législateur a lancé le chantier de restructuration des branches professionnelles, l'agriculture comptait plus de deux cents conventions collectives³¹⁷⁰, qui avaient la particularité d'être très majoritairement territoriales. Les partenaires sociaux du monde agricole ont dès lors conclu un accord de méthode le 15 octobre 2016 afin de reconfigurer le paysage conventionnel de l'agriculture³¹⁷¹. Une méthode a ainsi été définie dans les secteurs de la production agricole, des coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA), des travaux agricoles et forestiers, du paysage, du bois, du teillage et du rouissage de lin, afin d'élaborer une convention collective nationale (ou « socle national ») par secteur, pouvant être complétée par des dispositifs

³¹⁶⁷V. Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2014, 1158 (étude 425 supra).

³¹⁶⁸Il conviendra malgré tout de vérifier l'impact réel de la restructuration des branches sur les candidatures à la représentativité au niveau national et interprofessionnel, une fois le chantier achevé.

³¹⁶⁹V. étude 498 supra.

³¹⁷⁰V. supra note n°3154.

³¹⁷¹V. Morgan OYAUX, « Regroupement de branches professionnelles : exemples », *JCP S* 2016, 1446.

territoriaux annexés au socle national³¹⁷². Dans ce cadre, les secteurs de la production agricole et des CUMA ont conclu une convention collective unique le 15 septembre 2020 qui s'est substituée aux très nombreuses conventions territoriales³¹⁷³. Or, dans les activités de la production agricole, la FNSEA était jusqu'alors représentative au sein des 137 conventions collectives territoriales qui couvraient ces activités et qui ont disparu du fait de leur substitution par la convention collective nationale³¹⁷⁴. Ne pouvant plus revendiquer ces conventions territoriales, la FNSEA n'est désormais plus en mesure de répondre à l'exigence de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail lui demandant d'être représentative ou de disposer d'organisations adhérentes représentatives dans au moins dix conventions collectives pour être reconnue représentative au niveau national et multi-professionnel, alors même qu'elle est désormais reconnue seule organisation représentative dans la branche regroupée de la production agricole et des CUMA³¹⁷⁵. Si elle a conforté sa représentativité au niveau d'une grande branche nationale unifiée, l'organisation patronale a donc, dans le même temps, fragilisé son statut d'organisation multi-professionnelle en procédant à la restructuration des conventions collectives.

Afin de sauvegarder la représentativité multi-professionnelle de la FNSEA, un projet de loi économique relatif à l'agriculture Française prévoit, de façon incidente, de réformer l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail en l'adaptant à la nouvelle situation de l'organisation³¹⁷⁶.

³¹⁷²V. Morgan OYAUX, *op. cit.*

³¹⁷³V. Anne-Sophie FORGET et Morgan OYAUX, « La signature de la CCN de la production agricole et des CUMA : une opportunité pour l'avenir de l'agriculture et de la FNSEA », *JCP S* 2022, 1123.

³¹⁷⁴Les dispositions territoriales n'ont pas toutes disparu mais sont devenues des dispositions additionnelles à la convention collective nationale et ont été annexées à celle-ci (V. Convention collective nationale de la production agricole et CUMA du 15 septembre 2020, textes attachés).

³¹⁷⁵La convention collective unique est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2021 après son extension (V. Arr. du 2 décembre 2020 portant extension de la convention collective nationale concernant la production agricole et les coopératives d'utilisation de matériel agricole du 15 septembre 2020, JORF 10 janv. 2021). Afin de ne pas pénaliser la FNSEA lors de l'établissement de la représentativité patronale pour le cycle 2021-2024, le ministère du Travail a accepté de prendre l'arrêté portant reconnaissance de sa représentativité multi-professionnelle avant le 1^{er} avril 2021 au moyen d'une procédure accélérée (V. Arr. du 19 mars 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur des activités agricoles, JORF 28 mars 2021). Dans le même temps, le ministère a reconnu la représentativité de la FNSEA dans la branche regroupée de la production agricole et des CUMA (V. Arr. du 19 mars 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans le secteur de la production agricole et des coopératives d'utilisation de matériel agricole, JORF 28 mars 2021).

³¹⁷⁶V. Projet de loi d'orientation pour la souveraineté alimentaire et agricole et le renouvellement des générations en agriculture. A l'heure où nous écrivons ces lignes, le projet de loi a été adopté par l'Assemblée Nationale le 28 mai 2024, après engagement de la procédure accélérée et était en cours d'examen au Sénat avant la dissolution de l'Assemblée Nationale prononcée par le Président de la République le 9 juin 2024 (V. projet de loi enregistré à la Présidence du Sénat, sous le n°639, le 29 mai 2024 ; <https://www.senat.fr>). Ce texte a été utilisé comme véhicule législatif dans l'objectif initial de réformer le critère de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail avant l'ouverture de la procédure de dépôt des candidatures à la représentativité patronale pour 2025 (V. Arr. du 30 mai 2024 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2025, JORF 6 juin 2024).

Dans l'état actuel, le texte prévoit de créer un régime dérogatoire pour la représentativité multi-professionnelle des activités agricoles, qui serait fixé par le Code rural et de la pêche maritime³¹⁷⁷. Tout en reprenant à l'identique l'ensemble des autres critères de la représentativité multi-professionnelle fixés par l'article L. 2152-2 du Code du travail³¹⁷⁸, le texte remplace l'exigence d'une représentativité directe ou indirecte dans au moins dix conventions collectives relevant des activités agricoles³¹⁷⁹ par l'obligation, pour les organisations patronales agricoles candidates au niveau national et multi-professionnel, d'être « *représentatives dans au moins une des branches agricoles relevant [de ces activités]* »³¹⁸⁰. Une représentativité directe au sein d'une seule branche agricole suffirait donc désormais à justifier d'une représentativité au niveau national et multi-professionnel pour les activités agricoles, dès l'instant où les autres critères légaux de la représentativité multi-professionnelle seraient réunis. Il est à noter que le texte revient par ailleurs à la notion de « branches » telle que l'avait employée à l'origine la loi du 5 mars 2014, mais à laquelle la loi Rebsamen du 17 août 2015 avait substitué la notion de « conventions collectives »³¹⁸¹. Si l'on considère que les branches ont un champ d'application national comme l'indique l'article L. 2232-5-2 du Code du travail, contrairement à celui des conventions de branche et accords professionnels qui peut être « *national, régional ou local* », selon l'article L. 2232-5 du même code, il faut en conclure - à l'inverse de ce que nous déduisons de la réforme opérée par la loi du 17 août 2015³¹⁸² - qu'une représentativité établie au sein d'une convention infra-nationale ne pourrait donc plus servir à apprécier ce critère³¹⁸³.

³¹⁷⁷V. Projet de loi d'orientation pour la souveraineté alimentaire et agricole et le renouvellement des générations en agriculture, art. 19. Un titre préliminaire intitulé « Représentativité au niveau national et multi-professionnel », composé d'un chapitre unique et comprenant un seul article (L. 501-1), est inséré au début du livre V du Code rural et de la pêche maritime.

³¹⁷⁸V. études 489 et s. supra.

³¹⁷⁹La définition des activités agricoles concernées par la représentativité multi-professionnelle, fournie par l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail en référence aux articles L. 722-1 (1° à 4°) et L. 722-20 (2°) du Code rural et de la pêche maritime, n'est pas modifiée (V. étude 508 supra). La rédaction de l'article L. 2152-2, 2°, est simplement adaptée de la façon suivante pour tenir compte du transfert des dispositions techniques au sein du Code rural et de la pêche maritime : « *Pour les activités agricoles mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 722-1 et au 2° de l'article L. 722-20 du code rural et de la pêche maritime, sont représentatives au niveau national et multiprofessionnel les organisations professionnelles qui satisfont aux critères mentionnés à l'article L. 500-1 du même code.* ». La liste des secteurs multi-professionnels fixée par l'article L. 2152-2 du Code du travail (V. étude 506 supra) et leur périmètre ne sont donc pas modifiés, malgré le transfert des dispositions techniques visant les activités agricoles dans le Code rural et de la pêche maritime.

³¹⁸⁰C. rur. pêche marit., art L. 501-1, 4° (projet).

³¹⁸¹V. étude 498 supra. Nous rappelons que c'est en raison du paysage conventionnel de l'agriculture, éclaté à l'époque en de nombreuses conventions collectives territoriales, que la loi du 17 août 2015 avait précisément effectué ce changement terminologique.

³¹⁸²V. étude 498 supra.

³¹⁸³Ce qui paraît au demeurant logique par rapport à l'objectif recherché par la reconfiguration conventionnelle de l'agriculture de disposer d'une convention collective nationale dans chaque secteur.

581. Autres secteurs multi-professionnels. Si le législateur a jugé, dans un premier temps, que la représentativité multi-professionnelle de la FNSEA était particulièrement menacée par le chantier de restructuration des branches au point d'élaborer un projet de loi créant un régime dérogatoire pour les activités agricoles, la FESAC et l'UDES ont également fait part de leur inquiétude de voir leur représentativité à ce niveau fragilisée par les fusions ou les regroupements de champs conventionnels opérés dans leurs secteurs. Les trois organisations patronales s'étaient d'ailleurs préalablement concertées autour d'un projet de protocole d'accord prévoyant de réformer la représentativité multi-professionnelle en faisant évoluer le critère de la représentativité directe ou indirecte dans au moins dix conventions collectives³¹⁸⁴. Cette préoccupation était au demeurant déjà présente dans le pré-rapport Romain qui, tout en préconisant d'accélérer la restructuration des branches professionnelles, avait identifié l'impact négatif de cette dernière sur la reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle dans les trois secteurs concernés (activités agricoles, ESS, spectacle vivant et enregistré). Pierre Romain avait dès lors proposé de supprimer le seuil de dix conventions collectives en le remplaçant « *simplement par "plusieurs"* »³¹⁸⁵, afin qu'il ne constitue pas en pratique un obstacle au processus de restructuration des branches au sein de ces secteurs. Un rapport d'information sénatorial dressant, en 2021, un bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective avait également préconisé de réviser le critère d'une représentativité directe ou indirecte dans au moins dix conventions collectives pour l'établissement de la représentativité multi-professionnelle dans les trois secteurs, en soulignant que « *la réduction du nombre de branches pourrait faire perdre de la pertinence à ce critère* »³¹⁸⁶. Sous l'influence notamment de la FESAC, plus particulièrement concernée par cette question³¹⁸⁷, des amendements au projet de loi sur la souveraineté agricole ont ainsi été déposés durant les débats et ont été intégrés au texte adopté par l'Assemblée Nationale afin d'adapter également le critère aux autres secteurs concernés par la représentativité multi-professionnelle, à savoir le secteur

³¹⁸⁴V. UDES, Rapport d'activité 2023, p.14 ; FESAC, Rapport moral 2023, p.3.

³¹⁸⁵V. Pierre ROMAIN, « *Rapport sur la restructuration des branches professionnelles (rapport non définitif)* », p.57.

³¹⁸⁶Frédérique PUISSAT, « *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective* », Sénat, n°722, 30 juin 2021, p.100. Le rapport sénatorial ne livre pas le contenu technique de la réforme préconisée mais renvoie à la proposition formulée dans le pré-rapport Romain de remplacer le seuil de dix par « plusieurs ».

³¹⁸⁷Le regroupement des champs conventionnels au sein du secteur du spectacle vivant et enregistré ne permet plus à la FESAC de justifier sa représentativité directe ou indirecte dans au moins dix conventions collectives relevant de ce secteur. L'UDES est également impactée mais moins fortement à l'heure actuelle, ce qui peut s'expliquer par le nombre important de branches représentées par l'union (V. études 456 et 513 supra) mais également par la nature très disparate des activités des branches adhérentes, qui rend les regroupements moins aisés (nous rappelons en effet que le « secteur » de l'ESS se caractérise avant tout par le statut juridique à but non lucratif des entreprises, plus que par une proximité des activités en termes économiques ; V. notamment étude 562 supra).

du spectacle vivant et enregistré et l'ESS³¹⁸⁸. Dans l'état actuel, le texte prévoit qu'au 2° de l'article L. 2152-2 du Code du travail, les mots : « *au moins dix conventions collectives* » sont remplacés par les mots : « *le plus grand nombre de branches* »³¹⁸⁹. Il s'agit donc, comme l'on précisé les amendements, d'établir la représentativité non plus à partir d'un seuil fixe mais d'un nombre de branches pouvant être revendiqué. Ce nombre n'étant volontairement pas quantifié, une grande marge de manœuvre est laissée à l'autorité administrative pour apprécier ce critère. On pourrait penser que contrairement aux activités agricoles pour lesquelles le texte prévoit une représentativité « *dans au moins une des branches agricoles* » (sous-entendant qu'une seule suffit), il faudrait justifier ici d'une représentativité dans plusieurs branches mais rien ne permet cependant de le certifier (le « plus grand nombre » pouvant aussi se réduire, par le jeu des restructurations, à une seule branche...). Par ailleurs, il convient de souligner que les autres termes de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail n'étant pas modifiés, la représentativité de l'organisation multi-professionnelle dans la branche peut continuer à être établie soit directement, soit par l'intermédiaire des organisations adhérentes pour l'ESS et le secteur du spectacle vivant et enregistré (contrairement aux activités agricoles pour lesquelles le Code rural et de la pêche ne vise désormais qu'une représentativité directe au sein de la branche). Enfin, le terme de « branches » fait là encore son retour, en lieu et place de celui de « conventions collectives », laissant à penser qu'une représentativité au sein d'une convention infra-nationale ne pourrait plus servir à justifier l'atteinte de ce critère³¹⁹⁰.

En corrigeant ce critère, qui se justifiait en 2014 mais qui ne semble plus correspondre à la réalité actuelle du paysage conventionnel des trois secteurs, le législateur consolide la représentativité au niveau national et multi-professionnel, qui se voit ainsi préserver des effets du processus de restructuration des branches. Le législateur va pour cela jusqu'à prévoir deux « sous-régimes » distincts de représentativité multi-professionnelle - pour les activités agricoles d'une part et pour l'ESS et le spectacle vivant et enregistré d'autre part - afin de coller au plus près de la situation de chacune des organisations représentatives de ces secteurs. Dès lors, si nous avons pu considérer que la création de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel constituait en réalité une réponse « sur mesure » à la situation de certaines

³¹⁸⁸V. amendements n°1597 (présenté par Mme Bannier) et n°4628 (amendement présenté par plusieurs députés et travaillé avec la FESAC).

³¹⁸⁹Projet de loi d'orientation pour la souveraineté alimentaire et agricole et le renouvellement des générations en agriculture, art. 19 *bis* (nouveau).

³¹⁹⁰Nous rappelons qu'au-delà de cette question, l'organisation candidate au niveau national et multi-professionnel devra quoiqu'il en soit justifier l'atteinte du critère spécifique d'implantation géographique fixé par le 4° de l'article L. 2152-2 du Code du travail (V. étude 501 *supra*).

organisations patronales³¹⁹¹, nous ne pouvons que constater que le législateur persiste dans cette voie. Pour autant, en affinant à l'extrême cette réponse, le législateur met en exergue la fragilité du système de détermination de la représentativité au niveau national, tel qu'il l'a élaboré dans la loi de 2014, face aux conséquences du chantier de restructuration des branches.

b) L'incidence de la restructuration des branches sur la légitimité des organisations représentatives au niveau national

582. Un risque de confusion. Nous venons de rappeler qu'en s'abstenant de quantifier le nombre de branches requises au sein de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, la loi de 2014 avait laissé, à l'instar de la loi de 2008, une grande latitude à l'autorité administrative en charge de reconnaître la représentativité des organisations au niveau national et interprofessionnel. Une interprétation des articles L. 2122-9, 2°, et L. 2152-4, 2°, du Code du travail plus indulgente que celle du HCDS pourrait ainsi conduire à n'exiger de l'organisation candidate à ce niveau qu'une présence dans une seule branche de chacun de ces quatre secteurs. Le projet de loi visant à supprimer le seuil fixe de dix conventions collectives prévu à l'article L. 2152-2, 2°, du même code conduit, lui-aussi, à conférer au ministre une plus grande latitude dans l'appréciation de la représentativité au niveau national et multi-professionnel. En se contentant d'exiger une représentativité dans au moins une branche pour les activités agricoles et dans le plus grand nombre de branches pour l'ESS et le spectacle vivant et enregistré, le texte autorise là encore une lecture très indulgente pour les organisations prétendant à ce niveau de représentativité.

Mais en baissant l'exigence d'une présence dans un certain nombre de branches afin de préserver les organisations nationales des effets de la restructuration, la légitimité même de ces organisations ne s'en trouve-t-elle pas questionnée ?

Le caractère généraliste attribué à la représentativité au niveau national et interprofessionnel voudrait en effet que les organisations candidates à ce niveau continuent de justifier d'une présence dans un maximum de branches et non dans un nombre réduit de branches, fussent-elles désormais restructurées.

Au niveau national et multi-professionnel, la place même de cette représentativité intermédiaire pourrait être remise en question. Dans le domaine agricole notamment, si la FNSEA se contente de justifier de sa représentativité directe au sein d'une grande branche

³¹⁹¹V. étude 524 supra.

unifiée pour accéder à la représentativité multi-professionnelle, quelle valeur ajoutée pourrions-nous reconnaître à ce niveau de représentativité par rapport à la représentativité de branche ? Un risque de confusion entre ces deux niveaux nous semble en effet désormais exister, dès l'instant où la représentativité au sein d'une seule branche pourra servir à justifier d'une représentativité au niveau national et multi-professionnel³¹⁹². Certes, le niveau multi-professionnel restera un « *maillon institutionnel* »³¹⁹³ permettant à la FNSEA, à l'UDES et à la FESAC d'être associées (modestement...) aux négociations interprofessionnelles et au paritarisme au niveau national mais ces organisations auront probablement autant d'intérêt à revendiquer une représentativité directe au sein des grandes branches unifiées de leurs secteurs respectifs³¹⁹⁴.

583. Un risque de concurrence. Avant même la parution de la loi du 5 mars 2014, l'avocat Sylvain Niel avait prédit qu'en s'orientant vers des branches beaucoup plus grandes, « *les syndicats interprofessionnels risquaient de se voir directement concurrencés par elles, voire même laminés* »³¹⁹⁵. Effectivement, en encourageant le dialogue social au sein de branches fortes et structurées, dans le but de résorber l'émiettement conventionnel et de redynamiser la négociation de branche, le législateur favorise la création de « méga-branches » qui, en regroupant de nombreux champs conventionnels, vont directement concurrencer les niveaux « supra-branches ».

Au niveau interprofessionnel, l'action des confédérations pourrait ainsi être mise sous tutelle par quelques très grandes fédérations représentatives au sein de ces « méga-

³¹⁹²La stratégie de la FNSEA est d'agréger également d'autres branches plus « *modestes* » que celle de la production agricole et des CUMA (V. Anne-Sophie FORGET et Morgan OYAU, « La signature de la CCN de la production agricole et des CUMA : une opportunité pour l'avenir de l'agriculture et de la FNSEA », *JCP S* 2022, 1123) mais dans l'absolu sa représentativité au sein de cette dernière suffirait désormais à établir sa représentativité au niveau national et multi-professionnel. Il convient de préciser que les organisations patronales candidates au niveau national et multi-professionnel devront continuer malgré tout à justifier de l'adhésion d'au moins quinze organisations, conformément aux dispositions du 3° de l'article L. 2152-2 du Code du travail (V. étude 497 supra).

³¹⁹³Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », *Gaz. Pal.*, 21 juin 2016, n°23, p.10.

³¹⁹⁴C'est ce que fait actuellement la FNSEA qui est désormais seule représentative au sein de la la branche de la production agricole et des CUMA. Toutefois, la FNSEA était déjà représentative dans l'ensemble des conventions collectives territoriales de la production agricole et jouait donc dans la pratique, et depuis longtemps, le rôle d'un syndicat de branche (V. Morgan OYAU, « Regroupement de branches professionnelles : exemples », *JCP S* 2016, 1446).

³¹⁹⁵Sylvain NIEL, « La représentativité patronale en débat », *SSL* 2013, n°1590-1591, p.7.

branches »³¹⁹⁶. La négociation interprofessionnelle pourrait même se trouver directement concurrencée par les négociations menées au sein de ces ensembles professionnels élargis.

Au niveau multi-professionnel, l'influence des organisations au sein de leurs champs respectifs pourrait également être réduite en raison de l'avènement de grandes branches unifiées³¹⁹⁷.

Mais, plus globalement, la pertinence d'un découpage entre un niveau interprofessionnel et un niveau multi-professionnel au plan national semble de plus en plus discutable au fur et à mesure de la recomposition du paysage conventionnel des branches. Avec de grandes branches restructurées, le maintien d'un éclatement de la représentation patronale au niveau « supra-branches » pose en effet question. La création d'ensembles professionnels élargis, au moyen de fusions ou de regroupements des champs d'application des conventions collectives de branche, appelle à notre sens une réflexion sur le maintien en l'état d'une représentativité intermédiaire entre la branche et le niveau interprofessionnel, qui gagnerait de son côté à être plus universel. Ainsi, si le législateur semble vouloir préserver l'existence de la représentativité au niveau national et multi-professionnel en acceptant de revoir ses exigences quant au nombre de branches couvertes, un tel scénario entraîne inversement des questions sur la légitimité de ce niveau de représentativité.

³¹⁹⁶L'influence de certaines fédérations au sein des confédérations a toujours existé. L'UIMM a, par exemple, dès l'origine occupé une place prépondérante au sein de la CGPF puis du CNPF et a ainsi conservé pendant longtemps un monopole de fait sur la négociation collective au plan national et interprofessionnel (V. supra note n°1872). Une plus grande diversité a pu ensuite être constatée au fur et à mesure de la diversification des activités économiques (amenant par la suite l'organisation patronale à muer en MEDEF et à revendiquer dans ses statuts la représentation des entreprises et des entrepreneurs de tous secteurs et de toutes tailles confondus ; V. étude 325 supra). Le recentrage sur de très grandes branches à l'issue du chantier de restructuration est susceptible d'exacerber à nouveau l'influence de très grandes fédérations.

³¹⁹⁷Nous formulons cette remarque à l'endroit de l'UDES plus particulièrement. En effet, l'organisation patronale fédère aujourd'hui de nombreuses branches et présente un caractère « inter-sectoriel » plus prononcé que la FESAC et la FNSEA. Cette situation s'explique, comme nous l'avons déjà souligné, par le fait que l'ESS recouvre des activités très diversifiées sur un plan économique et que l'adhésion patronale à l'UDES repose avant tout sur la forme juridique d'exercice de ces activités. Des regroupements de branches au sein de l'ESS (sous réserve d'une certaine homogénéité entre les activités regroupées) sont donc susceptibles de questionner la place de l'UDES en tant qu'organisation supra-branches, sachant que cette dernière pourra plus difficilement revendiquer une représentativité directe au sein des branches (contrairement à la FNSEA et la FESAC qui sont davantage « sectorielles »).

B. Une évolution du régime de la représentativité multi-professionnelle

584. Si la contraction du nombre de branches impacte directement les critères de reconnaissance de la représentativité au-delà de la branche, voire questionne le devenir et la légitimité de ces niveaux, le législateur semble adopter, comme nous venons de le voir, une stratégie de consolidation de ces niveaux. Dès lors, la représentativité au niveau national et multi-professionnel ainsi préservée pourrait voir ses prérogatives renforcées (1), voire sa place réaménagée dans le dialogue social national (2).

1- Des prérogatives renforcées

585. Nous avons vu que la représentativité multi-professionnelle ne disposait pas d'une véritable fonction conventionnelle, ni d'une fonction organique pleine et entière. Contrairement à la branche et au niveau national et interprofessionnel, le niveau multi-professionnel ne correspond pas en effet à un niveau particulier de négociation collective et les organisations représentatives à ce niveau ne sont pas pleinement intégrées au sein des instances paritaires nationales ou ne disposent pas en leur sein des mêmes prérogatives que celles conférées à leurs homologues du champ interprofessionnel. Dans un scénario de consolidation, il conviendrait dès lors de ne pas laisser le niveau national et multi-professionnel « *au milieu du gué* »³¹⁹⁸ et de reconnaître une véritable fonction conventionnelle à cette représentativité (a), ainsi qu'une fonction organique pleine et entière (b).

a) La reconnaissance d'une véritable fonction conventionnelle

586. Efficience. Dans son rapport sur la réforme des branches professionnelles, le Conseiller d'Etat Patrick Quinqueton avait énoncé une série d'« *outils pour avancer* »³¹⁹⁹ parmi lesquels la possibilité de reconnaître une véritable négociation multi-professionnelle mais il ne lui semblait pas pour autant « *nécessaire qu'une disposition législative en dispose*

³¹⁹⁸Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », *JCP S* 2017, 1209.

³¹⁹⁹Patrick QUINQUETON, « Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles », Rapport à Madame la ministre du travail, 15 déc. 2015, p.51.

expressément »³²⁰⁰. Sans plus de précision, le haut magistrat appelait ainsi à « *reconnaître des champs conventionnels à ce niveau pour pouvoir négocier dans les professions libérales, l'économie sociale et solidaire ou l'agriculture* »³²⁰¹. Or, nous avons vu qu'à défaut d'une reconnaissance légale d'un niveau de négociation multi-professionnel, le régime juridique de l'accord interbranches pouvait être utilisé pour tenter de déterminer les règles de validité d'un accord conclu à ce niveau³²⁰². Partant, la reconnaissance d'une véritable fonction conventionnelle ne nécessiterait pas une intervention législative particulière, comme semble le suggérer le rapport Quinqueton. La possibilité de conclure des accords au niveau national et multi-professionnel est protégée par le principe de liberté de la négociation collective³²⁰³ et, en cas de doute sur la validité de ces accords, une solution pourrait être recherchée au sein des règles applicables au niveau de la branche professionnelle³²⁰⁴.

Néanmoins, le silence du législateur sur l'existence d'un niveau de négociation entretient une ambiguïté sur la nature réelle des accords multi-professionnels et ne leur permet pas d'être pleinement efficaces³²⁰⁵. Dans son rapport sur le bilan du cycle de la représentativité syndicale 2013-2016, le HCDS avait ainsi jugé « *nécessaire d'assortir la reconnaissance de la représentativité au niveau national et multi-professionnel de son pendant vis-à-vis des organisations de salariés ayant vocation à négocier à ce niveau* »³²⁰⁶. Pour la haute instance, « *cette reconnaissance, par parallélisme des formes, permettrait d'asseoir et de clarifier les modalités de la négociation d'accords collectifs pleinement efficaces au niveau multi-professionnel* »³²⁰⁷. Il convient de rappeler, en effet, que la validité d'un accord collectif est fondée sur l'audience électorale des organisations syndicales de salariés représentatives, quel que soit le niveau de conclusion de cet accord³²⁰⁸. En s'abstenant de définir une représentativité salariale au niveau national et multi-professionnel, le législateur empêche donc, comme nous l'avons souligné, de déterminer avec certitude les règles de validité applicables à de tels

³²⁰⁰Idem, p.53.

³²⁰¹Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », recueil des propos de Patrick Quinqueton, *SSL* 2015, n°1703, p.3 et spéc. p.4. Nous rappelons qu'au moment de la parution de cet article, les professions libérales figuraient encore dans le périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle défini par la loi de 2014 et que le secteur du spectacle vivant et enregistré n'y avait pas encore été intégré par la « loi CAP » de 2016.

³²⁰²V. étude 562 supra.

³²⁰³V. étude 558 supra.

³²⁰⁴Nous rappelons que le Code du travail assimile l'accord interbranches à l'accord de branche, les règles de validité de l'accord interbranches étant appréciées au niveau de chacune des branches comprises dans le périmètre de l'accord (V. études 196 et 562 supra).

³²⁰⁵V. notamment étude 564 supra.

³²⁰⁶HCDS, « *Représentativité des organisations syndicales et professionnelles d'employeurs, Bilan du cycle 2013-2016* », Ministère du travail, p.88.

³²⁰⁷Idem, pp.88-89.

³²⁰⁸V. note n°238 supra.

accords³²⁰⁹. La reconnaissance d'un niveau de représentativité salariale au niveau national et multi-professionnel permettrait ainsi de lever les doutes pesant sur le régime juridique exact de la négociation multi-professionnelle et de rendre les accords en résultant pleinement efficaces.

587. Appréciation. Une nouvelle section relative à la représentativité syndicale au niveau national et multi-professionnel serait pour cela insérée au sein du chapitre II (Syndicats représentatifs) du titre II (Représentativité syndicale) du livre I (Les syndicats professionnels) de la deuxième partie du Code du travail traitant des relations collectives. Ces nouvelles dispositions se situeraient entre les dispositions relatives à la représentativité syndicale au niveau de la branche professionnelle (*C. trav.*, art. L. 2122-5 à L. 2122-8) et celles relatives à la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel (*C. trav.*, art. L. 2122-9 à L. 2122-10) en raison du caractère intermédiaire de ce niveau de représentativité. Les critères généraux d'appréciation de la représentativité salariale, fixés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, seraient applicables aux organisations syndicales de salariés candidates à ce niveau, ainsi que les principes édictés par la loi du 20 août 2008 et la jurisprudence en découlant³²¹⁰. L'audience électorale serait ainsi mesurée au niveau du secteur multi-professionnel considéré, avec l'obligation de recueillir au moins 8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau du secteur multi-professionnel d'une part des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires aux CSE, quel que soit le nombre de votants, et d'autre part des suffrages exprimés lors des élections dans les entreprises de moins de onze salariés³²¹¹. Enfin, un critère supplémentaire consistant à justifier d'une implantation territoriale couvrant au moins un tiers du territoire national soit au niveau départemental, soit au niveau régional, serait imposé aux organisations syndicales candidates à ce niveau, dans une logique de symétrie avec les organisations patronales³²¹².

588. Validité. La reconnaissance d'une représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau national et multi-professionnel permettrait alors de fixer avec précision les

³²⁰⁹V. étude 559 supra.

³²¹⁰V. notamment étude 343 supra.

³²¹¹V. *C. trav.*, art. L. 2122-10-1 et s.. Pour les activités agricoles, les résultats des élections des membres représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture sont pris en compte pour apprécier ce seuil (V. *C. trav.*, art. L. 2122-6).

³²¹²V. étude 501 supra. Les critères prévus pour les organisations patronales aux 2° et 3° de l'article L. 2152-2 du Code du travail, consistant à exiger une représentativité directe ou indirecte dans un certain nombre de conventions collectives (ou de branches selon le projet de réforme) et à disposer d'au moins quinze organisations adhérentes, n'auraient pas besoin d'être rapportés pour la partie salariée puisqu'une mesure de l'audience via les résultats des élections professionnelles serait organisée dans le champ multi-professionnel considéré, dans des conditions similaires à l'établissement de la représentativité syndicale au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel.

règles de validité de l'accord conclu à ce niveau. Celui-ci devrait être signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience, au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants. Ces dispositions seraient inscrites dans le chapitre du Code du travail traitant des « *Règles applicables à chaque niveau de négociation* » au sein duquel une section relative aux accords multi-professionnels serait introduite entre celle traitant des accords interprofessionnels et celle consacrée aux conventions de branche et accords professionnels³²¹³.

589. Extension. L'extension des accords multi-professionnels n'a pas posé jusqu'alors de difficultés apparentes puisque plusieurs arrêtés ministériels ont été pris en ce sens³²¹⁴. En revanche, nous avons souligné qu'en s'abstenant de prévoir une mesure directe de l'audience des organisations patronales reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel, le législateur entretient, là encore, un doute sur les conditions d'exercice du droit d'opposition patronal à l'extension prévu par l'article L. 2261-19, alinéa 3, du Code du travail³²¹⁵. Nous avons conclu qu'en l'absence de définition du régime juridique de l'accord multi-professionnel, ce droit d'opposition s'exercerait probablement au niveau de chacune des branches comprises dans le champ de l'accord³²¹⁶.

Dès lors, en consacrant expressément les règles de validité de l'accord multi-professionnel et la reconnaissance simultanée d'un niveau de négociation à part entière, la faculté d'exercer un droit d'opposition à l'extension dans le champ global de l'accord multi-professionnel devrait être reconnue aux organisations patronales représentatives au niveau national et multi-professionnel. L'article L. 2261-19 du Code du travail devrait ainsi viser expressément les accords multi-professionnels et prévoir dans son alinéa 3 que l'extension de

³²¹³V. *C. trav.*, Deuxième partie, Livre II, Titre III, chap. II. Des dispositions relatives à la signature de ces accords par une organisation syndicale de salariés catégorielle seraient introduites à l'instar du niveau du niveau national et interprofessionnel et de la branche (V. *C. trav.*, art. L. 2232-2-1 et L. 2232-7), de même que les dispositions relatives aux modalités d'accompagnement des salariés participant aux négociations (V. *C. trav.*, art. L. 2232-3 et L. 2232-8) et à la mise en place d'une commission paritaire (V. *C. trav.*, art. L. 2232-4 et L. 2232-9).

³²¹⁴V. étude 557 *supra*. Nous rappelons toutefois que l'expression « accord multi-professionnel » n'est pas employée par les textes ministériels (V. *supra* note n°3089). Pour autant, les accords conclus dans le champ de l'ESS se qualifient parfois eux-mêmes de « multi-professionnel » et cette clause ne semble pas, à ce jour, avoir fait l'objet d'une exclusion lors du contrôle de légalité préalable au prononcé de l'extension.

³²¹⁵V. notamment étude 559 *supra*.

³²¹⁶V. étude 562 *supra*.

ces derniers serait conditionnée par l'absence d'opposition, dans le délai d'un mois à compter de la publication de l'avis d'extension, des organisations représentatives au niveau national et multi-professionnel, pour le secteur multi-professionnel considéré, dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau (pour le secteur multi-professionnel considéré). Un calcul spécifique du poids de chaque organisation reconnue représentative au niveau national et multi-professionnel dans le secteur multi-professionnel considéré serait donc à effectuer, malgré l'absence d'une mesure directe de l'audience pour déterminer la représentativité patronale à ce niveau³²¹⁷.

b) La reconnaissance d'une fonction organique pleine et entière

590. Cette reconnaissance exige que la participation des organisations multi-professionnelles aux instances paritaires nationales de gestion et de consultation soit traitée avec cohérence (i) et que ces organisations puissent bénéficier pleinement des ressources financières du fonds paritaire de financement des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs (ii).

i) Une intégration cohérente au sein des instances paritaires nationales

591. Nous avons vu que le législateur n'avait pas souhaité inclure la question de la participation des organisations multi-professionnelles aux instances paritaires nationales dans le champ de la loi du 5 mars 2014³²¹⁸. Il en a résulté que ces organisations ont été intégrées au fil de l'eau dans certaines instances et en l'absence de ligne directrice, provoquant parfois des inégalités de représentation au sein même du champ multi-professionnel³²¹⁹. Un scénario de consolidation voudrait au contraire que la place des organisations multi-professionnelles au sein

³²¹⁷Nous soulignons qu'à ce jour l'hypothèse de l'exercice d'un droit d'opposition à l'extension au niveau national et multi-professionnel reste toutefois très théorique. En effet, comme l'avons souligné, dans chaque secteur multi-professionnel reconnu par le législateur, une seule organisation patronale est reconnue représentative à ce niveau, ce qui rend donc l'hypothèse de l'exercice d'un droit d'opposition par une autre organisation patronale représentative sans objet. Il faudrait qu'une ou plusieurs autres organisations patronales candidatent à la représentativité multi-professionnelle au sein d'un des secteurs considérés et soient reconnues représentatives à ce niveau pour que l'éventualité d'une opposition à l'extension se présente.

³²¹⁸V. étude 544 supra.

³²¹⁹V. études 546 et 547 supra.

du paritarisme au niveau national obéisse à une logique d'ensemble. Une distinction devrait certes être opérée entre les instances relevant du paritarisme de négociation, c'est-à-dire celles issues de la négociation nationale interprofessionnelle et qui correspondent à une prolongation de l'ANI qui les a fait naître, et les instances relevant du paritarisme de participation, c'est-à-dire celles issues de la loi ou du règlement et qui correspondent à une délégation de gestion octroyée par la puissance publique³²²⁰.

Pour les premières, les organisations interprofessionnelles resteraient bien évidemment libres de déterminer conventionnellement les modalités de participation de leurs homologues multi-professionnelles, qui pourraient par exemple être invitées à désigner un représentant assistant aux réunions avec voix consultative³²²¹.

Pour les secondes, il conviendrait de prévoir, par le biais de la loi ou du règlement, la présence systématique des trois organisations patronales multi-professionnelles aux côtés des organisations patronales interprofessionnelles. La référence expresse au statut d'organisation multi-professionnelle devrait, en premier lieu, être introduite dans l'ensemble des textes légaux et réglementaires régissant ces instances afin de garantir une représentation des trois organisations³²²². La composition des collèges devrait, en second lieu, être adaptée afin de préserver une parité entre les organisations patronales et les organisations syndicales de salariés dans la gouvernance des instances³²²³. Enfin, une voix délibérative pourrait être reconnue aux trois organisations que la composition de l'instance soit strictement paritaire, c'est-à-dire gérée uniquement par les partenaires sociaux sur délégation de l'Etat, ou qu'il s'agisse d'instances tripartites ou quadripartites dans lesquelles les partenaires sociaux siègent avec les représentants de l'Etat et des collectivités territoriales³²²⁴.

³²²⁰V. études 218 et s. supra.

³²²¹Cette proposition pourrait tout à fait se concevoir dans les instances interprofessionnelles gérant la protection sociale complémentaire telles que le conseil d'administration de l'UNEDIC ou de l'AGIRC-ARRCO dont les régimes s'appliquent obligatoirement aux secteurs « hors champ » par l'effet de la loi. Nous rappelons malgré tout que la FESAC est déléguée pour négocier le régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle.

³²²²Nous rappelons qu'à l'heure actuelle la référence au statut d'organisation multi-professionnelle n'est pas systématique dans les textes régissant la composition des instances, ce qui explique que parfois certaines d'entre elles siègent au sein de l'instance et d'autres non (V. étude 546 supra).

³²²³Nous rappelons que ce type d'adaptation se pratique déjà au niveau interprofessionnel où le collège des employeurs comprend trois organisations (MEDEF, CPME, U2P) et le collège des salariés comprend cinq organisations (CFDT, CGT, CGT-FO, CFTC et CFE-CGC). Le nombre de représentants par organisation peut ainsi être recalculé pour obtenir une parité parfaite entre les deux collèges ou un nombre de voix identique peut être attribué à chaque collège malgré un nombre de représentants patronaux et salariés déséquilibré (V. étude 546 supra).

³²²⁴On comprend mal, par exemple, que les représentants des organisations multi-professionnelles n'aient plus voix délibérative à la CNNCEFP, alors que la FNSEA et l'UNAPL en disposaient autrefois (V. étude 546 supra).

ii) Une égalité d'accès aux ressources financières légales

592. Une modification des règles de répartition. Le repositionnement des organisations multi-professionnelles au sein du paritarisme au niveau national devrait logiquement s'accompagner d'un rééquilibrage des ressources financières attribuées aux différentes organisations représentatives au niveau national. Si la loi du 5 mars 2014 a permis de clarifier, comme nous l'avons vu, le financement des organisations syndicales et patronales, elle a en effet consacré de façon expresse une inégalité d'accès aux ressources financières entre les organisations multi-professionnelles et les organisations interprofessionnelles³²²⁵. Il conviendrait dès lors, comme le réclame l'UDES depuis l'entrée en vigueur de la loi, de revenir sur le principe fixé par l'article L. 2135-13, I, 2° du Code du travail qui prévoit que la subvention de l'Etat attribuée au titre de la mission liée à la participation aux politiques publiques (« mission 2 ») est répartie par décret entre les différentes organisations mais avec un montant inférieur pour les organisations multi-professionnelles³²²⁶. Un principe d'égalité entre les organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel et celles reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel devrait au contraire être inscrit dans la loi et le décret du 28 janvier 2015 fixant une répartition « 80/20 » devrait être abrogé³²²⁷. Il pourrait être également envisagé d'attribuer au niveau multi-professionnel une dotation autonome pour le financement de la mission liée au paritarisme (« mission 1 ») alors que les organisations patronales multi-professionnelles concourent aujourd'hui au niveau de la branche³²²⁸. Cette dernière hypothèse serait d'autant plus envisageable qu'une représentativité au niveau national et multi-professionnel serait créée pour les organisations syndicales de salariés³²²⁹.

³²²⁵V. études 551 et 552 supra.

³²²⁶V. étude 551 préc.

³²²⁷V. étude 551 préc.. Une répartition inégalitaire pourrait toutefois être conservée entre les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel et celles ayant recueilli entre 3 % et 8 % des suffrages à ce niveau puisque ces dernières n'atteignent pas le seuil requis pour être reconnues représentatives.

³²²⁸V. étude 551 préc..

³²²⁹Nous rappelons que l'article L. 2135-13, I, 1° du Code du travail distingue deux niveaux de répartition des crédits liés à la mission 1 : le niveau national et le niveau de la branche (V. étude 551 préc.). Une première dotation est ainsi répartie entre les organisations syndicales et patronales au niveau national et interprofessionnel et une deuxième dotation est répartie au sein de chaque branche. Les organisations patronales multi-professionnelles sont attributaires au sein de la deuxième dotation et concourent avec les organisations patronales de branche. Si un niveau de représentativité nationale et multi-professionnelle était reconnue aux organisations de salariés par parallélisme avec les organisations d'employeurs (V. étude 587 supra), il pourrait être envisagé de réserver une dotation spécifique au niveau national et multi-professionnel à répartir entre les organisations syndicales et patronales représentatives à ce niveau.

593. Une réforme de la gouvernance. La gestion du fonds paritaire chargé de recevoir les ressources financières prévues par la loi et de les répartir entre les différentes organisations dans le cadre des règles d'attribution et de répartition légales a été confiée, comme nous l'avons vu, aux seules organisations syndicales et patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel³²³⁰. Les organisations multi-professionnelles ne siègent pas au sein du conseil d'administration de l'AGFPN - que l'article L. 2135-15 du Code du travail réserve aux organisations interprofessionnelles - et doivent se contenter d'être destinataires des projets de délibération de l'instance, alors que leurs entreprises adhérentes cotisent sur les mêmes bases que celles de l'interprofession pour alimenter le fonds³²³¹. Il conviendrait dès lors, comme le réclame là encore l'UDES, de faire entrer les organisations multi-professionnelles dans les instances de l'AGFPN³²³². Une réforme de l'article L. 2135-15 du Code du travail devrait pour cela être opérée en attribuant expressément des sièges à ces organisations au sein du conseil d'administration de l'association gestionnaire et en adaptant les dispositions réglementaires d'application précisant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'instance³²³³.

2- Une place réaménagée dans le dialogue social national

594. Le dispositif d'association des organisations multi-professionnelles aux négociations interprofessionnelles prévu à l'article L. 2152-3 du Code du travail pourrait être revu (a). De même, le dispositif de l'article L. 1 du Code du travail pourrait être aménagé afin de prendre en compte les particularités du « hors champ » et garantir ainsi un meilleur fonctionnement de la démocratie sociale (b).

³²³⁰V. étude 549 supra.

³²³¹V. études 549 et 552 supra.

³²³²V. notamment UDES, Rapport d'activité 2023, p.14.

³²³³V. *C. trav.*, art. R. 2135-10 et s.. Les règles de vote au sein du conseil d'administration devraient notamment être adaptées. En effet, l'article R. 2135-15 du Code du travail dispose que le nombre de voix dans le collège employeurs du conseil d'administration est calculé proportionnellement à l'audience de chaque organisation patronale au niveau national et interprofessionnel. En l'absence d'une mesure de l'audience patronale au niveau national et multi-professionnel, un nombre de voix fixe pourrait être prévu pour chaque organisation d'employeurs, à l'instar du système pratiqué pour les organisations de salariés, quitte à pondérer le nombre de voix pour respecter l'exigence d'une égalité de voix entre les deux collèges.

a) Une révision de l'article L. 2152-3 du Code du travail

595. Une présence renforcée dans les négociations interprofessionnelles. Nous avons souligné que l'introduction de l'article L. 2152-3 au sein du chapitre du Code du travail consacré aux critères de la représentativité patronale démontrait qu'il s'agissait là de la principale réponse du législateur à la situation des organisations « hors champ »³²³⁴. La représentativité au niveau national et multi-professionnel a en effet été créée uniquement pour régler les rapports de certaines organisations « hors champ » avec leurs homologues de l'interprofession dans le cadre des négociations se déroulant au niveau national et interprofessionnel.

Si ce texte permet d'informer les organisations multi-professionnelles sur les objectifs poursuivis par les négociations interprofessionnelles et de recueillir leurs observations en amont de ces dernières et avant leur conclusion, nous avons pu constater que ce dispositif était cependant insuffisant pour garantir une réelle prise en compte des spécificités des secteurs « hors champ » concernés³²³⁵. La demande d'évolution formulée par l'UNAPL, l'UDES et la FNSEA dès 2016, et restée à ce jour sans réponse³²³⁶, mériterait ainsi d'être réexaminée et approfondie. Un représentant de chacune des organisations multi-professionnelles pourrait effectivement être présent lors négociations interprofessionnelles comme le réclament les organisations³²³⁷. Il ne s'agirait pas, à notre sens, d'autoriser ces représentants à s'immiscer dans la négociation elle-même mais de leur permettre d'informer les négociateurs interprofessionnels des spécificités de leurs secteurs lors des discussions sur les projets de stipulations de l'ANI. Un statut d'observateur avec voix consultative aux principales étapes de la négociation pourrait ainsi leur être attribué. Il conviendrait toutefois de préciser que ce dispositif serait réservé aux seuls ANI susceptibles d'être transposés ou élargis, ainsi qu'aux ANI de protection sociale complémentaire. En effet, la rédaction actuelle de l'article L. 2152-3 du Code du travail est trop générale lorsqu'elle vise « *une négociation nationale et interprofessionnelle* ». Les organisations multi-professionnelles n'ont pas à disposer d'un droit de regard sur les négociations concernant le seul champ interprofessionnel³²³⁸. Seuls les accords dont les stipulations auraient vocation à dépasser leur champ d'application naturel et à s'appliquer à l'ensemble des secteurs d'activité après leur élargissement, leur agrément (pour

³²³⁴V. étude 536 supra.

³²³⁵V. étude 538 supra.

³²³⁶V. étude 538 préc.

³²³⁷Cette demande est renouvelée régulièrement par l'UDES (V. notamment UDES, rapport d'activité 2023, p.14).

³²³⁸V. étude 539 supra.

les ANI d'assurance chômage) ou leur transposition légale devraient être concernés par ce dispositif.

596. Un délai d'adaptation. Une fois l'ANI conclu, un délai devrait être laissé aux organisations multi-professionnelles pour leur permettre de négocier, dans leurs champs respectifs, les stipulations spécifiques qui n'auraient pu être prises en compte lors de la négociation interprofessionnelle socle. Ce temps de négociation propre permettrait d'adapter les impacts de l'ANI aux spécificités de ces secteurs avant la transposition législative. Il éviterait ainsi que se reproduisent des épisodes tels que la suspension temporaire, par la loi du 5 mars 2014, des dispositions de la loi du 14 juin 2013 sur la durée minimale de travail des salariés à temps partiel afin de permettre aux branches concernées de négocier des accords dérogatoires³²³⁹.

b) Un aménagement de l'article L. 1 du Code du travail

597. Nous ne reviendrons pas ici sur les multiples questions qui ont pu se poser depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007 et les débats qui en ont découlé sur l'amélioration du dispositif prévu à l'article L. 1 du Code du travail³²⁴⁰. Nos propositions se focaliseront au contraire sur le sujet qui nous préoccupe, à savoir la consolidation de la place des organisations multi-professionnelles au sein du dialogue social national.

Il convient de se rappeler en effet que lors débats préalables à l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, la question de la place de la FNSEA et de l'UNAPL au sein du dispositif prévu par l'article L. 1 avait été âprement débattue, conduisant le ministre du Travail Gérard Larcher à s'engager - au-delà de la lettre du texte - à ce qu'une concertation spécifique soit organisée avec ces organisations lorsque des projets de réforme en droit du travail viseraient spécifiquement ces secteurs³²⁴¹. On se souvient également que le rapport Combrexelle, et à sa suite le protocole d'accord du 30 janvier 2014, avaient proposé d'organiser une consultation

³²³⁹V. supra note n°2961.

³²⁴⁰Nous pensons notamment à la clarification de la notion d'urgence permettant au gouvernement d'écarter la procédure, à la question de l'introduction des garanties sociales dans le champ de l'article L. 1 ou bien encore au projet de constitutionnalisation du dialogue social préalable à la loi, qui aurait permis au mécanisme de l'article L. 1 de dépasser la simple obligation de procédure (V. études 160 et s. supra). Nous renvoyons également aux propositions formulées par les partenaires sociaux eux-mêmes dans l'ANI du 14 avril 2022 sur le paritarisme (V. ANI du 14 avril 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation, art. 5).

³²⁴¹V. étude 357 supra.

spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics, préalablement à l'élaboration du projet de loi de transposition de l'ANI³²⁴².

Cette proposition, finalement écartée par le législateur de 2014³²⁴³, pourrait être reprise afin de parfaire le scénario de consolidation. En effet, si nous avons indiqué que la présence des organisations multi-professionnelles au sein des négociations interprofessionnelles pouvait être renforcée au moyen d'une réforme de l'article L. 2152-3 du Code du travail³²⁴⁴, cette proposition ne garantit pas une prise en compte des spécificités de ces secteurs lors de la transposition. Le législateur reste en effet totalement libre lorsqu'il élabore le projet de loi de transposition, conformément à ses prérogatives constitutionnellement garanties. Il peut certes, de sa propre initiative, décider d'intégrer au projet de loi les problématiques d'un secteur multi-professionnel par delà le texte de l'accord, comme il a pu le faire par exemple lors de la transposition de l'ANI du 10 février 2023 relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise³²⁴⁵. Mais il peut également choisir d'ignorer totalement les spécificités de ces secteurs comme il a pu le faire lors de la transposition partielle de l'ANI du 11 janvier 2008 et de ses avenants, créant des inégalités entre les secteurs relevant de l'interprofession et ceux en étant exclus³²⁴⁶.

³²⁴²V. études 479 et 482 supra.

³²⁴³V. étude 529 supra.

³²⁴⁴V. études 595 et 596 supra.

³²⁴⁵Les partenaires sociaux ont conclu un ANI relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise le 10 février 2023 (V. Simon RIANCHO, « L'ANI du 10 février 2023, l'intéressement et la participation : des évolutions, avant la révolution ? », *D.* 2023, p.693 ; Juliana KOVAC et Lucy GAUDEMET-TOULEMONDE, « ANI relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise : quels sont les changements en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié ? », *JCP S* 2023, n°1080). Le gouvernement s'était engagé à transcrire fidèlement et totalement cet accord dans la loi (V. *Liaisons soc. quotidien*, n°18741, 22 fév. 2023). Un projet de loi prévoyant une transcription stricte de l'accord a ainsi été élaboré (V. *JCP S* 2023, act., n°181). Or, l'UDES n'étant pas signataire de l'ANI, la situation particulière des entreprises de l'ESS au regard des dispositifs de partage de valeur n'a pu être prise en compte au stade du projet de loi de transposition. En effet, l'article 3 du projet prévoyait, conformément à l'ANI, d'engager toute société de 11 à 49 salariés déclarant un bénéfice net fiscal d'au moins 1% de son chiffre d'affaires et pendant trois exercices consécutifs, à choisir un des dispositifs de partage de la valeur existant pour ses salariés. Or, les entreprises de l'ESS ne produisent pas des bénéfices puisqu'elles sont à but non lucratif. Si elles produisent des excédents, ces derniers ne peuvent pour autant faire l'objet d'une redistribution à destination des salariés sous forme de participation aux résultats (V. *C. trav.*, art. L. 3321-1 et s.). De ce fait, les salariés des entreprises de l'ESS se trouvaient exclus du dispositif. Un amendement a dès lors été déposé lors de la discussion à l'Assemblée Nationale afin d'adapter le projet de loi de transposition de l'ANI à l'ESS (V. amendement n°399 soutenu par Madame Fanta Berete). Un article additionnel a été introduit au projet prévoyant qu'à titre expérimental et pendant une durée de cinq ans à compter de la promulgation de la loi, lorsqu'un accord de branche étendu le permet, les personnes morales mentionnées au 1° du II de l'article 1er de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire qui emploient au moins onze salariés, qui ne déclarent pas de bénéfice net fiscal au sens du 1° de l'article L. 3324-1 du code du travail et qui ont réalisé pendant trois exercices consécutifs un résultat excédentaire au moins égal à 1 % de leurs recettes doivent, au titre de l'exercice suivant, soit mettre en place un dispositif d'intéressement, soit abonder un plan d'épargne salariale, soit verser la prime de partage de la valeur prévue à l'article 1er de la loi n°2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (V. L. n°2023-1107 du 29 novembre 2023 portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise, art. 6, JORF 30 nov. 2023).

³²⁴⁶V. notamment supra note n°2979

L'introduction d'une obligation de consultation spécifique des organisations multi-professionnelles par les pouvoirs publics, avant la transposition de l'ANI découlant du processus de l'article L. 1 du Code du travail, permettrait ainsi au gouvernement de connaître la position de ces organisations (ce qui n'est pas le cas, rappelons-le, dans le système actuel prévu à l'article L. 2152-3 du Code du travail qui prévoient que les observations des organisations multi-professionnelles sont transmises aux seules organisations interprofessionnelles). Le législateur serait ainsi mieux éclairé sur les spécificités de ces secteurs qu'il pourrait intégrer dès l'élaboration du projet de loi, évitant que le sort de ces secteurs soit lié à l'hypothétique dépôt d'un amendement de « rattrapage » lors des débats parlementaires. Cette solution participerait ainsi, à n'en pas douter, à une meilleure prise en compte de ces secteurs dans les rouages de la démocratie sociale³²⁴⁷.

§ 2. Un scénario de refonte

598. En prévoyant d'adapter les critères de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel pour tenir compte de l'impact de la restructuration des branches, le législateur confirme qu'il souhaite préserver le niveau multi-professionnel. Pourtant cette représentativité intermédiaire entre la branche et l'interprofession ne correspond en réalité qu'à une « semi-représentativité », dépourvue à ce jour de certaines fonctions reconnues aux autres niveaux. Le législateur de 2014 n'a pas, en effet, mené une analyse rigoureuse lorsqu'il a créé ce nouveau niveau de représentativité patronale, qui a eu comme unique vertu de reconnaître une certaine place à des organisations exclues du dialogue social national, tout en figeant les différents cercles de représentation patronale qui existaient jusqu'alors. Reconnaître le plein effet de cette représentativité en droit de la négociation collective et des accords collectifs, ainsi que dans le paritarisme de gestion, permettrait certes de consolider l'œuvre du législateur et de sortir ces organisations du « milieu du gué ». Mais la multiplication des niveaux et des formes de reconnaissance de la représentativité est-elle la bonne solution, notamment à l'heure d'une recomposition du paysage des branches qui tend à interroger l'existence et la légitimité des niveaux « supérieurs » ? Ce questionnement se justifie d'autant plus que l'accès restreint à la

³²⁴⁷Nous rappelons que l'article L. 2 du Code du travail prévoit que les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation de l'article L. 1 sont soumis par le Gouvernement à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle dont les organisations multi-professionnelles sont membres (V. supra note n°1137). Pour autant, ces dernières sont privées de tout pouvoir délibératif au sein de la CNNCEFP (V. étude 546 supra), ce qui ne leur garantit absolument pas que leurs voix seront entendues, qui plus est à un stade où le projet de loi est déjà finalisé.

représentativité au niveau national et multi-professionnel voulu par le législateur n'a pas permis de résoudre la question du « hors champ » dans son ensemble et qu'un scénario de consolidation ne changerait en rien la situation des « oubliés du hors champ »³²⁴⁸. Un scénario de refonte de la représentativité patronale au niveau national pourrait au contraire rendre cette dernière plus universelle et l'aider à franchir les limites actuelles de l'interprofession. Les modalités de détermination de représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel devraient pour cela être revues (A), tout en faisant l'objet d'une traduction effective en droit de la négociation collective (B).

A. De nouvelles modalités de détermination de la représentativité au niveau national et interprofessionnel

599. En fondant la représentativité au niveau national et interprofessionnel sur les secteurs traditionnels de l'économie, le législateur de 2014 a consacré une conception classique de l'interprofession qui mériterait assurément d'être modernisée (1). L'ouverture de cet espace de représentativité à d'autres formes de représentation patronale nécessiterait malgré tout que soit envisagé l'existence d'organisations catégorielles (2). Enfin, si le critère de l'adhésion a paru relever de l'évidence pour fonder la représentativité patronale, ce dernier est susceptible de limiter l'effet de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national. Un système électif permettrait au contraire de dépasser la logique de l'adhésion patronale et légitimerait l'universalité qui pourrait être reconnue à la représentativité au niveau national et interprofessionnel (3).

1- Dépasser la conception classique de l'interprofession

600. Le critère d'une représentativité simultanée dans les quatre secteurs traditionnels de l'industrie, de la construction, du commerce et des services pour fonder la représentativité nationale et interprofessionnelle peut paraître de nos jours obsolète (a). Un critère rénové garantissant une meilleure prise en compte de la pluralité des approches entrepreneuriales pourrait lui être substitué (b).

³²⁴⁸V. études 569 et 570 supra.

a) Un critère devenu obsolète

601. Exclusion. Nous avons vu qu'en exigeant de l'organisation candidate à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel qu'elle justifie d'organisations adhérentes représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, la loi du 5 mars 2014 avait repris le critère déjà imposé par la loi du 20 août 2008 aux organisations syndicales de salariés³²⁴⁹. Or, comme nous l'avons démontré, ce choix n'a pas eu du tout la même conséquence du côté patronal. En effet, si ce critère supplémentaire aux critères généraux de la représentativité syndicale permettait au législateur de 2008 de s'assurer qu'il disposait, au niveau national et interprofessionnel, d'organisations suffisamment généralistes en capacité de représenter l'ensemble du monde du travail, une telle exigence du côté patronal a eu pour effet de limiter la représentativité nationale et interprofessionnelle aux secteurs traditionnels de l'économie et d'exclure tous les autres, soit environ 25 % ou un tiers des secteurs d'activité selon les sources³²⁵⁰. Si l'on ajoute que ce sont les trois organisations patronales « pré-labellisées » interprofessionnelles, sous l'empire du droit antérieur, qui ont elles-mêmes proposé d'asseoir la représentativité nationale et interprofessionnelle sur ces quatre secteurs traditionnels au sein desquels elles disposaient d'adhérents³²⁵¹, on ne peut que rester dubitatif quant au choix opéré par le législateur.

Certes, la jurisprudence a admis depuis que ces quatre secteurs ne constituent qu'un socle et que rien n'empêche qu'une organisation candidate à la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel puisse justifier d'organisations adhérentes représentatives dans d'autres secteurs, dès l'instant où la condition prévue à l'article L. 2152-4, 2°, du Code du travail est satisfaite³²⁵². Certes, une présence dans un certain nombre de secteurs témoignant d'une activité diversifiée est nécessaire pour que la vocation interprofessionnelle de la confédération soit rapportée³²⁵³. Certes, enfin, une vérification de la représentativité de l'organisation candidate au niveau national et interprofessionnel dans des « secteurs clefs » peut être une solution - comme avait pu le suggérer le Professeur Radé bien avant la réforme - dès l'instant où la vérification de cette représentativité dans l'ensemble des branches s'avère compliquée³²⁵⁴. Mais, ces arguments ne nous semblent toutefois pas suffisants pour justifier le choix du législateur, qui a été guidé avant tout par la volonté de maintenir la représentation

³²⁴⁹V. étude 424 supra.

³²⁵⁰V. notamment étude 307 supra.

³²⁵¹V. étude 372 supra.

³²⁵²V. étude 433 supra.

³²⁵³V. étude 429 supra.

³²⁵⁴V. étude 268 supra.

patronale préexistante au niveau national, en confirmant pour cela la conception classique de l'interprofession.

Dans sa décision du 5 décembre 2022, la Cour administrative d'appel de Paris a effectivement été amenée à admettre la prise en compte d'adhésions d'organisations de branches « hors champ » dans le cadre de la mesure de l'audience des organisations candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel, mais avant tout pour régler les situations de multi-adhésions entre les organisations multi-professionnelles et les organisations interprofessionnelles, au bénéfice exclusif de ces dernières³²⁵⁵. Quant à la méthode que nous avons pu qualifier d'« échantillonnage »³²⁵⁶ consistant à apprécier la représentativité nationale et interprofessionnelle au sein de ces quatre secteurs - que le Professeur Radé avait qualifié de « *secteurs clefs* »³²⁵⁷ - il convient de rappeler que l'éminent spécialiste ne la justifiait premièrement que par la grande difficulté à apprécier cette représentativité dans l'ensemble des branches et, deuxièmement, qu'à la condition d'en tirer des conséquences pour l'ensemble de l'interprofession, à l'instar de ce que la loi de 2008 a prévu pour les organisations de salariés³²⁵⁸. Or, nous avons vu que la loi de 2014 n'a pas tiré les conséquences de cette méthode puisqu'elle n'a pas traité la question de la portée de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel³²⁵⁹. En raison du caractère « strict » de la représentativité patronale qui demeure, seules les branches qui ont effectivement adhéré aux confédérations d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel sont engagées par ces dernières³²⁶⁰. La portée de leur représentativité se limitera donc aux seules branches adhérentes comprises dans l'échantillon (et non à toutes les branches, y compris au sein des quatre secteurs)³²⁶¹. Dès l'instant où des conclusions ne peuvent être tirées pour l'ensemble des branches, la méthode par « échantillonnage » perd ainsi singulièrement de son intérêt et ne peut, à notre sens, servir à justifier une appréciation de la représentativité nationale et interprofessionnelle basée sur ces quatre secteurs.

602. Discussion. Dès lors, le maintien de cette exigence peut faire l'objet d'une discussion. Outre qu'il exclut de nombreux secteurs, ce critère peut paraître en effet obsolète

³²⁵⁵V. étude 499 supra.

³²⁵⁶V. études 437 et s. supra.

³²⁵⁷Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010, p.284 et spéc. p.288 (supra note n°1671).

³²⁵⁸V. Christophe RADÉ, *op. cit.*

³²⁵⁹V. étude 442 supra.

³²⁶⁰V. étude 440 supra.

³²⁶¹V. étude 442 préc.

en raison de l'évolution du paysage entrepreneurial français³²⁶². Avec la fin de « *la civilisation de l'usine* »³²⁶³ et l'avènement d'une société de services, des secteurs tels que l'ESS, par exemple, devraient « *peser davantage* »³²⁶⁴. L'UDES est en effet présente dans une pluralité de branches aux activités variées³²⁶⁵ mais elle ne peut malgré tout candidater au niveau national et interprofessionnel en raison d'une absence d'organisations adhérentes représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, du commerce, de la construction et des services. En termes de poids cette organisation revendique pourtant 220 000 entreprises, employant près de 2,4 millions de salariés³²⁶⁶, là où la CPME revendique 239 000 entreprises pour 3 millions de salariés³²⁶⁷, soit des chiffres relativement similaires³²⁶⁸. Cette comparaison est d'autant plus parlante que la CPME intègre dans ses données les effectifs des organisations patronales NEXEM et FEHAP - aujourd'hui réunies au sein de la confédération AXESS représentant de très nombreuses entreprises du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif relevant traditionnellement de l'ESS et employant 700 000 salariés³²⁶⁹ - dont elle peut

³²⁶²V. Michel CHASSANG, « Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale », *Dr. soc.* 2014, p.260.

³²⁶³Jacques BARTHÉLÉMY et Gilbert CETTE, *Travail et Changements technologiques - De la civilisation de l'usine à celle du numérique*, Odile Jacob, 2021.

³²⁶⁴Nicole MAGGI-GERMAIN, « Vers la surreprésentation des grandes entreprises », *Directions* 2016, n°147, p.28.

³²⁶⁵V. notamment étude 562 supra.

³²⁶⁶V. <https://www.udes.fr>

³²⁶⁷V. <https://www.cpme.fr>

³²⁶⁸La FNSEA revendique 212 000 adhérents (V. <https://www.fnsea.fr>) et la FESAC 4 000 entreprises adhérentes (V. Rapport moral et d'activité de la fesac 2023, p.1 ; <https://fesac.fr>).

³²⁶⁹V. <https://www.axess-asso.fr> ; <https://nexem.fr> ; <https://www.fehap.fr>

désormais faire état pour justifier sa représentativité au niveau national et interprofessionnel, au détriment du champ multi-professionnel³²⁷⁰.

b) Un critère rénové

603. Suppression. Nous pensons qu'il serait souhaitable de supprimer l'exigence d'une présence simultanée dans les quatre secteurs traditionnels de l'économie pour établir la représentativité au niveau national et interprofessionnel, et ce dans la logique d'une meilleure prise en compte du panorama entrepreneurial français et de l'importance grandissante de certains secteurs d'activité aujourd'hui partiellement reconnue. Bien évidemment la suppression de ce critère ne devrait pas conduire à multiplier inutilement les interlocuteurs patronaux au niveau interprofessionnel. Une présence dans une pluralité de branches devrait malgré tout continuer d'être rapportée par les organisations candidates à ce niveau, afin de démontrer leur vocation à réunir plusieurs professions.

604. Substitution. Le 2° de l'article L. 2152-4 du Code du travail devrait prévoir pour cela que les organisations patronales prétendant à la représentativité au niveau national et

³²⁷⁰C'est à propos de ces adhésions que la Cour administrative d'appel de Paris a rendu son arrêt du 5 décembre 2022 en considérant que même si la branche relève d'un des secteurs multi-professionnels visés par la loi, à savoir l'ESS, en raison de son activité économique, l'adhésion de l'organisation patronale représentative de cette branche à une organisation interprofessionnelle place cette branche dans le champ de l'interprofession et l'organisation multi-professionnelle ne peut plus la revendiquer pour établir sa représentativité (V. CAA Paris, 5 déc. 2022, n°s 22PA00280, 22PA00294, étude 499 supra). Au cas d'espèce, la prise en compte des effectifs de NEXEM et de la FEHAP, représentatives dans le champ de conventions collectives nationales du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif (V. Bernard GAURIAU, « La concurrence des conventions collectives dans le secteur social et médico-social », *RDSS* 2014, p.39 ; Simon COTTIN-MARX, « Le rôle du patronat associatif dans l'éclatement conventionnel de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif », *Négociations* 2022, n°38, p.121), pour le calcul de l'audience de la CPME au niveau national et interprofessionnel, réalisé en 2021, était contestée par le MEDEF. Tout en donnant raison à ce dernier au motif que les adhésions de NEXEM et de la FEHAP à la CPME n'avaient pas été rendues publiques avant le 31 décembre précédant l'année de déclaration de candidature de la CPME (V. *C. trav.*, art. R. 2152-9 ; Décr. n°2020-927 du 29 juil. 2020 relatif à la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés et à la mesure de l'audience patronale en 2021, JORF 30 juil. 2020), le juge administratif a considéré que pour l'avenir ces effectifs pourront être revendiqués par la CPME pour établir sa représentativité au niveau national et interprofessionnel mais que ces adhésions ne pourront plus être revendiquées par l'UDES pour établir sa représentativité au niveau national et multi-professionnel. Comme nous l'avons indiqué, le juge fait ici une stricte application de la lettre de l'article L. 2152-2, 2°, du Code du travail qui précise que les conventions collectives (ou les branches) au sein desquelles l'organisation candidate à la représentativité multi-professionnelle revendique sa représentativité directe ou indirecte, par l'intermédiaire de ses organisations adhérentes, ne doivent pas relever du champ couvert par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel (V. étude 499 préc.). NEXEM, qui est adhérente à la fois de l'UDES et de la CPME, ne pourra donc plus être revendiquée par la première pour établir sa représentativité multi-professionnelle et verra au contraire ses entreprises adhérentes et leurs salariés pris en compte dans le calcul de l'audience de la seconde pour la détermination de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel.

interprofessionnel sont celles « *Dont les organisations adhérentes sont représentatives dans des branches ayant des activités économiques diversifiées* » et non plus celles « *Dont les organisations adhérentes sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services* ». Dans une logique de symétrie, le 2° de l'article L. 2122-9 du Code du travail serait également modifié afin de prévoir que les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel doivent être « *représentatives dans des branches ayant des activités économiques diversifiées* », même si ce critère pose moins de problèmes du côté salarial comme nous l'avons souligné. Il est à noter que le nombre minimum de branches exigé pourrait être précisé - par exemple quatre - mais que cela ne semble pas toutefois indispensable. En effet, comme nous l'avons également souligné, les articles L. 2152-4, 2°, et L. 2122-9, 2°, du Code du travail ne fixent pas expressément un seuil minimum de branches dans leur rédaction actuelle. Bien que le HCDS ait livré une interprétation de l'article L. 2122-9, 2°, du Code du travail consistant à exiger au moins deux branches dans chacun des quatre secteurs - soit huit branches au total - et que le rapport Combrexelle ait suggéré d'appliquer cette règle de gestion à l'appréciation de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, nous avons vu en effet qu'une lecture plus indulgente de ces articles pouvait être effectuée en baissant l'exigence à une seule branche par secteur, notamment pour parer aux difficultés induites par le chantier de restructuration des branches³²⁷¹. Il faut donc considérer au final qu'un seuil minimal de quatre branches (une au sein de chacun des quatre secteurs) peut se déduire de la rédaction actuelle des deux articles mais que le législateur n'en a pas fait état de façon expresse car ce critère n'est pas destiné à jauger l'importance de l'organisation - qui sera mesurée via le critère de l'audience - mais sa présence au sein d'activités diversifiées³²⁷². La réunion de branches disparates permet en effet de distinguer l'interprofession de l'interbranche, qui rassemble des activités économiques proches ou identiques³²⁷³. Une certaine hétérogénéité des activités regroupées doit donc continuer à être exigée au niveau national et interprofessionnel, afin de caractériser l'« interprofessionnalité » de l'organisation et distinguer ce niveau de l'interbranche. Or, c'est précisément le critère retenu pour apprécier cette diversité d'activités, à savoir la présence simultanée dans les secteurs traditionnels de l'industrie, du commerce, de la construction et des services, qui peut être discuté. Ce critère ne tient pas compte de l'évolution du paysage

³²⁷¹V. étude 578 supra.

³²⁷²Nous rappelons que c'est en ce sens que le rapport Combrexelle a motivé l'application du critère aux organisations patronales candidates à la représentativité au niveau national et interprofessionnel (V. étude 429 supra).

³²⁷³V. étude 249 supra.

entrepreneurial et fige l'interprofession dans sa dimension classique. Bien sûr, ces secteurs continuent de représenter une grande majorité de l'activité économique du pays mais la solution consistant à identifier l'interprofession par une présence simultanée dans chacun d'entre eux ne paraît plus de nos jours très convaincante. Comme nous l'avons indiqué, l'ESS connaît un fort développement et regroupe des activités très diversifiées³²⁷⁴, même si l'UDES ne peut justifier d'organisations adhérentes à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, qui sont avant tout présentes dans le secteur marchand. C'est en effet une autre logique qui fonde le syndicalisme patronal dans l'ESS, à savoir la non lucrativité ou la lucrativité limitée des activités regroupées³²⁷⁵. Une ouverture du champ de l'interprofession à ces activités au moyen d'une adaptation des critères de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel permettrait ainsi de mieux prendre en compte les différentes manières d'entreprendre au niveau national.

2- Reconnaître l'existence d'organisations patronales catégorielles au niveau national et interprofessionnel

605. Garde-fou. La disparition de l'exigence d'une présence simultanée dans l'industrie, la construction, le commerce et les services permettrait d'ouvrir les portes de l'interprofession aux organisations multi-professionnelles, dont la représentativité spécifique n'aurait, dès lors, plus lieu d'être reconnue. Pour autant, en faisant « sauter le verrou » des quatre secteurs au niveau interprofessionnel et en supprimant corrélativement la représentativité au niveau national et multi-professionnel, il conviendrait d'éviter que ne ressurgisse le débat sur la mono ou la pluri-interprofession³²⁷⁶. Une seule interprofession doit en effet être reconnue au niveau national et celle-ci doit tendre à une représentation universelle de l'ensemble des secteurs d'activités, compte tenu des prérogatives exorbitantes du droit commun octroyées à ce niveau de représentativité telles que la négociation préalable à l'adoption de la loi ou la participation aux instances nationales de consultation et de gestion. Une démultiplication des champs de la représentation patronale au niveau national n'est pas souhaitable et une certaine consistance doit être maintenue à ce niveau en évitant de réintroduire des logiques purement sectorielles, incompatibles avec la notion d'interprofession. La création de la représentativité

³²⁷⁴V. études 455 et 512 supra.

³²⁷⁵V. notamment études 455 et 562 supra.

³²⁷⁶V. Première partie.

multi-professionnelle a eu, en effet, au moins le mérite de donner un statut à certaines organisations « hors champ » tout en refermant le débat sur l'existence de plusieurs interprofessions au niveau national. Il convient dès lors de ne pas le réouvrir et de considérer que toutes les organisations candidates au niveau national et interprofessionnel doivent satisfaire à des critères communs permettant de vérifier leur aptitude à représenter toutes les professions ou, à tout le moins, une grande partie d'entre elles.

606. Représentations catégorielles. Mais ne pourrait-on pas malgré tout admettre que des organisations représentatives à ce niveau puissent ne représenter qu'une catégorie d'employeurs, à l'instar de la CFE-CGC pour les salariés ? La question s'était déjà posée pour les organisations labellisées interprofessionnelles sous l'empire du droit antérieur. Les Professeurs Langlois et Radé, tous deux fervents partisans de la thèse de la mono-interprofession, reconnaissent toutefois que seul le MEDEF était véritablement généraliste³²⁷⁷, alors que la CPME et l'UPA étaient davantage des organisations « catégorielles »³²⁷⁸ représentant les petites et moyennes entreprises pour la première et les entreprises sous statut artisanal pour la seconde³²⁷⁹. Le Professeur Philippe Langlois soulignait que ces deux confédérations n'avaient donc « aucune vocation à représenter les grandes entreprises » et que leur participation aux négociations interprofessionnelles, admise dans la pratique, constituait une « altération de la vocation générale qui devrait être exigée des organisations patronales »³²⁸⁰ intervenant à ce niveau. Il en concluait que leur vocation au niveau national et interprofessionnel n'était qu'une « vocation de complément », ce qui devait « interdire qu'un accord interprofessionnel soit conclu en l'absence du MEDEF »³²⁸¹. Si l'on veut bien se remémorer, au demeurant, que la CGPME mais surtout l'UPA n'ont été admises à signer des ANI que parce que le CNPF les a progressivement admises à la table des négociations³²⁸², on peut se demander si l'on ne trouve pas là en effet la justification de leur qualification d'organisation interprofessionnelle, que la loi de 2014 n'aurait fait qu'entériner...

Bien des années auparavant, le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux avait ainsi envisagé l'hypothèse de reconnaître l'existence d'organisations patronales catégorielles au niveau

³²⁷⁷Nous rappelons que le MEDEF a vocation à assurer une représentation de toutes les entreprises, quels que soient leur taille et leur secteur, conformément à l'article 2 de ses statuts, et ce même si le reproche lui est souvent fait de représenter avant tout les grandes entreprises (comme cela avant pu également être reproché à son ancêtre la CGPF...).

³²⁷⁸Christophe RADE, « L'interprofession en débat », *SSL* 2011, n°1512, p.4 et spéc. p.6.

³²⁷⁹V. notamment étude 466 supra.

³²⁸⁰Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 et spéc. p.642.

³²⁸¹*Ibidem*.

³²⁸²V. études 326 et 327 supra.

national et interprofessionnel. Dans son commentaire, que nous avons maintes fois cité, de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 mars 1962, l'éminent professeur avait regretté en effet que la question de la représentativité de la Confédération nationale artisanale, ancêtre de l'UPA, dans le champ national et interprofessionnel de la convention d'assurance chômage du 31 décembre 1958 ait été traitée trop rapidement par le juge administratif en considérant qu'elle ne pouvait, à l'époque, bénéficier d'une représentativité propre tenant à la particularité du statut des entreprises artisanales³²⁸³. Dans cette note « *d'une grande modernité* »³²⁸⁴, Jean-Jacques Dupeyrou posait de la sorte la question de la prise en compte des diverses formes d'activités économiques au niveau national et interprofessionnel et suggérait qu'une représentativité catégorielle à ce niveau pouvait être reconnue à certaines organisations patronales. Or, nous avons vu que la loi de 2014 n'a pas retenu cette solution puisqu'elle a préféré créer une représentativité de niveau intermédiaire - la représentativité nationale et multi-professionnelle - destinée à certaines organisations représentant un champ plus large que la branche et maintenir ainsi un *statu quo* dans la représentation patronale au niveau national et interprofessionnel.

Dès lors, en ayant admis que la représentativité au niveau national et interprofessionnel ne reposerait plus uniquement sur les secteurs traditionnels de l'économie mais s'ouvrirait à d'autres formes d'activités économiques, il pourrait être décidé que certaines organisations n'aient cependant accès qu'à une représentativité catégorielle à ce niveau. Elles représenteraient ainsi une catégorie d'employeurs au niveau national et interprofessionnel mais ne pourraient engager seules l'ensemble de l'interprofession³²⁸⁵.

607. Délimitation des catégories. Cette reconnaissance pourrait permettre de régler la situation de la FNSEA, qui représente spécifiquement les employeurs agricoles, à condition bien évidemment qu'elle justifie de sa présence dans plusieurs branches (notamment depuis la reconfiguration conventionnelle de l'agriculture) et que l'on considère que l'agriculture regroupe des activités suffisamment diversifiées pour éviter une assimilation à une simple interbranche³²⁸⁶. Il s'agirait donc de reconnaître ici que la nature particulière des activités regroupées justifie une représentativité catégorielle au niveau national et interprofessionnel³²⁸⁷.

³²⁸³ V. Jean-Jacques DUPEYROUX, *D.* 1962, note sous CE, 2 mars 1962, p.740 et spéc. pp. 743 et 744 ; *adde* Pierre NICOLAY, *Dr. soc.* 1962, concl. sous CE, 2 mars 1962, p.545 et spéc. pp. 547 et 548.

³²⁸⁴ Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1082 (note de bas de page n°66).

³²⁸⁵ V. *infra*.

³²⁸⁶ Ce raisonnement peut en effet être contredit par la notion d'« Interbranche agricole » qui est parfois employée pour désigner le cadre des travaux de reconfiguration conventionnelle menés au sein des différents secteurs de l'agriculture (V. Morgan OYAUX, « Regroupement de branches professionnelles : exemples », *JCP S* 2016, 1446).

³²⁸⁷ V. en ce sens Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1082.

Cette solution ne ferait d'ailleurs que confirmer la place particulière qui a toujours été reconnue aux professions agricoles en droit de la négociation collective³²⁸⁸.

La situation de la FESAC est susceptible de poser davantage de questions. Dernière arrivée sur la scène nationale (sans jeu de mots...), cette organisation représente tout d'abord un nombre d'adhérents bien moins important que les autres organisations³²⁸⁹. Par ailleurs, une logique plus sectorielle semble fonder l'action de cette organisation, qui a rejoint le rang multi-professionnel avant tout pour régler la question spécifique de sa représentativité dans le cadre de la négociation du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle³²⁹⁰. Bien que la notion de secteur soit sujette à interprétation - en l'absence d'un ordonnancement précis des différentes notions de branche, secteur ou profession usitées en droit de la négociation collective³²⁹¹ - nous pouvons souligner que l'article L. 2152-2 du Code du travail définissant les « secteurs » multi-professionnels n'emploie expressément ce terme que pour désigner le « *secteur du spectacle vivant et enregistré* », contrairement à « *l'économie sociale et solidaire* » et aux « *activités agricoles* ». Bien que regroupant plusieurs branches, la FESAC représenterait donc davantage un secteur, contrairement à l'UDES qui représente l'« *économie sociale et solidaire* » et la FNSEA qui représente les « *activités agricoles* ». Pour autant, l'organisation patronale peut s'appuyer sur la grande diversité des professions qu'elle représente et qui bénéficient d'ailleurs d'un ministère dédié, celui de la Culture, à l'instar des professions agricoles. Ainsi, à la manière de la décision prise par le législateur d'intégrer ce « secteur » dans le champ multi-professionnel, une décision similaire pourrait être prise afin de reconnaître un caractère catégoriel à la FESAC au niveau national et interprofessionnel. Le fait de lui avoir donné une délégation pour négocier l'assurance chômage, pourtant d'essence interprofessionnelle, pourrait au demeurant justifier ce traitement particulier. Selon l'article L. 5424-22 du Code du travail, la FESAC représente en effet, lors de ces négociations, l'ensemble des professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel ou du spectacle³²⁹², qui ne sont pas de fait représentées par les trois organisations patronales interprofessionnelles en

³²⁸⁸Nous rappelons que le Code travail contient de très nombreuses dispositions adaptant le droit de la négociation collective à l'agriculture. Ainsi, par exemple, l'article L. 2222-1 qui dispose que pour les « *professions agricoles* », le champ d'application des conventions et accords collectifs peut tenir compte du statut juridique des entreprises concernées ou du régime de protection sociale d'affiliation de leurs salariés (V étude 60 supra). La situation particulière de ces professions a en effet toujours été prise en compte depuis leur introduction dans le droit des conventions collectives par la loi du 11 février 1950 (V. notamment XXX, « La situation des conventions collectives en agriculture », *Dr. soc.* 1951, p.252).

³²⁸⁹V. note n°3268 supra.

³²⁹⁰V. études 515 et s. supra.

³²⁹¹V. notamment étude 76 supra.

³²⁹²V. étude 516 supra.

matière d'assurance chômage³²⁹³. Les modalités particulières d'exercice de ces professions, directement liées à la nature des activités elles-mêmes, pourrait ainsi justifier la prise en compte de leur organisation patronale représentative en tant qu'organisation catégorielle³²⁹⁴.

Quant à l'UDES, dont nous avons souligné la vocation à représenter des activités très diversifiées au-delà des secteurs traditionnels de l'économie, il faudrait déterminer si elle challengerait les trois grandes confédérations patronales relevant de l'interprofession classique en tant qu'organisation « intercatégorielle » ou si elle devrait également bénéficier d'un statut d'organisation catégorielle au niveau national et interprofessionnel. Nous avons vu que dans le passé, le juge administratif avait refusé de reconnaître la spécificité de l'économie sociale afin d'interdire à ses représentants d'accéder à certaines instances de représentation nationales, alors qu'il admettait dans le même temps la spécificité des professions agricoles et libérales pour justifier la présence de la FNSEA et de l'UNAPL au sein de ces instances³²⁹⁵. Bien que l'UDES ait par la suite été admise dans certaines de ces instances³²⁹⁶, la question de l'existence d'une éventuelle spécificité de l'ESS - qui serait liée notamment à la forme juridique de ses entreprises - avait ainsi été soulevée par le juge administratif. De même, dans sa théorie de la multi-interprofession, Jacques Barthélémy avait estimé que l'ESS ne pouvait être considérée comme une interprofession, contrairement à l'agriculture et aux professions libérales, au motif que le statut juridique à but non lucratif des entreprises de l'ESS n'était pas en soit déterminant de la nature de l'activité en tant qu'exercice professionnel³²⁹⁷. Pour l'auteur, les activités de l'ESS relevaient au contraire de l'industrie, du commerce et des services et la nature de l'activité ne permettait donc pas de conclure à une spécificité de l'ESS, qui aurait pu justifier sa qualification d'interprofession³²⁹⁸. La forme juridique d'exploitation de l'entreprise ne serait donc pas suffisamment déterminante pour reconnaître à l'ESS une certaine spécificité... Nous pouvons

³²⁹³Nous rappelons toutefois que la négociation spécifique du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle fait l'objet d'un cadrage par les organisations interprofessionnelles, qui peuvent par ailleurs fixer elles-mêmes les règles d'indemnisation applicables à ces professions en cas d'échec de la négociation « sectorielle » (V. étude 515 supra).

³²⁹⁴Nous rappelons que les métiers du spectacle vivant et enregistré fonctionnent selon une logique de projet temporaire, qui a justifié la création du régime spécifique de l'intermittence en matière d'emploi et de protection sociale (l'intermittence du spectacle s'appuie à la fois sur une présomption légale de salariat, sur le recours au CDD d'usage et sur le régime particulier d'assurance chômage couvrant les périodes d'inactivité entre les différentes productions artistiques ; V. étude 515 supra). Ces modalités particulières d'exercice des professions du spectacle sont liées à la nature par essence temporaire des activités (exemple dans la production cinématographique : un rôle = un emploi). C'est donc bien la nature particulière des activités exercées qui justifierait une représentation spécifique de ces professions, malgré tout diversifiées, au niveau national et interprofessionnel.

³²⁹⁵V. étude 463 supra.

³²⁹⁶V. étude 546 supra.

³²⁹⁷V. études 253 et 460 supra.

³²⁹⁸V. Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p.566 et spéc. pp.568-569.

certaines tempérer ce jugement en rappelant, comme le reconnaissait Jacques Barthélémy lui-même³²⁹⁹, que dans certains secteurs d'activité tel que le secteur hospitalier, la vocation à but non lucratif des structures de l'ESS a justifié la conclusion d'une convention collective distincte de l'hospitalisation privée à but lucratif, alors que l'activité exercée est la même³³⁰⁰. Mais les récentes alliances patronales intervenues au sein de ce secteur tendent toutefois à modérer, à son tour, la portée de cette remarque³³⁰¹. De même, il nous faut rappeler que la loi du 31 juillet 2014 a défini l'ESS comme un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine, composé d'activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services, autrement dit de tous types d'activités³³⁰². Dans son approche dite inclusive la loi du 31 juillet 2014 a par ailleurs admis que des entreprises commerciales respectant certains principes de gestion et de gouvernance puissent faire état de leur appartenance à l'ESS, aux côtés des structures statutaires de l'économie sociale que sont les associations, les mutuelles, les coopératives et les fondations³³⁰³. La forme juridique des structures ou la manière d'entreprendre demeurent bien évidemment des traits distinctifs de l'ESS mais cette dernière ne présenterait ainsi aucune spécificité tenant à la nature des activités réalisées et donc au regard du critère de l'activité

³²⁹⁹V. Jacques BARTHELEMY, *op. cit.*

³³⁰⁰L'hospitalisation privée à but non lucratif est régie par la Convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 (dite « CCN 51 »), alors que les établissements de santé privés à but lucratif relèvent Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002. Ces deux conventions collectives gèrent également, dans leurs champs respectifs, des activités médico-sociales telles que l'hébergement médicalisé pour personnes âgées selon que l'activité est exercée sous forme commerciale ou à but non lucratif. Le champ d'application professionnel de la CCN de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 vise en outre l'hébergement médicalisé pour adultes handicapés et l'accompagnement sans hébergement de ces personnes dès lors que ces activités sont exercées sous forme commerciale, alors que la Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 (dite « CCN 66 ») régit ces mêmes activités lorsqu'elles sont exercées par des structures à but non lucratif.

³³⁰¹Depuis l'adhésion de la FEHAP, organisation d'employeurs représentative dans le champ de la CCN 51, et de NEXEM, organisation d'employeurs représentative dans le champ de la CCN 66, à la CPME, les entreprises à but non lucratif adhérentes de ces deux organisations ont rejoint l'interprofession (V. notamment étude 602 supra), aux côtés de leurs homologues du secteur marchand (le Syndicat national des établissements et résidences pour personnes âgées, ou SYNERPA, représentatif dans la branche de l'hospitalisation privée et du thermalisme et signataire de la CCN du 18 avril 2002, est adhérent de la CPME ainsi que du MEDEF, alors que la Fédération de l'hospitalisation privée, ou FHP, également représentative dans la branche de l'hospitalisation privée et du thermalisme et signataire de la CCN du 18 avril 2002, est adhérente du MEDEF).

³³⁰²V. étude 512 supra.

³³⁰³V. étude 512 préc.

économique sur lequel repose notre droit de la négociation collective³³⁰⁴. A l'instar de l'UPA qui représente les entreprises sous forme artisanale mais dont la représentativité interprofessionnelle « intercatégorielle » a été admise en raison de sa présence dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services³³⁰⁵, l'UDES représente des entreprises sous forme associative, coopérative ou mutualiste³³⁰⁶ et son positionnement pleinement interprofessionnel pourrait être admis - en l'absence d'une nature d'activité spécifique - dès lors qu'un critère de présence dans des branches diversifiées aurait remplacé le critère de présence dans des branches des quatre secteurs³³⁰⁷.

³³⁰⁴Il est à noter que la spécificité de l'ESS a pu par ailleurs être discutée au regard du mouvement de « socialisation » que connaît le monde de l'entreprise depuis quelques années (V. Pierre FRANCOUAL, *L'entreprise sociale : essai de renouvellement des théories de l'entreprise à la croisée du droit des groupements et du droit du travail*, thèse, Toulouse, 2017). En effet, l'introduction de la notion de responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise (RSE) en droit français, consistant à intégrer des préoccupations sociales et environnementales dans l'entreprise, a pu banaliser les valeurs portées jusqu'alors par les structures de l'ESS (V. notamment Isabelle DESBARATS, « La RSE à la française, entre incitations et contraintes », in Corinne Gendron et Bernard Girard (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise - L'école de Montréal*, Armand Colin, 2013, pp.183-198 ; René de QUENAUDON et Corinne SACHS-DURAND, « La réception de la RSE par le Code du travail », *A droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, pp.815-830 ; Charly HANNOUN et Stéphane VERNAC, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », *A droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, pp.423-439 ; Christelle CASSE, Valérie PUEYO et Pascal BÉGUIN, « Responsabilité sociale des entreprises, développement durable et travail », *RDT 2022*, p.371 ; Florence BERTHILLON, « La RSE au cœur de la concurrence normative : pour une approche intégrée de ses sources », *Amplitude du droit 2022*, n°01, pp.163-202). De même, à la suite du rapport Notat-Sénard (V. Nicole NOTAT et Jean-Dominique SÉNARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018), la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF, 23 mai 2019), dite loi PACTE, a modifié la conception de la société au sens du droit civil et du droit commercial en prévoyant qu'au-delà du seul partage des bénéfices, celle-ci devait être gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité et qu'elle pouvait préciser dans ses statuts « une raison d'être », constituée des principes dont elle se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité (V. C. Civ., art. 1833 et 1835 ; C. com., art. L. 210-10 et L. 225-35 ; Dominique SCHMIDT « La loi Pacte et l'intérêt social », *D.* 2019, p.633 ; Frédéric GÉA, « Loi PACTE : quelle contribution au renouveau du droit du travail ? », *RDT 2020*, p.99). La prise en compte de l'intérêt social et environnemental de l'entreprise et la recherche d'un caractère plus juste de cette dernière, notamment par un partage plus équilibré de la valeur produite entre le capital et le travail (V. Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, « [Actes de colloques] La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises ou loi «PACTE» : vers un nouveau partage de la valeur ? », *Lexbase Affaires* 2019, n°597) et par l'association plus prononcée des salariés à sa gouvernance (V. Frédéric GÉA, *op. cit.*), tendent ainsi à rapprocher l'entreprise « capitalistique » des valeurs et des principes de fonctionnement revendiqués par les structures de l'ESS.

³³⁰⁵La création de l'U2P a certes élargi la vocation statutaire de l'organisation qui indique représenter « 3,3 millions de TPE-PME dans les secteurs de l'artisanat, du commerce de proximité et des professions libérales » (V. <https://u2p-france.fr>) mais il s'agit bien malgré tout d'une certaine catégorie d'entreprises.

³³⁰⁶Nous rappelons que les adhérents de l'UDES sont répartis statutairement en trois catégories : les organisations professionnelles d'employeurs représentant les associations et les fondations de l'ESS, les organisations professionnelles représentant les coopératives et les organisations professionnelles d'employeurs représentant les mutuelles ou unions régies par le code de la mutualité (V. supra note n°2855).

³³⁰⁷V. étude 604 supra. Une réforme des statuts de l'UDES devrait alors, à notre sens, être envisagée. L'article 2 des statuts stipule à ce jour que l'union a notamment « pour mission de représenter et promouvoir les employeurs et entreprises de l'Economie Sociale et Solidaire auprès des pouvoirs publics, des institutions françaises, européennes, internationales, auprès des partenaires économiques et sociaux ainsi qu'auprès d'autres organisations professionnelles ». Il pourrait être utilement précisé que l'union a pour mission de représenter les employeurs et entreprises de l'Economie Sociale et Solidaire « quel que soit leur secteur d'activité ».

3- Réintroduire l'élection comme mode de sélection des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel

608. Une fausse évidence. Nous avons vu que le choix de l'adhésion comme système de mesure de l'audience patronale avait paru pour beaucoup relever de l'évidence en raison du mandat dont disposent les organisations professionnelles d'employeurs pour négocier au nom de leurs adhérents (contrairement aux organisations de salariés qui ne négocient pas au bénéfice exclusif de leurs adhérents)³³⁰⁸. Pour autant, une certaine doctrine avait promu un système électif qui avait le mérite de soumettre les organisations patronales aux mêmes exigences démocratiques que les organisations de salariés³³⁰⁹. Le rapport Combrexelle lui-même avait estimé que l'élection ne pouvait être écartée d'emblée au nom d'une prétendue spécificité de la représentation patronale et qu'un retour à ce système de mesure de l'audience n'était pas exclu si les contraintes liées à l'adhésion devenaient trop fortes³³¹⁰. Si cette question a été balayée d'un trait par le législateur de 2014, qui a consacré l'adhésion comme « *socle de la représentativité patronale* »³³¹¹, nous avons vu que de nombreux ajustements ont dû être pratiqués. Il a fallu tout d'abord repêcher le taux d'adhésion très faible constaté dans certaines branches en retenant pour cela une assiette de calcul resserrée consistant à apprécier le nombre d'adhésions de l'organisation candidate par rapport au nombre total d'adhésions des autres organisations candidates dans le champ considéré (branche ou interprofession), alors que la logique première aurait voulu que cette comparaison s'effectue par rapport au nombre total d'entreprises - adhérentes ou non d'une organisation candidate - comprises dans ce champ³³¹². Cette réduction de l'assiette de calcul tend à modérer la réalité de la représentativité de l'organisation dans le champ considéré, qui pourra au demeurant se contenter de justifier d'un seuil minimum de 8 % d'adhésions, ainsi apprécié³³¹³. Il a fallu ensuite régler l'épineuse question de la comptabilisation des organisations multi-adhérentes, particulièrement au niveau national et interprofessionnel où un certain « *clientélisme* »³³¹⁴ consistant à choisir d'adhérer à plusieurs organisations pour peser dans les relations socioprofessionnelles, plus que par affinité réelle, a toujours existé. Si le législateur a su trouver sur ce point une solution à la fois

³³⁰⁸V. études 368 et 393 supra.

³³⁰⁹V. étude 368 préc.

³³¹⁰V. étude 393 préc.

³³¹¹Xxx, « L'adhésion, socle de la représentativité patronale », *SSL* 2013, n°1604, p.2 (act.) ; supra note n°2308.

³³¹²V. étude 395 supra.

³³¹³V. étude 396 supra.

³³¹⁴Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, p.1072 et spéc. p.1082.

pragmatique et respectueuse de la liberté syndicale³³¹⁵, toutes les difficultés liées à cette pratique n'ont pour autant pas totalement disparu³³¹⁶. Par ailleurs, au-delà de la question des organisations multi-adhérentes au niveau interprofessionnel, un problème de comptabilisation multiple d'entreprises multi-adhérentes semble perdurer dans le système actuel³³¹⁷. Enfin, la question de l'introduction d'un critère de pondération au principe « une entreprise = une adhésion » afin de tenir compte des différences de taille ou de poids entre les entreprises a donné lieu, comme nous l'avons vu, à de nombreuses discussions amenant le législateur à réintervenir sur ce sujet dans la loi du 8 août 2016³³¹⁸. Or, ce débat n'est pas à ce jour refermé et continue de susciter de vives critiques de la part des représentants des petites et moyennes entreprises. En effet, si le législateur de 2016 a prévu que le seuil de 8 % d'adhésions exigé pour déclarer l'organisation représentative s'apprécie désormais soit en fonction du nombre d'entreprises adhérentes, soit en fonction du nombre de salariés de ces entreprises, permettant ainsi de traiter de façon plus égalitaire les organisations représentant de grosses entreprises en termes d'effectifs salariés et celles représentant les TPE et les PME, il a en revanche laissé en

³³¹⁵V. études 416 et s. supra.

³³¹⁶Le législateur de 2014 a réglé la question de la multi-adhésion au niveau national et interprofessionnel, c'est-à-dire la prise en compte de la double ou triple adhésion d'une organisation de branche aux confédérations interprofessionnelles dans le calcul de l'audience de ces dernières. Comme nous l'avons indiqué, l'organisation multi-adhérente répartira elle-même ses entreprises adhérentes ou les salariés employés par ces dernières entre les confédérations candidates en affectant au minimum 10 % de ces entreprises ou de leurs salariés à chacune des confédérations (V. étude 418 supra). Chaque confédération candidate est ainsi assurée de disposer d'un minimum d'effectifs de l'organisation de branche. Pour autant, un autre problème de multi-adhésion a pu surgir lorsque la FEHAP et de NEXEM, relevant de l'ESS, ont adhéré à la CPME pour bénéficier d'un accès à l'interprofession et à ses compétences élargies. Dans ce cas, le juge administratif a été amené à trancher en faveur de l'organisation interprofessionnelle exclusivement et a supprimé toute possibilité pour l'UDES de continuer à revendiquer l'adhésion de NEXEM pour établir sa représentativité multi-professionnelle (V. notamment supra note n°3270). Au-delà du traitement spécifique des multi-adhésions, la décision prise par l'UNAPL de renoncer à la représentativité multi-professionnelle que lui avait reconnu le législateur de 2014 pour rejoindre l'UPA au sein de l'U2P témoigne là encore d'une certaine forme de clientélisme au niveau national et interprofessionnel puisque cette alliance lui a permis d'accéder aux compétences élargies de l'interprofession qui lui étaient refusées jusqu'alors (V. études 519 et s. supra).

³³¹⁷En effet, le législateur a réglé le problème de l'adhésion d'une organisation de branche à plusieurs confédérations professionnelles. Dans ce cas, comme nous venons de le rappeler ci-dessus, l'organisation répartit ses entreprises et leurs salariés entre les confédérations auxquelles elle adhère pour éviter une double ou une triple comptabilisation. Pour autant, une entreprise peut adhérer à plusieurs organisations professionnelles au sein de la même branche professionnelle. Dans cette hypothèse, comme l'avait très justement fait remarquer le Professeur Paul-Henri Antonmattéi lors de l'entrée en vigueur de la loi de 2014, un risque de comptabilisation multiple de l'entreprise pour la détermination de la représentativité au niveau de la branche existe mais le législateur n'a pas daigné le traiter (V. étude 413 supra). Au surplus, ces organisations peuvent elles-mêmes adhérer à une seule confédération interprofessionnelle et dans ce cas l'entreprise multi-adhérente sera comptée plusieurs fois pour appuyer la candidature de cette confédération, puisque la répartition légale ne s'opère qu'en cas d'adhésion à plusieurs confédérations. Enfin, une entreprise peut adhérer à la fois à une organisation professionnelle de branche (pouvant elle-même être adhérente d'une confédération) mais également à une structure territoriale d'une confédération interprofessionnelle et, là encore, le risque de double comptabilisation existe. Sur ces deux dernières hypothèses, l'U2P propose qu'un « *process de contrôle* » soit mis en place par l'administration, au-delà de l'attestation du Commissaire aux comptes qui ne fait que vérifier la déclaration d'effectif (V. U2P, « Pour une représentativité patronale équilibrée », <https://u2p-france.fr>).

³³¹⁸V. étude 397 supra.

l'état la base de calcul du poids des organisations patronales pour l'exercice du droit d'opposition à l'extension qu'avait définie le législateur de 2014. Comme nous l'avons indiqué à de nombreuses reprises, la loi de 2014 a en effet ajouté un troisième alinéa à l'article L. 2261-19 du Code du travail afin de permettre aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives d'exercer un droit d'opposition à l'extension d'une convention ou d'un accord collectifs³³¹⁹. Or, l'exercice de ce droit d'opposition est réservé aux organisations représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau³³²⁰. Il y a donc une distorsion entre les modalités de calcul de l'audience servant à déterminer la représentativité d'une organisation patronale dans un champ considéré, qui peuvent se baser alternativement sur le nombre d'entreprises adhérentes de cette organisation ou sur le nombre de leurs salariés, et les modalités de calcul du poids de cette organisation pour lui permettre d'exercer son droit d'opposition à l'extension d'un accord collectif dans le champ considéré, qui se base uniquement sur le nombre de salariés des entreprises adhérentes³³²¹. Or, en ne retenant que le nombre de salariés pour l'exercice du droit d'opposition à l'extension, la loi de 2014 a considérablement avantagé les organisations représentant les grandes entreprises en termes d'effectifs salariés, qui dicteront en réalité leur loi dans le champ considéré. En effet, si ces organisations signent l'accord et en obtiennent l'extension, les organisations non signataires représentant des PME et TPE ne disposeront pas d'un effectif de salariés suffisant pour s'opposer à l'extension et leurs entreprises adhérentes se verront ainsi imposer des charges salariales conventionnelles parfois difficiles à supporter pour des petites entreprises. Cette situation est jugée inacceptable par l'U2P notamment, qui y voit une privation de tout effet du droit d'opposition patronal à

³³¹⁹V. notamment supra note n°569.

³³²⁰V. *C. trav.*, art. L. 2261-19, al.3.

³³²¹La loi de 2014 a retenu le paramètre « social » du nombre de salariés compte tenu des enjeux liés à l'extension des accords collectifs, qui consiste à rendre applicables ces accords à l'ensemble des employeurs et de leurs salariés dans le champ considéré. Le législateur a considéré que les organisations patronales de branche ou les confédérations interprofessionnelles qui ont signé ces accords et en demandent l'extension ne devaient pas se heurter à une ou des organisations patronales comptabilisant une majorité de salariés de la branche ou de l'interprofession, et que devait alors être uniquement pris en compte le critère du nombre de salariés (V. Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, Étude d'impact, p.109).

l'extension qui constituait pourtant une avancée de la loi de 2014³³²². On peut en effet s'interroger sur les logiques législatives déployées sur ce point depuis 2014. On se souvient que le MEDEF a obtenu, après une saisine infructueuse du Conseil Constitutionnel, que la loi de 2014 soit malgré tout réformée afin d'intégrer une pondération du calcul de l'audience servant à déterminer la représentativité patronale en fonction du nombre de salariés³³²³. Si les organisations représentant de grosses entreprises ont trouvé là une source de satisfaction, il n'en est donc pas de même des organisations représentant les petites entreprises qui jugent les règles encadrant la représentativité patronale inégalitaires et appellent à une nouvelle réforme³³²⁴. Le gouvernement a toutefois jugé qu'une nouvelle réforme d'ampleur « *n'est envisageable qu'en présence d'une position commune entre les différentes organisations professionnelles intéressées* »³³²⁵, ce qui ne semble pas être le cas à ce jour³³²⁶.

³³²²V. U2P, « Notre indépendance est en danger », <https://u2p-france.fr>. Nous rappelons que le droit d'opposition à l'extension a été envisagé pour éviter qu'une organisation minoritaire représentative au niveau d'une branche ou de l'interprofession puisse engager l'ensemble des employeurs du champ considéré, dès lors qu'elle aurait signé seule un accord soumis à l'extension. Il s'agit d'une avancée par rapport au droit antérieur qui ne réglait pas cette question, favorisant ainsi les contentieux sur les conditions de l'extension elle-même. La critique formulée par l'U2P inverse la logique : en signant seule un accord étendu, l'organisation patronale majoritaire en termes d'effectifs salariés imposera cet accord à tous les employeurs compris dans le champ considéré et ceux représentés par des organisations représentatives minoritaires en termes d'effectifs salariés ne disposeront d'aucun moyen pour s'opposer à cette extension. L'U2P compte un nombre très important d'entreprises adhérentes mais dont les effectifs salariés sont relativement faibles puisqu'il s'agit de TPE et de PME. Elle se trouve ainsi désavantagée par rapport au MEDEF dont les organisations adhérentes représentent avant tout des entreprises de taille importante en termes d'effectifs salariés.

³³²³V. étude 397 supra.

³³²⁴L'U2P propose de réformer le 3^{ème} alinéa de l'article L. 2261-19 du Code du travail en prévoyant d'ouvrir le droit d'opposition à l'extension à l'organisation ou aux organisations représentant plus de 50 % des entreprises adhérentes employant au moins un salarié au niveau considéré (branche ou interprofession). De même, l'organisation souhaite que soit revu les règles de répartition des sièges et des voix dans les instances relevant du paritarisme interprofessionnel où les modalités de calcul tiennent en général compte de l'audience en nombre de salariés à hauteur de 70 % et de l'audience en nombre d'entreprises adhérentes à hauteur de 30 %. L'U2P a par ailleurs dénoncé en 2019 l'accord du 2 mai 2016 signé avec le MEDEF et la CPME proposant de mesurer l'audience de représentativité soit en fonction du nombre d'entreprises adhérentes, soit en fonction du nombre de salariés de ces entreprises, qui avait été entériné par la loi du 8 août 2016 (V. étude 397 supra), au motif que cet accord aurait été signé sous la contrainte et aboutissait à une sur-représentation des grandes entreprises (V. U2P, « Pour une représentativité patronale équilibrée », <https://u2p-france.fr>). Il est à noter qu'une proposition de loi avait été déposée le 16 octobre 2019 afin de reprendre les mesures législatives préconisées par l'organisation patronale (V. Proposition de loi pour une meilleure représentation des très petites entreprises et des petites et moyennes entreprises dans le cadre du dialogue social, Ass. Nat., n°2319). La proposition prévoyait en outre d'instituer une double représentativité dans les branches et l'interprofession, d'une part pour les entreprises de onze salariés et plus et, d'autre part, pour les entreprises de moins de onze salariés (V. Proposition de loi préc., art. 1^{er}). Ces sujets ont été révoqués depuis dans des questions écrites posées au sein des deux chambres parlementaires et ont été relayés par la doctrine (V. supra note n°2358).

³³²⁵Réponse du Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion à la question écrite n°16982 de Philippe Mouiller, JO Sénat 14 janv. 2021.

³³²⁶V. Frédérique PUISSAT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective*, Sénat, n°722, 30 juin 2021, p.41. Le MEDEF n'a pas en effet aujourd'hui intérêt à ce que les règles soient revues puisque le nombre de salariés très important de ses entreprises adhérentes est pris en compte pour déterminer sa représentativité et lui permet également d'exercer seul un droit d'opposition à l'extension des ANI.

609. Une alternative. Les règles de mesure de l'audience patronale telles qu'envisagées en 2014 et en 2016 ne semblent donc plus faire l'objet d'un consensus, y compris dans les rangs des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel³³²⁷. Dès lors, pourquoi ne pas réexaminer la logique de l'établissement de la représentativité patronale que le législateur a réduite à une mesure des adhésions sous le prétexte que les organisations d'employeurs tireraient avant tout leur légitimité du mandat confié par leurs adhérents ? Comme le souligne le Professeur Christophe Radé, les organisations d'employeurs bénéficient en cela d'un « *régime de faveur* » par rapport aux organisations syndicales de salariés qui sont soumises à la « *"question" électorale* »³³²⁸. Or, comme le précise l'éminent spécialiste, les organisations syndicales de salariés « *tirent également leur légitimité historique de leurs adhérents* » et on comprend mal dès lors pourquoi ces dernières devraient faire « *leurs preuves lors d'élections professionnelles alors que les organisations d'employeurs en seraient dispensées* »³³²⁹. Il y aurait au contraire un intérêt majeur à soumettre les organisations patronales aux mêmes exigences que les organisations de salariés. L'ensemble des partenaires sociaux seraient en effet soumis aux mêmes règles dans la logique d'une symétrie parfaite entre les deux systèmes de représentativité et ces règles, fondées sur un système électif, se rapprocheraient ainsi au plus près « *de celles qui prévalent en matière de "démocratie politique"* »³³³⁰. Au niveau national et interprofessionnel, cette exigence démocratique commune à l'ensemble des partenaires sociaux renforcerait leur légitimité, notamment dans leur rôle de pré-législateur qui découle de l'article L. 1 du Code du travail. Si les ANI sont devenus des « *pré-lois* »³³³¹, il paraît en effet profitable de soumettre leurs rédacteurs à un système électif, aussi bien du côté de la partie patronale que de la partie salariale, afin que les règles applicables à la représentation professionnelle œuvrant à ce niveau se rapprochent le plus possible de celles applicables à la représentation politique. L'ensemble des acteurs de la démocratie sociale préparant le travail des acteurs de la démocratie politique seraient ainsi soumis aux mêmes principes que ces derniers, ce qui renforcerait la légitimité de l'accord préfigurant la loi.

³³²⁷V. supra notes n^{os} 3322 et 3324.

³³²⁸Christophe RADÉ in Christophe RADÉ et Nicole MAGGI-GERMAIN, « Quelle égalité dans le financement du paritarisme ? », *RDT* 2016, p.134.

³³²⁹*Ibidem*.

³³³⁰*Ibid.*

³³³¹Jean-Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n^o45, p.21.

610. Mise en œuvre. Le choix d'un système électif pour la partie patronale soulève malgré tout plusieurs questions. Il convient tout d'abord de souligner que les élections professionnelles aux CSE permettent de mesurer relativement aisément l'audience électorale des organisations syndicales de salariés candidates à la représentativité. Seuls les salariés des entreprises de moins de onze salariés participent à un scrutin spécifique de représentativité en raison de l'exclusion de ces entreprises du champ d'application des règles relatives au CSE³³³². Du côté patronal, plusieurs élections professionnelles existent telles que celles des représentants aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers ou aux chambres d'agriculture. Toutefois, ces élections ne réunissent pas l'ensemble des employeurs mais ceux dont les statuts les rattachent à tel ou tel organisme consulaire³³³³. Le seul scrutin national réunissant l'ensemble des employeurs est l'élection aux conseils de prud'hommes. Madame Maggi-Germain avait d'ailleurs suggéré d'utiliser ces élections pour déterminer la représentativité des organisations patronales au niveau national et interprofessionnel³³³⁴. Si cette proposition avait le mérite d'éviter de démultiplier les scrutins, le découpage sectoriel des élections prud'homales (sections autonomes de l'industrie, du commerce et des services commerciaux, de l'agriculture, et des activités diverses³³³⁵) risquait néanmoins d'empêcher certaines organisations de se présenter dans la totalité des sections³³³⁶. Or, l'éminente spécialiste proposait que le score d'audience soit mesuré au sein de chaque section et que l'organisation soit déclarée représentative au niveau national et interprofessionnel à la condition d'avoir obtenu au moins 15 % des voix dans chacune d'entre elles. A défaut, la représentation de l'organisation ne serait que catégorielle³³³⁷. Les Professeurs Teyssié, Césaro et Martinon avaient de leur côté suggéré d'organiser des élections spécifiques de représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel en répartissant les employeurs électeurs au sein de trois collèges découpés en fonction de la taille des entreprises³³³⁸. L'organisation se portait dès lors candidate dans le ou les collèges correspondant à la catégorie d'entreprises (en taille) qu'elle

³³³²V. *C. trav.*, art. L. 2311-2 et L. 2122-10-1 et s.

³³³³Les employeurs de l'ESS, par exemple, ne relèvent d'aucun de ces trois organismes. Des élections spécifiques aux chambres régionales de l'ESS (CRESS) sont organisées dans ce « secteur ».

³³³⁴V. Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011 p.1072 et spéc. p.1078 (étude 368 supra).

³³³⁵V. *C. trav.*, art. R. 1423-1. Il existe également une section autonome de l'encadrement au sein de laquelle ne votent que les salariés ayant le statut de cadre ou assimilé.

³³³⁶Le rattachement des employeurs et des salariés aux différentes sections est opéré en fonction du champ d'application de chaque convention collective ou accord collectif de branche. En l'absence d'une convention ou d'un accord collectif applicable dans l'entreprise, la section de rattachement est celle des activités diverses (V. *C. trav.*, art. R. 1423-4).

³³³⁷V. Nicole MAGGI-GERMAIN, *op. cit.* (étude 368 supra).

³³³⁸V. Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2011, 1102 (étude 368 supra).

avait statutairement vocation à représenter³³³⁹. Mais en proposant que la représentativité soit appréciée par collège (sous réserve d'un score minimum de 8 % des suffrages au sein du collège), la taille de l'entreprise devenait ainsi le critère principal d'appréciation de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, alors que ce critère avait été évincé dans le passé au nom d'une vision unitaire du droit du travail³³⁴⁰. Cette objection pourrait malgré tout, à notre sens, être contournée. Il conviendrait en effet de considérer que la répartition par collèges, basée sur les effectifs salariés des entreprises, ne constituerait qu'une simple modalité de répartition des employeurs électeurs mais qu'elle ne servirait pas à apprécier la représentativité elle-même. Les organisations considérées comme intercatégorielles mais également celles considérées comme catégorielles³³⁴¹ présenteraient leur candidature au niveau national et interprofessionnel tous collèges confondus (y compris l'U2P qui représente avant tout les PME et TPE). Les votes seraient enregistrés au sein de chaque collège selon la taille de l'entreprise votante mais le score de l'organisation serait apprécié globalement au niveau de l'ensemble des collèges.

Une autre question porte sur la nécessité de pondérer ou non le vote. En effet, le principe simple « une entreprise = une voix » pourrait se heurter aux mêmes critiques que celles formulées à l'encontre du système de mesure de l'audience basée sur les adhésions consistant tantôt à favoriser ou défavoriser les organisations selon la taille de leurs entreprises adhérentes. Mais, là encore, cette difficulté nous semble pouvoir être si ce n'est totalement écartée, à tout le moins justifiée. En effet, dans un système basée sur l'adhésion seuls les adhérents sont pris en compte et il n'est pas anormal de se poser la question du poids réel de chacun car, pour reprendre l'image utilisée lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014, le « *Garage Renault* » ne pèse pas autant que les « *usines Renault* »³³⁴². Mais dans un système d'audience élective, tous les employeurs, adhérent ou non d'une organisation patronale, seraient amenés à voter, comme cela est le cas pour les organisations syndicales de salariés³³⁴³. Il y a là, à notre sens, une différence fondamentale avec le système de l'adhésion qui réduit l'appréciation de la représentativité au champ des seuls adhérents. Dès lors, dans une logique démocratique et égalitaire, il pourrait être parfaitement admis que le vote de chaque employeur, personne physique, ou de chaque entreprise, par l'intermédiaire de son représentant légal,

³³³⁹V. Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, *op. cit.* (étude 368 supra).

³³⁴⁰V. Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011 p.1072 et spéc. p.1075.

³³⁴¹V. études 606 et 607 supra.

³³⁴²V. supra note n°2333.

³³⁴³Tous les salariés sont en effet électeurs au CSE, qu'ils adhèrent ou non à une organisation syndicale ayant présenté des candidats.

compte pour une voix, en dehors de tout critère quantitatif de pondération. Un seuil minimum de 8 % des voix tous collèges confondus serait exigé pour que l'organisation soit déclarée représentative au niveau national et interprofessionnel à titre intercatégoriel ou catégoriel³³⁴⁴.

Sur un plan pratique, le scrutin pourrait se dérouler localement tous les quatre ans au sein des chambres consulaires en leur rattachant pour ordre les employeurs ne figurant pas sur leurs listes électorales³³⁴⁵.

Bien évidemment, l'organisation candidate devrait en préalable à l'élection démontrer qu'elle satisfait aux autres critères de la représentativité patronale exigés par l'article L. 2151-1 du Code du travail³³⁴⁶, ainsi qu'au critère rénové de l'article L. 2152-4, 2°, du Code du travail³³⁴⁷. Il pourrait d'ailleurs être envisagé de réintroduire le critère des effectifs d'adhérents et des cotisations dans les critères applicables à la détermination de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel puisque celui-ci avait été fusionné avec le critère de l'audience en raison du choix du législateur de 2014 de mesurer cette dernière en fonction des adhésions³³⁴⁸. Dès lors que l'élection aurait remplacé l'adhésion à ce niveau, il pourrait en effet être utile de vérifier malgré tout en amont le poids de l'organisation au travers de ce critère.

Le choix de l'élection au niveau national et interprofessionnel permettrait ainsi de garantir une représentativité réelle des confédérations patronales, qui ne verraient plus celle-ci reconnue grâce à leurs adhérents mais de façon démocratique grâce au vote de l'ensemble des employeurs de tous les secteurs. Au niveau de la branche, que nous ne développerons pas ici, les règles actuelles pourraient également être réinterrogées même si il serait parfaitement admissible que le système de mesure de la représentativité soit différencié selon le niveau de négociation³³⁴⁹. En effet, tandis que la convention et l'accord de branche forment la « loi de la profession » et structurent l'économie autour des branches professionnelles, l'ANI a une fonction essentiellement pré-législative (et de substitution du pouvoir réglementaire pour les accords de protection sociale complémentaire). Ces « *distinctions fondamentales* » pourraient

³³⁴⁴Le score électoral serait calculé sur la base des suffrages exprimés tous collèges confondus, quel que soit le nombre de votants.

³³⁴⁵V. en ce sens : Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *JCP S* 2011, 1102 (étude 368 supra). Les élections prud'homales se déroulant tous les quatre ans pourraient également servir à recueillir ce vote mais dans le cadre d'un deuxième scrutin organisé par collèges selon la taille des entreprises.

³³⁴⁶V. étude 389 supra.

³³⁴⁷V. étude 604 supra.

³³⁴⁸V. étude 384 supra.

³³⁴⁹V. en ce sens : Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011 p.1072 et spéc. p.1077.

effectivement justifier que l'appréciation de la représentativité soit « *dictée par le niveau de négociation correspondant* »³³⁵⁰.

B. Une traduction effective en droit de la négociation collective

611. Bien que la loi du 5 mars 2014 ait représenté une avancée notable par rapport au système antérieur de détermination de la représentativité des organisations d'employeurs, qui souffrait d'une certaine opacité, nous avons vu cependant qu'elle s'était contentée de définir les critères de la représentativité patronale sans aborder des sujets périphériques qu'il aurait été pourtant fort utile d'examiner³³⁵¹. La question des effets juridiques attachés à la représentativité patronale en matière de négociation collective n'a effectivement pas été réexaminée par le législateur à cette occasion. Or, cette question nous semble primordiale dans un scénario de refonte qui tend à rendre l'interprofession plus universelle (1). De la réponse à cette question pourrait découler en effet une reconnaissance de la portée universelle de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel (2).

1- Réexaminer les effets juridiques attachés à la représentativité patronale en droit de la négociation collective

612. La capacité à négocier des organisations professionnelles d'employeurs devrait être conditionnée par leur représentativité dans le champ d'application de l'accord, et ce en dehors de toute référence à l'extension de ce dernier (a). Dès lors, la question du maintien d'une intervention ministérielle pour permettre à l'accord de s'appliquer à la totalité des entreprises et de leurs salariés compris dans le champ d'application se poserait (b). L'éventualité d'une suppression de l'extension nécessiterait toutefois de renforcer les conditions de validité de l'accord (c).

³³⁵⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*

³³⁵¹V. étude 439 *supra*.

a) La représentativité patronale comme condition de la capacité à négocier

613. Prérogatives. A ce jour la représentativité patronale permet à l'organisation qui en bénéficie d'accéder à la commission paritaire chargée de négocier et conclure les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels susceptibles d'extension et de s'opposer désormais à cette dernière, conformément aux dispositions de l'article L. 2261-19 du Code du travail. Au niveau national et interprofessionnel, elle permet également à l'organisation d'être invitée à la concertation et à la négociation préalables à l'adoption de la loi prévues par l'article L. 1 du Code du travail, de siéger dans les très nombreuses instances de consultation et de gestion et d'accéder pleinement aux ressources financières du paritarisme³³⁵². Il conviendrait, à notre sens, d'aller plus loin en imposant, hors procédure d'extension, la représentativité des organisations patronales signataires comme une condition de validité des conventions et accords conclus au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel. La négociation et la signature des conventions collectives de branche et des accords professionnels et interprofessionnels « ordinaires » seraient ainsi réservées aux seules organisations patronales ayant au préalable démontré leur représentativité au niveau considéré³³⁵³. Cela permettrait, là encore, de revenir sur l'inégalité historique consacrée par l'article L. 2231-1 du Code du travail - qui devrait être réformé - entre les organisations syndicales de salariées pour lesquelles une condition de représentativité pour négocier et conclure les conventions et accords collectifs est exigée depuis 1971 en complément de leur capacité statutaire³³⁵⁴ et les organisations professionnelles d'employeurs pour lesquelles la seule compétence statutaire suffit, hors procédure d'extension³³⁵⁵.

614. Justification. Certes, cette inégalité peut être justifiée par les effets asymétriques que notre droit du travail reconnaît traditionnellement à la représentation patronale et à la représentation salariale. Comme nous l'avons à maintes reprises souligné, les mécanismes de la représentation patronale font que les organisations d'employeurs ne représentent que leurs adhérents et ne négocient que sur la base du mandat qui leur est confié par ces derniers (les

³³⁵²Nous avons vu que les organisations patronales multi-professionnelles bénéficient de prérogatives très inférieures dans ces différents domaines (V. sect. 1 supra).

³³⁵³Il en serait de même dans tout périmètre utile à la négociation, à l'exclusion de l'entreprise puisque l'employeur signe pour lui-même à ce niveau.

³³⁵⁴Nous rappelons que la condition de représentativité pour signer les conventions ordinaires a été imposée aux organisations syndicales de salariés par la loi du 13 juillet 1971 (V. étude 32 supra). Il convient par ailleurs que le champ d'application professionnel et géographique de la convention n'excède par la compétence de l'organisation telle que définie par ses statuts (V. CE, avis, 23 nov. 1978, Dr. soc. 1979, p.259, note Michel DESPAX).

³³⁵⁵V. CA Paris, 19 déc.1994, 1^{er} ch. A, CSNRBD c/ FICG et autres, *RJS* 1995, n°346.

dispensant alors de démontrer une « représentativité » qui permettrait d’engager les non adhérents et de dépasser ainsi le principe civiliste de la représentation). A l’inverse, les mécanismes de la représentation syndicale font que les organisations de salariés représentent l’ensemble de ces derniers, adhérents ou non du syndicat, dans le champ d’application considéré et les engagent tous par leur signature (obligeant ainsi ces organisations à justifier d’une « représentativité » permettant de dépasser les seuls mécanismes civilistes de la représentation)³³⁵⁶.

Mais, malgré tout, les conventions et accords conclus au niveau de la branche ou au niveau national et interprofessionnel ont une vocation intrinsèque à s’appliquer à l’ensemble de la collectivité professionnelle visée par leur champ d’application. La convention de branche ou l’accord professionnel a en effet vocation à régir l’ensemble de la profession afin de réguler la concurrence au sein de cette dernière, en prévoyant pour cela des conditions d’emploi et de travail unifiées applicables à tous les salariés de toutes les entreprises de la branche. De même, au niveau national et interprofessionnel, la négociation a vocation à répondre aux préoccupations générales du monde du travail et à des problématiques sociétales justifiant que l’ANI s’applique à l’ensemble des entreprises de tous les secteurs d’activités et à l’ensemble de leurs salariés.

Pourquoi ne pas dès lors corriger la dissymétrie existant entre les organisations patronales et salariales, postulant que les premières n’engagent que leurs adhérents durant la négociation de ces accords, alors que les secondes ont vocation à engager l’ensemble des salariés ? Et soumettre la validité de ces accords à une exigence de représentativité de l’ensemble des organisations signataires, patronales comme salariales, sans référence à l’éventualité d’une extension, tout en donnant un plein effet à cette représentativité ?

615. Alignement. L’exigence d’une représentativité des organisations patronales comme condition de la capacité à négocier aurait au demeurant le mérite de clarifier et d’unifier le régime des accords conclus au niveau national et interprofessionnel. En effet, bien que ce point n’ait pas (curieusement...) soulevé de remarques particulières lors de l’entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007³³⁵⁷, l’article L. 1 du Code du travail paraît exiger, d’ores et déjà, une condition de représentativité de la part des organisations patronales pour négocier et signer l’ANI, en dehors de toute volonté d’extension de ce dernier. En réservant expressément l’accès à la concertation préalable « *en vue de l’ouverture éventuelle d’une telle négociation* » aux

³³⁵⁶V. notamment études 314 et 315 supra.

³³⁵⁷V. étude 357 supra.

« organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel », le texte sous-entend que seule une organisation patronale représentative à ce niveau pourra négocier et conclure l'ANI pré-législatif. L'extension de ce dernier n'est pourtant à aucun moment évoqué par l'article L. 1. Les ANI conclus dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail semblent donc (*de facto* ou *de jure*...) soumis à une exigence de représentativité de la partie patronale aux stades de leur négociation et de leur signature, alors que les ANI résultant d'une négociation spontanée entre les partenaires sociaux n'y sont, en l'état actuel du droit positif, pas soumis... Notre proposition aurait ainsi au moins le mérite d'aligner le régime juridique des différents types d'ANI³³⁵⁸.

b) De l'utilité de l'extension ?

616. Survie. La question de la survie même du mécanisme de l'extension peut dès lors être posée. En effet, l'extension a été inventée pour permettre à l'accord de s'appliquer à l'ensemble des entreprises et des salariés compris dans le champ d'application, y compris aux employeurs non syndiqués (et à leurs salariés). C'est d'ailleurs pour cela que la représentativité des organisations patronales est à ce stade exigée - à l'instar des organisations de salariés - dans le but de légitimer l'effet *erga omnes* conféré à l'accord qu'elles concluent. Mais, inversement, si la représentativité des deux parties était exigée comme une condition générale de négociation et de conclusion de l'ensemble des conventions de branche et des accords professionnels et interprofessionnels (extensibles ou non), cette exigence ne pourrait-elle pas être considérée comme suffisante pour permettre - sous certaines conditions que nous détaillerons ci-après - d'engager toute la collectivité dans le champ considéré, sans qu'il soit besoin pour cela que le ministre intervienne au moyen d'un arrêté d'extension ? En ayant consacré un système de représentativité *ex ante*, prouvée et mesurée régulièrement et faisant de surcroît l'objet d'une large publicité au moyen de la publication des arrêtés ministériels de représentativité, les législateurs de 2008 et 2014 ont en effet souhaité démontrer la réalité de cette représentativité à l'égard de la collectivité professionnelle concernée. Pourquoi ne pas dès lors en tirer toutes

³³⁵⁸La représentativité de la partie patronale est également une condition d'applicabilité des ANI de protection sociale complémentaire, avant même que ne soit posée la question de leur extension aux employeurs non syndiqués. Nous rappelons en effet que l'ANI d'assurance chômage ne peut prendre effet qu'après son agrément, qui est soumis à la représentativité de l'ensemble des parties signataires (l'ANI d'assurance chômage étant exclu de la procédure d'extension) et que les ANI de retraite complémentaire ne prennent également effet qu'après leur extension et leur élargissement exigeant également la représentativité de l'ensemble des parties signataires (V. étude 212 supra).

les conclusions ? A l'heure d'une rationalisation du nombre de branches, ne doit-on pas considérer que les organisations qui obtiennent la reconnaissance de leur représentativité dans ces champs élargis ont suffisamment de légitimité pour engager toutes les entreprises, adhérentes ou non, ainsi que l'ensemble de leurs salariés, en évitant que le rayonnement de l'accord qu'elles concluent soit subordonné à l'intervention de l'autorité administrative ?

De même au niveau national et interprofessionnel, l'extension a-t-elle réellement un sens ? La plupart des ANI sont en effet conclus dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail à des fins de transposition législative. Dans ce cas l'intervention du législateur rendra les stipulations de l'accord applicables à toutes les entreprises du territoire national et à leurs salariés et aura donc, pour reprendre à nouveau les mots du Professeur Jean-Emmanuel Ray, l'effet d'un « *super arrêté d'extension / élargissement* »³³⁵⁹. Une demande d'extension de l'ANI dans son champ d'application sera donc superfétatoire et pourra même être contre-productive, voire dangereuse, en raison de l'objet de ces accords qui est par définition contraire au droit positif³³⁶⁰. Le Professeur Bernard Teyssié juge d'ailleurs, de façon catégorique, que l'extension d'un ANI conclu dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail est exclue³³⁶¹. Certes, on peut objecter qu'il existe des ANI autonomes conclus dans le cadre classique des relations contractuelles interprofessionnelles³³⁶². Les partenaires sociaux interprofessionnels ont d'ailleurs affirmé récemment leur souhait de formaliser « *un agenda économique et social paritaire autonome* » en dehors des invitations à négocier adressées par le Gouvernement dans le cadre de l'article L. 1 du Code du travail³³⁶³. Pour autant, la plupart des accords interprofessionnels conclus dans un cadre autonome ont soit caractère normatif très limité,

³³⁵⁹Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois- À propos du rapport Chertier », *Dr. soc.* 2006, p.981 (supra note n°1486).

³³⁶⁰Nous rappelons que les ANI conclu dans le cadre de la procédure de l'article L. 1 du Code du travail sont par définition des accords innovants en ce qu'ils prévoient des réformes du droit du travail que le législateur sera amené à transposer. Ces accords sont donc la plupart du temps conclus *contra legem* et leurs stipulations risquent ainsi d'être jugées illégales en regard du droit positif lors du contrôle de légalité auquel se livre le ministre en charge de l'extension (V. étude 214 supra). Certes l'extension dans le champ de l'application de l'ANI peut éventuellement se concevoir en cas de transposition partielle de l'accord afin de rendre les stipulations non transposées malgré tout applicables aux entreprises des branches comprises dans le champ d'application de l'accord. Mais, outre là encore le risque d'illégalité que peut opposer le ministre, cette superposition de clauses transposées à tous les secteurs par l'effet de la loi et de clauses étendues uniquement dans certains secteurs en raison de l'effet relatif de l'extension de l'ANI risque de générer des situations très complexes, à l'image des difficultés qu'a pu occasionner la transposition partielle de l'ANI du 11 janvier 2008 et de ses avenants (V. études 305 et 306 supra et note n°2979).

³³⁶¹Le Professeur Teyssié se base sur l'objet de l'accord, qui a justement pour but d'ouvrir la voie à des évolutions du corpus normatif, pour indiquer que celui-ci ne peut donc passer le stade du contrôle de légalité ministériel attaché à la procédure d'extension (Bernard TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, 11^e éd., Lexis Nexis, 2018, n°2095, p.1062).

³³⁶²V. études 171 et s. supra.

³³⁶³V. ANI du 14 avr. 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation, art. 4 (supra note n°1766).

s'apparentant davantage à une invitation à négocier adressée aux branches professionnelles³³⁶⁴, soit un caractère novateur nécessitant de toute façon une transposition législative pour entrer en vigueur, même si le Gouvernement n'est pas dans ce cas à l'origine des négociations³³⁶⁵. Comme le souligne Jean-Denis Combrexelle, les ANI sont donc « *d'avantage des pré-législations que des accords ayant vocation à être étendus* »³³⁶⁶.

617. Contrôles ministériels. Dans l'ANI du 14 avril 2022 relatif au paritarisme, les partenaires sociaux indiquent, à ce propos, que « *tout accord national interprofessionnel n'a pas nécessairement vocation à faire l'objet d'une procédure d'extension* »³³⁶⁷ mais que dans l'hypothèse où celle-ci serait demandée conjointement par les organisations signataires dans le cadre d'un ANI de droit commun conclu conformément aux dispositions des l'articles L. 2232-1 et suivants du Code du travail, l'extension devrait être automatique. Un délai maximum de six mois suivant la signature serait laissé aux pouvoirs publics pour opérer un contrôle de conformité aux dispositions légales et réglementaires et à l'issue de ce délai l'accord serait réputé étendu. Le contrôle d'opportunité du ministre serait en revanche exclu « *car l'appréciation en opportunité des accords relève des prérogatives des partenaires sociaux* »³³⁶⁸. Or, l'automaticité de l'extension, vivement discutée lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 11 février 1950, n'a jamais été retenue³³⁶⁹.

Mais cette proposition a toutefois le mérite de nous inviter à poursuivre la réflexion au regard des fonctions attribuées à l'intervention de l'administration. Le contrôle de légalité ministériel préalable à l'extension, censé offrir des garanties de sécurité juridique aux ressortissants de l'accord, est en effet souvent mis en avant pour justifier l'intérêt de la procédure. Les partenaires sociaux signataires de l'ANI du 14 avril 2022 ne justifient d'ailleurs le délai de six mois préalable à l'extension - qu'ils souhaiteraient automatique - que pour permettre au ministre d'exercer ce contrôle. Or, comme le souligne une certaine doctrine, cet

³³⁶⁴V. étude 174 supra.

³³⁶⁵Nous pouvons par exemple citer, à l'heure où nous écrivons ces lignes, l'ANI du 14 novembre 2024 relatif à l'évolution du dialogue social, négocié de façon spontanée par les partenaires sociaux en marge des négociations sur l'assurance chômage et l'emploi des seniors, qui prévoit la suppression de la limitation du nombre de mandats au CSE instaurée par l'article 6 de la loi du 29 mars 2018 ratifiant les ordonnances du 22 septembre 2017 (V. *JCP S* 2024, act., n^{os} 724-725). Cette suppression exige une réforme du Code du travail (art. L. 2314-33) et l'accord nécessite donc une transposition législative pour prendre effet.

³³⁶⁶Jean-Denis COMBREXELLE, Président du HCDS, conférence de presse du 26 avr. 2017, *Liaisons soc. quotidien, L'actualité*, n° 17359, 4 juil. 2017.

³³⁶⁷ANI du 14 avr. 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation, art. 5.2 b).

³³⁶⁸*Ibidem*.

³³⁶⁹V. étude 94 supra.

argument « *est à relativiser* »³³⁷⁰ car si l'extension permet l'application de l'accord à des entreprises autres que celles adhérant à une organisation patronale signataire et nécessite en cela d'apporter la plus grande sécurité juridique aux ressortissants non signataires, ce besoin existe également en dehors de l'extension. Une stipulation illégale ne l'est en effet « *pas moins* » lorsqu'elle concerne des entreprises adhérant aux organisations signataires, à l'égard desquelles l'extension n'est pas requise, et « *sur le plan des principes, l'adhésion à l'organisation patronale ne saurait être qualifiée d'acceptation a priori d'illégalités au sein des accords conclus* »³³⁷¹. En outre, l'illégalité des stipulations de l'accord pourra toujours être soulevée devant le juge judiciaire, qui demeure compétent pour juger la validité des accords collectifs même étendus³³⁷². L'examen préalable de légalité ne constitue donc « *en rien une garantie de sécurité juridique* »³³⁷³. S'agissant du contrôle d'opportunité, qui permet au ministre de refuser l'extension pour des motifs d'intérêt général et notamment pour des atteintes excessives à la libre concurrence³³⁷⁴, les arguments visant à son maintien semblent là encore pouvoir être discutés³³⁷⁵.

618. Fonctions annexes. La seule véritable difficulté tient en pratique à l'existence de missions annexes, que le législateur a progressivement confiées à l'extension. En effet, depuis l'ordonnance du 27 septembre 1967, qui avait introduit une possibilité de déroger par accord de branche étendu à certaines dispositions réglementaires en matière d'aménagement et de

³³⁷⁰Renaud GIROUDET, « De la reconnaissance de l'impact de la représentativité dans la mise en œuvre des textes conventionnels. A-t-on encore vraiment besoin du mécanisme de l'extension ? », *JCP S* 2023, 1154.

³³⁷¹*Ibidem*.

³³⁷²V. études 85 et 86 supra.

³³⁷³Renaud GIROUDET, *op. cit.*

³³⁷⁴V. étude 95 supra.

³³⁷⁵V. Renaud GIROUDET, *op. cit.*. Tout en rappelant la fonction traditionnelle de la branche en matière de régulation de la concurrence, l'auteur affirme que la question d'une atteinte excessive à la libre concurrence n'occupe plus en réalité une place primordiale au sein de la procédure d'extension, notamment eu égard aux compétences désormais dévolues à la convention de branche par les article L. 2253-1 et suivants du Code du travail. La capacité de création de distorsions de concurrence par accord de branche serait en réalité « *extrêmement faible* », comme le démontreraient les différents rapports d'activité du groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux de l'extension en application de l'article L. 2261-27-1 du Code du travail (V. supra note n°559). Les règles fiscales, commerciales, d'urbanisme ou sanitaires, qui échappent à la compétence des partenaires sociaux, auraient en effet beaucoup plus de conséquences sur la concurrence que les règles sociales relevant de la compétence de la convention de branche. Que l'on partage ou non cette opinion, nous pouvons souligner qu'au niveau national et interprofessionnel, le risque d'une atteinte excessive à la concurrence, qui rendrait le contrôle d'opportunité indispensable, semble beaucoup moins présent. En effet, les ANI ont par définition vocation à s'appliquer à des secteurs d'activité très disparates et portent sur des sujets dépassant les simples relations professionnelles au sein d'une même profession. Le risque d'une atteinte excessive à la concurrence occasionnée par une extension de l'ANI semble donc peu probable. Le motif d'intérêt général tenant aux objectifs de la politique de l'emploi, prévu également par l'article L. 2261-25 du Code du travail (V. étude 95 supra), pourrait peut-être justifier davantage un contrôle ministériel d'opportunité à ce niveau mais cette question ne nous semble pas fondamentale si l'on considère que la plupart des ANI feront, quoiqu'il en soit, l'objet d'un examen par le législateur lui-même lors d'une demande de transposition qui sera dans la majorité des cas formulée par les partenaires sociaux.

répartition des horaires de travail, le législateur n'a eu de cesse d'étendre (sans jeu de mots...) les fonctions de l'extension³³⁷⁶. De nombreuses dispositions du Code du travail prévoient en effet aujourd'hui que tel ou tel dispositif nécessite un accord de branche étendu pour pouvoir être mis en œuvre³³⁷⁷. Au-delà de sa fonction traditionnelle consistant à rendre applicable un accord collectif à l'ensemble des entreprises comprises dans le champ d'application de ce dernier, l'extension conditionne donc aujourd'hui l'entrée en vigueur de certains types d'accords³³⁷⁸. En supprimant l'extension, dont le législateur ne donne pas une double définition distinguant la finalité première de la procédure et ses fonctions annexes, le risque est donc de rendre ces dernières inopérantes. Mais, ici encore, la difficulté nous semble pouvoir être contournée. Il convient tout d'abord de souligner que l'accord d'entreprise tend à prendre une place prépondérante dans la fixation des normes en droit du travail et que le législateur positionne fréquemment celui-ci au même niveau que l'accord de branche étendu pour mettre en place tel ou tel dispositif³³⁷⁹. L'accord de branche étendu n'intervient alors qu'à défaut d'un accord d'entreprise. S'il reste néanmoins des hypothèses où ce dernier ne s'est pas encore vu confier de telles prérogatives³³⁸⁰, l'obligation de recourir à l'extension pour permettre à un accord de branche de prendre effet pourrait parfaitement être remplacée par une procédure spécifique d'agrément ministériel. En effet, premièrement l'agrément traduit mieux la notion d'autorisation (de mettre en œuvre ou de déroger à tel ou tel dispositif légal) que l'extension³³⁸¹. Ensuite, dans certains secteurs, un agrément ministériel spécifique conditionne la prise d'effet de l'accord entre les parties signataires et se distingue clairement en cela de l'extension qui a pour effet de rendre ce dernier applicable aux entreprises qui n'étaient pas liées

³³⁷⁶V. supra note n°547.

³³⁷⁷Nous rappelons notamment les dispositions de l'article L. 3123-19 du Code du travail qui renvoient à une convention ou un accord de branche étendu le soin de fixer la durée minimale de travail des salariés à temps partiel (V. supra note n°2960). Pour d'autres exemples : V. supra note n°547 préc.

³³⁷⁸Puisque les dispositions légales exigent un accord obligatoirement étendu pour que le dispositif puisse être mis en œuvre, c'est donc bien l'extension qui conditionne la prise d'effet de l'accord instaurant ce dispositif.

³³⁷⁹Ainsi, toujours dans le domaine du travail à temps partiel, l'article L. 3123-20 du Code du travail confie à un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à une convention ou un accord de branche étendu, le soin de définir la limite dans laquelle les salariés à temps partiel peuvent accomplir des heures complémentaires, sans que cette limite ne puisse dépasser le tiers de la durée contractuelle de travail.

³³⁸⁰Contrairement à l'article L. 3123-20, l'article L. 3123-19 du Code du travail réserve à ce jour le soin de fixer la durée minimale de travail des salariés à temps partiel à la seule convention ou au seul accord de branche étendu (V. supra note n°3377). L'accord d'entreprise intervient uniquement pour déterminer les modalités selon lesquelles les horaires de travail des salariés effectuant une durée de travail inférieure à la durée minimale prévue à l'article L. 3123-27 du Code du travail sont regroupés sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes (à défaut d'un accord d'entreprise, la convention ou l'accord de branche étendu détermine ces modalités).

³³⁸¹Ainsi, en matière d'épargne salariale, l'agrément de l'accord de branche par l'autorité administrative autorise les entreprises à accorder à leurs salariés des avantages bénéficiant d'un régime social et fiscal de faveur (V. *C. trav.*, art. L. 3345-4 ; supra note n°1446).

conventionnellement³³⁸². L'argument consistant à maintenir l'extension au motif que celle-ci conditionnerait l'entrée en vigueur de l'accord en application de certaines dispositions légales particulières peut donc être facilement réfuté. Il nous semble au demeurant que cette fonction, que le législateur a progressivement attribué à l'extension, est un détournement de l'esprit initial de la procédure. En effet, l'extension est normalement demandée par les parties signataires de l'accord (même si le ministre peut en prendre directement l'initiative), afin que celui-ci reçoive une application la plus large possible au sein de son champ d'application. La relation contractuelle est donc déjà née entre les parties et l'accord a normalement commencé à s'appliquer au sein des entreprises syndiquées³³⁸³. L'extension ne devrait donc pas avoir pour effet de conditionner l'application de l'accord entre les parties signataires, même pour déroger à telle ou telle règle légale ou pour mettre en œuvre tel ou tel dispositif.

619. Conventions collectives de sécurité sociale. Enfin, dans le domaine de la protection sociale complémentaire, les ANI d'assurance chômage sont déjà expressément exclus des dispositions sur l'extension en application de l'article L. 2261-31 du Code du travail. Ces accords sont soumis, comme nous l'avons vu, à une procédure spécifique d'agrément qui, au-delà de rendre l'accord obligatoire à tous les employeurs et salariés compris dans son champ d'application, constitue une condition d'application de l'accord³³⁸⁴. Si les ANI de retraite complémentaire continuent de leur côté de relever des dispositions classiques du Code du travail sur l'extension et l'élargissement, nous avons vu cependant que le Code de la sécurité sociale a également érigé ces instruments en condition d'application de l'accord de retraite complémentaire et qu'il serait heureux de les remplacer par un unique arrêté d'agrément, à l'instar des accords d'assurance chômage³³⁸⁵. L'extension des ANI de protection sociale complémentaire visant à étendre ces derniers aux employeurs non syndiqués compris dans leur champ d'application n'est donc d'aucune utilité puisque, conformément aux dispositions

³³⁸² Ainsi, dans le secteur social et médico-social à but non lucratif ou dans les organismes de sécurité sociale, les conventions et accords collectifs ne prennent effet qu'après un agrément ministériel (V. supra note n°1444). Amenée à se prononcer, la Cour de cassation a clairement indiqué que « l'extension d'une convention collective se distingue de son agrément, en ce que, d'une part, la première a pour objet d'étendre l'application de la convention ou de l'accord collectif à des entreprises qui n'étaient pas liées conventionnellement alors que le second a pour effet de rendre la convention collective applicable aux parties signataires » (Cass. soc., 6 avr. 2011, n°10-16.203, Bull. civ., V, n°91). Dans ces secteurs, l'agrément rendant l'accord applicable aux parties signataires se distingue donc bien de l'extension. C'est d'ailleurs pour cela que, sur un plan procédural, le Conseil d'Etat considère que l'arrêté d'extension doit être postérieur à l'arrêté d'agrément, même si la procédure d'extension peut être engagée avant l'intervention de l'arrêté d'agrément (V. CE, 29 déc. 1997, n°152421, mentionné aux tables du recueil Lebon ; supra note n°2612).

³³⁸³ Sauf si les parties signataires ont expressément stipulé que l'entrée en vigueur de l'accord est soumise à son extension.

³³⁸⁴ V. étude 212 supra.

³³⁸⁵ V. étude 212 préc.

légales, ces accords s'appliqueront, après leur agrément, à l'ensemble des entreprises et des salariés compris dans le champ d'application légal de ces régimes.

c) Des conditions de validité de l'accord renforcées

620. Conséquences. Rien ne semble donc s'opposer à ce que la négociation collective de branche ou interprofessionnelle se débarrasse de sa tutelle administrative en matière d'extension. Lorsque le droit public est venu au secours du droit privé à l'occasion du vote de la loi du 24 juin 1936, les effets réglementaires des conventions collectives devaient en effet être renforcés afin de dépasser les mécanismes purement contractuels qui régissaient ces dernières, dans l'objectif d'organiser les professions³³⁸⁶. Or, ce contexte de création des branches semble aujourd'hui révolu. Leur restructuration, ainsi qu'une meilleure définition des conditions de détermination de la représentativité des organisations signataires, plaident au contraire pour une plus grande autonomie du tissu conventionnel. Au niveau national et interprofessionnel, nous venons de voir que cette procédure n'était pas, de surcroît, la plus adaptée à la nature des accords conclus à ce niveau.

Il conviendrait dès lors de considérer que l'accord a vocation à s'appliquer, dès sa signature, à la totalité des entreprises et des salariés compris dans son champ d'application. Il faut pour cela, comme nous l'avons indiqué, tirer toutes les conséquences de la réforme de la représentativité patronale : en soumettant, en premier lieu, la validité des conventions de branche et des accords professionnels et interprofessionnels à une exigence de représentativité de l'ensemble des parties signataires tant du côté patronal que du côté salarial ; en considérant, en second lieu, que cette condition de représentativité est en elle-même suffisante pour représenter et engager au-delà du cercle des adhérents patronaux, dès l'instant où elle est démontrée en amont au niveau considéré, sur la base de critères désormais objectivement définis.

621. Accord majoritaire. Mais cette condition de représentativité devrait malgré tout s'accompagner d'un renforcement des règles de validité des accords. En effet, si les organisations syndicales de salariés représentatives engagent la totalité de la communauté des travailleurs par leur signature, cette dernière est désormais complétée par des conditions d'engagement renforcées. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, un passage

³³⁸⁶V. études 81 et s. supra.

progressif à une logique d'accords collectifs majoritaires accompagne l'évolution grandissante de la place de la négociation collective dans la production des normes en droit du travail³³⁸⁷. La validité de l'accord d'entreprise est ainsi conditionnée par la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE, quel que soit le nombre de votants, et celle des conventions de branche et des accords professionnels et interprofessionnels à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages appréciés au niveau considéré et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité de ces suffrages, quel que soit le nombre de votants³³⁸⁸. Or, la « minorité qualifiée » d'engagement de 30 % pour les accords de branche et les accords interprofessionnels devrait évoluer en véritable majorité d'engagement à plus de 50 %, comme pour les accords d'entreprise³³⁸⁹, ce qui permettrait de garantir la totale légitimité des accords conclus à ces niveaux. Cette exigence serait appliquée à la fois aux organisations syndicales de salariés représentatives signataires et aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives signataires. La majorité d'engagement de la partie patronale serait appréciée en se basant sur les résultats des élections de représentativité, qui auraient remplacé le système actuel de mesure de l'audience fondé sur les adhésions³³⁹⁰. Ainsi, l'accord serait valable si il était signé par une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages, quel que soit le nombre de votants, lors du scrutin de représentativité patronale organisé au niveau considéré (branche ou interprofession³³⁹¹) et par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de

³³⁸⁷V. étude 34 supra.

³³⁸⁸V. *C. trav.*, art. L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-12 (supra note n°238).

³³⁸⁹Ces derniers étaient soumis à la règle des 30 % d'engagement et d'absence d'opposition majoritaire jusqu'à la loi du 8 août 2016.

³³⁹⁰V. études 608 et s. supra.

³³⁹¹Nous rappelons que notre proposition de baser la mesure de l'audience patronale sur un système électif vise avant tout la détermination de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel, objet de notre étude. Pour la branche, nous avons indiqué qu'un tel système pouvait être envisagé mais que des règles d'appréciation de la représentativité patronale différenciées selon les niveaux de négociation pouvaient également parfaitement se concevoir (V. étude 610 supra). Si le critère de l'adhésion était maintenu pour apprécier la représentativité patronale au niveau de la branche, le calcul du seuil de 50 % et plus, déterminant la validité de l'accord de branche du côté patronal, se ferait en se basant sur les résultats de la mesure de l'audience servant à apprécier la représentativité à ce niveau (tenant donc compte du nombre d'entreprises adhérentes ou de leurs salariés).

50 % des suffrages, quel que soit le nombre de votants, aux élections prises en compte pour mesurer l'audience de représentativité au niveau considéré³³⁹².

622. Organisations catégorielles. Nous avons vu que certaines organisations patronales se verraient reconnaître un statut d'organisation catégorielle au niveau national et interprofessionnel³³⁹³. Représentant certaines catégories d'employeurs, ces organisations pourraient parfaitement participer à la négociation et à la conclusion des ANI, sous réserve de démontrer leur représentativité à ce niveau, mais elles ne pourraient pas cependant engager seules l'ensemble de l'interprofession. Les mêmes règles que celles applicables aux organisations syndicales de salariés catégorielles leur seraient, sur le plan des principes, applicables³³⁹⁴. Ainsi, si ces organisations décidaient d'apposer leur signature sur l'accord, ce dernier devrait malgré tout, pour être valable, comporter obligatoirement la signature d'une ou plusieurs organisations patronales intercatégorielles ayant démontré leur représentativité à ce niveau, y compris si les organisations catégorielles totalisaient, seules ou ensemble, plus de la moitié des suffrages au scrutin de représentativité³³⁹⁵.

2- Reconnaître la portée universelle de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel

623. En s'abstenant de traiter la question de la portée de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, le législateur de 2014 a, comme nous l'avons souligné,

³³⁹²Nous rappelons que sont pris en compte les résultats du premier tour des élections des titulaires au CSE additionnés au niveau considéré (branche ou interprofession), ainsi que les résultats des élections spécifiques organisées auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés et les résultats des élections des membres représentant les salariés de la production agricole aux chambres départementales d'agriculture (V. *C. trav.*, art. L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9).

³³⁹³V. études 605 et s. *supra*.

³³⁹⁴V. Christophe RADÉ, « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p.821 ; *adde* Cass. soc., 31 mai 2011, n°10-14.391, *D.* 2011, p.1624, obs. Barbara INES ; *D.* 2012, p.2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2011, p.1132, obs. Franck PETIT ; *RDT* 2011, p.513, obs. Hélène TISSANDIER ; *RJS* 2011, n° 716 ; *JCP S* 2011, 1405, note Bernard BOSSU ; *Dr. ouv.* 2011, p.748, note Cyril WOLMARK ; Cass. soc., 2 juil. 2014, n°13-14.622, *D.* 2014, p.1503 ; *Dr. soc.* 2014, p.864, obs. Paul-Henri ANTONMATTEI, *RJS* 2014, n°716 ; *RDT* 2014, p.701, obs. Georges BORENFREUND ; *JSL* 2014, n°373, obs. Caroline MO.

³³⁹⁵Il serait fait ici application de la solution jurisprudentielle applicable aux organisations syndicales de salariés catégorielles ayant confirmé que la CFE-CGC ne peut négocier et signer seule un accord collectif d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, y compris si son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collèges électoraux, est supérieure au seuil d'engagement requis par l'article L. 2232-12 du Code du travail (V. Cass. soc., 2 juil. 2014, n°13-14.622, *préc.*). L'hypothèse qu'une ou plusieurs organisations patronales catégorielles totalisent plus de 50 % des suffrages au scrutin de représentativité patronale organisé au niveau national et interprofessionnel semble toutefois peu probable.

laissé en suspens de nombreuses questions³³⁹⁶. Nous en avons conclu que les règles dégagées par la jurisprudence tant administrative que judiciaire sous l'empire du droit antérieur devraient, en toute logique, continuer à s'appliquer, limitant ainsi la portée de cette représentativité, comme par le passé, aux seules branches dont les organisations patronales représentatives sont adhérentes des confédérations³³⁹⁷. Tout en ayant consacré l'unicité de l'interprofession, la loi de 2014 n'a pas ainsi pu consacrer son universalité en permettant aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel de représenter et d'engager la totalité des branches professionnelles.

Notre scénario de refonte, qui propose comme nous venons de le voir de nouvelles modalités de reconnaissance de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, ainsi qu'une traduction concrète de cette reconnaissance en droit de la négociation collective, permet aux organisations représentatives à ce niveau de représenter (a) et d'engager (b) l'ensemble des branches professionnelles.

a) Une capacité à représenter l'ensemble des branches professionnelles

624. Candidature. En ayant fait sauter le « verrou des quatre secteurs », tout en conservant l'exigence d'une présence dans des branches représentant des activités diversifiées, nous avons permis à des organisations traditionnellement « hors champ » de candidater au niveau national et interprofessionnel, alors que cette faculté leur était jusqu'alors fermée. Une meilleure prise en compte des différents secteurs d'activité est dès lors permise à ce niveau, tout en préservant l'unicité de l'interprofession.

625. Vote. En remplaçant l'adhésion par le vote pour mesurer l'audience des organisations patronales candidates, nous avons garanti l'égalité avec les organisations de salariés et permis d'atteindre une véritable symétrie entre les deux systèmes de représentativité que la loi de 2014 avait, en vain, recherchée. Mais surtout, l'élection permet à tous les employeurs de tous les secteurs de voter pour les confédérations candidates au niveau national et interprofessionnel, y compris ceux qui n'appartiennent pas à des branches dont l'organisation représentative est adhérente à ces confédérations. En fondant la détermination de la représentativité patronale sur un système électif, nous dépassons en effet la logique de

³³⁹⁶V. études 436 et s. supra.

³³⁹⁷V. notamment étude 441 supra.

l'adhésion qui consiste à n'envisager cette représentativité qu'au travers du prisme des adhérents. L'élection permet au contraire à des employeurs autres que les adhérents de se prononcer en faveur de l'organisation candidate et la représentativité de cette dernière ne reposera donc plus sur les actes d'adhésion de certaines entreprises mais sur le vote de tous les employeurs. Il est dès lors permis de considérer que l'organisation qui aura été reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel, à l'issue de ce processus démocratique, pourra revendiquer une capacité à représenter les entreprises de tous les secteurs d'activité³³⁹⁸.

b) Une capacité à engager toutes les branches professionnelles

626. Un franchissement des limites de l'interprofession. Jusqu'à présent la capacité d'engagement d'une organisation patronale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel était limitée à ses seules branches adhérentes. En effet, avant l'extension, l'ANI ne s'appliquait qu'aux entreprises syndiquées auprès des organisations patronales de branche adhérentes de la confédération signataire, conformément au principe civiliste de l'engagement patronal, et aux seuls salariés de ces entreprises conformément à l'article L. 2254-1 du Code du travail³³⁹⁹. Au stade de l'extension, qui constituait jusqu'alors le principal attribut de la représentativité patronale, cette capacité d'engagement ne permettait pas de dépasser le cercle des branches adhérentes. En effet, comme nous l'avons à maintes reprises rappelé, l'extension n'a pour effet que de rendre l'accord applicable aux entreprises non syndiquées (et à leurs salariés) comprises dans son champ d'application, conformément aux dispositions de l'actuel article L. 2261-15 du Code du travail. L'extension agit de « *manière verticale* », c'est-à-dire à l'intérieur du champ d'application de l'accord et non de manière « *horizontale* »³⁴⁰⁰, à l'extérieur de celui-ci. En faisant une application littérale des textes, la Cour de cassation, reprenant l'interprétation déjà effectuée par le Conseil d'Etat, en avait déduit, dans son célèbre arrêt Michelin, que l'extension de l'ANI ne permettait pas d'atteindre les branches dans lesquelles les confédérations patronales signataires ne disposaient pas d'organisations adhérentes représentatives³⁴⁰¹. Bien que critiquée par certains³⁴⁰², cette solution, maintes fois

³³⁹⁸Sous réserve bien évidemment que la rédaction des statuts de l'organisation ne soit pas trop restrictive (V. supra note n°3307).

³³⁹⁹V. notamment études 175 et 314 supra.

³⁴⁰⁰Stéphanie MARTIN-CUENOT, « L'exclusion du Medef du pouvoir de négociateur », note sous Cass. soc., 16 mars 2005 (Michelin), *Lexbase La lettre juridique*, mars 2005.

³⁴⁰¹V. études 206 et 207 supra.

³⁴⁰²V. notamment supra note n°1935.

réaffirmée, est apparue logique au regard des textes régissant l'extension. La loi du 5 mars 2014 n'a rien changé sur ce point puisqu'elle n'a, à aucun moment, conféré aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel une présomption de représentativité dans l'ensemble des branches, qui permettrait à la représentativité au niveau national et interprofessionnel d'avoir une portée universelle et de dépasser ainsi les limites de l'extension de l'ANI³⁴⁰³. L'utilisation de l'élargissement de l'accord, prônée par certains pour permettre à l'ANI étendu de prospérer au-delà de son champ d'application³⁴⁰⁴, ne permet pas non plus d'atteindre la totalité des branches en raison du constat préalable de carence de la négociation collective au sein des branches qu'exige cette procédure exceptionnelle³⁴⁰⁵. La loi de 2014 n'a également rien changé sur ce point³⁴⁰⁶. Au demeurant, cette procédure semble de nos jours être tombée en désuétude et plus particulièrement au niveau national et interprofessionnel où la transposition législative permet à l'ANI de dépasser son champ d'application originel et d'atteindre l'ensemble des branches, y compris celles au sein desquelles une activité conventionnelle existe³⁴⁰⁷. En supprimant la procédure principale d'extension, cette « *technique seconde* »³⁴⁰⁸ qu'est l'élargissement - en ce qu'il ne vise que les accords déjà étendus - serait de toute façon également supprimée.

La suppression de l'extension, dans le présent scénario de refonte, permet ainsi de supprimer la limite assignée par cette procédure à la portée de la représentativité des confédérations interprofessionnelles au sein des branches et d'envisager que l'ANI puisse, dès sa signature, s'appliquer à l'ensemble de ces dernières, y compris celles où les confédérations patronales signataires ne disposent pas d'organisations représentatives adhérentes. Aidée par une reconnaissance démocratique basée sur le vote des employeurs de tous les secteurs (et non plus sur l'adhésion des organisations de branches), la représentativité nationale et interprofessionnelle des signataires patronaux aurait ainsi vocation à permettre à l'ANI d'atteindre l'ensemble des branches professionnelles, sans qu'il faille passer par le truchement d'une vérification de représentativité dans chaque branche. La condition de majorité positive imposée à l'ensemble des organisations représentatives signataires pour que l'ANI puisse

³⁴⁰³V. étude 441 supra.

³⁴⁰⁴V. Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Dr. soc.* 2005, p.640 (étude 257 supra).

³⁴⁰⁵V. notamment étude 210 supra.

³⁴⁰⁶V. étude 442 supra.

³⁴⁰⁷Nous rappelons que l'élargissement reste toutefois systématiquement pratiqué pour les ANI de retraite complémentaire mais que ces derniers pourraient être soumis à un agrément en lieu et place de la procédure d'extension et d'élargissement prévue par l'article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale (V. étude 212 supra).

³⁴⁰⁸Michel DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t.7, coll. *Traité de Droit du Travail*, dir. G.H. Camerlynck, 2e éd., Dalloz, 1989, n°276, p.514.

s'appliquer viendrait par ailleurs justifier son application à l'ensemble des entreprises du territoire national et à leurs salariés.

En renforçant la légitimité démocratique de l'ensemble des acteurs de la négociation interprofessionnelle, ainsi que la légitimité des accords - désormais majoritaires - conclus à ce niveau, toutes les entreprises de toutes les branches professionnelles pourraient ainsi être engagées et les limites de l'interprofession franchies...

627. Un rôle préservé. En permettant à l'ANI d'atteindre toutes les entreprises de tous secteurs d'activités, celui-ci aurait dans les faits le même champ d'application que la loi. Il pourrait dès lors, lors d'une lecture rapide de notre scénario de refonte, être reproché à ce dernier d'élever les organisations représentatives majoritaires au rang de législateur et de questionner par la même la place de la procédure de l'article L. 1 du Code du travail. Or, cette procédure aurait au contraire tout son sens et le Parlement ne se trouverait en aucune manière privé des prérogatives que lui confère la Constitution. En effet, le caractère *contra legem* de la plupart des ANI nécessiterait toujours l'onction législative pour entrer en vigueur. Même si le contrôle de légalité ministériel préalable à l'extension aurait disparu avec cette dernière, l'illégalité des stipulations innovantes de l'accord, heurtant le droit positif, pourrait toujours être soulevée à l'occasion d'un contentieux devant le juge judiciaire, que le Gouvernement soit l'instigateur des négociations dans le cadre de l'article L. 1 ou que les partenaires sociaux se saisissent directement du sujet à négocier. La sécurisation du dispositif appellerait donc, quoiqu'il en soit, une transposition législative de l'accord, comme le stipule déjà, à l'heure actuelle, une très grande majorité des clauses contractuelles traitant de l'entrée en vigueur des ANI.

Le législateur pourrait d'ailleurs se trouver dans une position politique plus confortable en adoptant une loi qui aurait été préalablement négociée par des organisations représentatives de tous les secteurs d'activité, et non par des organisations ne représentant qu'une partie d'entre eux. La légitimité de la transposition - même si le Parlement, élu par l'ensemble du peuple, est souverain - en serait renforcée et, surtout, des erreurs telles que celles commises lors de l'adoption des règles sur le plancher indemnitaire de la rupture conventionnelle, sur la portabilité des garanties de prévoyance et de complémentaire santé ou bien encore sur la durée minimale de travail des salariés à temps partiel pourraient être évitées³⁴⁰⁹. La portée générale de loi ne serait ainsi pas contrariée par une négociation préalable qui n'aurait réuni que certains secteurs

³⁴⁰⁹V. notamment supra note n°2979 et étude 537 supra. Nous soulignons, à cette occasion, qu'il conviendrait d'intégrer les garanties sociales dans le champ de l'article L. 1 du Code du travail (V. étude 161 supra).

d'activité. Enfin, la reprise dans la loi d'un ANI « *positivement majoritaire à plus de 50 %* »³⁴¹⁰ renforcerait encore la légitimité et l'acceptabilité de celle-ci aux yeux du corps social.

Les députés et sénateurs ne siègeraient pas pour autant dans de simples chambres d'enregistrement de la volonté des partenaires sociaux, quand bien même celle-ci serait majoritaire. Certes les promesses gouvernementales d'organiser « *une transposition fidèle* »³⁴¹¹ des accords conclus par les partenaires sociaux auraient plus de chances d'être tenues lors de l'examen du texte au Parlement, dès l'instant où députés et sénateurs hésiteraient probablement encore plus qu'aujourd'hui à remettre en question ou à corriger un ANI désormais majoritaire et signé par des organisations représentatives de tous les secteurs d'activité. Pour autant, exactement comme à l'heure actuelle, le droit d'amendement du Parlement et du Gouvernement prévu par l'article 44 de la Constitution serait entièrement préservé. Comme l'ont proposé les partenaires sociaux dans l'ANI du 14 avril 2022, les éventuels écarts de transposition, à la lettre comme à l'esprit de l'accord, pourraient faire l'objet d'un dialogue formalisé permettant d'échanger les arguments entre les organisations signataires et les pouvoirs exécutif et législatif³⁴¹². Des projets d'amendements communs pourraient également être portés à la connaissance des parlementaires dans le cadre de ce dialogue³⁴¹³.

Ainsi, la représentation professionnelle évoluant au niveau national et interprofessionnel représenterait et engagerait tous les employeurs et tous les salariés de tous les secteurs d'activité du territoire national et favoriserait en cela le travail de la représentation politique représentant tout le peuple lors de l'élaboration de la loi. La démocratie sociale ne serait plus à deux vitesses, comme elle l'est aujourd'hui lorsqu'elle distingue des secteurs « plein champ » et « hors champ » de la négociation pré-législative, et elle s'articulerait mieux avec la démocratie politique. En souscrivant à notre scénario de refonte, cette dernière donnerait une plus grande autonomie à la première, tout en conservant la préséance que lui reconnaît la Constitution car, pour terminer sur les mots du Président Despax, si l'ANI « *ressemble à la loi... a la même teneur que la loi... ce n'est quand même pas la loi... !* »³⁴¹⁴.

³⁴¹⁰Jean- Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.* 2014, n°45, p.21 et spéc. p.30.

³⁴¹¹Astrid PANOSYAN-BOUVET, courrier de la ministre du Travail aux partenaires sociaux, 25 nov. 2024, *Liaisons soc. quotidien - L'actualité*, n°19173, 28 nov. 2024.

³⁴¹²V. Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation », art. 5.2, a).

³⁴¹³*Ibidem*.

³⁴¹⁴Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p.184 et spéc. p.186.

Conclusion du chapitre II

628. La création de la représentativité patronale au niveau national et multi-professionnel n'apporte pas une réponse satisfaisante aux limites de l'interprofession fixées par la loi du 5 mars 2014. Les prérogatives attachées à cette forme de représentativité intermédiaire entre la branche et le niveau national et interprofessionnel ne permettent pas aux organisations bénéficiaires de participer pleinement au dialogue social et au paritarisme au niveau national, malgré la volonté affichée par le législateur de reconnaître la place grandissante de ces secteurs « hors champ ». Le législateur n'a pas souhaité, par ailleurs, assortir la création de ce nouveau niveau de représentativité patronale de son pendant vis-à-vis des organisations de salariés, ce qui interroge sur la possibilité de négocier et de conclure des accords collectifs pleinement efficaces à ce niveau, malgré la reconnaissance d'une liberté de la négociation collective constitutionnellement protégée. Enfin, en ayant restreint l'accès à cette nouvelle forme de représentativité, le législateur a laissé de côté de nombreux secteurs traditionnellement « hors champ » de l'interprofession, soulignant le caractère incomplet de la réponse législative aux limites de cette dernière.

La préservation des règles actuelles de la représentativité patronale au niveau national, qui sont inachevées, ne nous semble pas être la solution à privilégier. A ce scénario de consolidation, nous avons opposé un scénario de refonte qui permettrait de tirer toutes les conséquences du passage d'un système de représentativité présumée à un système de représentativité démontrée, tant du côté salarial que patronal, initié depuis la loi du 20 août 2008. En garantissant une symétrie parfaite entre les deux systèmes de représentativité, notamment par un recours au vote du côté patronal, en lieu et place d'un système basé uniquement sur les adhésions, nous permettrions à l'ensemble des employeurs de tous les secteurs de désigner les organisations à même de les représenter au niveau national et interprofessionnel. Dans le même temps, l'évolution d'une définition de l'interprofession, reposant à ce jour sur les secteurs traditionnels de l'économie, permettrait à des organisations représentant d'autres formes d'entreprendre d'accéder à la représentativité au niveau national et interprofessionnel et de supprimer corrélativement la représentativité nationale et multi-professionnelle, qui ne fait que multiplier inutilement les niveaux et les formes de reconnaissance de la représentativité. Enfin, une traduction concrète de la réforme de la représentativité patronale en droit de la négociation collective permettrait à l'ANI d'atteindre l'ensemble des entreprises de tous les secteurs d'activité et de dépasser ainsi les limites que lui assigne la définition actuelle de l'interprofession.

CONCLUSION DU TITRE II

629. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2014, certaines organisations patronales représentant au-delà de la branche avait souhaité accéder à la représentativité au niveau national et interprofessionnel et à ses prérogatives associées, telles que la participation à la négociation préalable à l'adoption de la loi ou aux instances de gestion et de consultation nationales. Cet accès leur ayant été refusé par l'administration puis par le juge administratif - qui avait confirmé l'existence d'une seule interprofession, réduite au champ de représentation du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA - le législateur se devait, compte tenu de l'importance économique et sociale grandissante des secteurs représentés par ces organisations, de répondre à leurs préoccupations lors de la réforme de la représentativité patronale. Se basant sur une concertation préalable entre les différents acteurs patronaux présents au niveau national, le législateur a entériné, au cours des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 5 mars 2014, la mise en œuvre d'une solution alternative consistant à créer un nouveau niveau de représentativité patronale, la représentativité nationale et multi-professionnelle, spécifiquement attribué à ces organisations. Loin de constituer une représentativité équivalente aux représentativités classiques de branche et interprofessionnelle, cette nouvelle forme de reconnaissance est avant tout destinée à régler les relations entre ces organisations d'employeurs « hors champ », pré-identifiées, et leurs homologues de l'interprofession lors des négociations nationales et interprofessionnelles.

La finalité et le périmètre réduits de la représentativité nationale et multi-professionnelle, ainsi que ses prérogatives amoindries, ne permettent pas de répondre de façon satisfaisante à la situation des secteurs « hors champ » dans leur ensemble. Cette création législative de circonstance constitue dès lors une réponse inachevée aux limites de l'interprofession, telle que définie par la loi du 5 mars 2014, de la part d'un législateur qui s'est avant tout attaché à maintenir le *statu quo* dans la représentation patronale au niveau national.

Le scénario plus ambitieux que nous avons élaboré, qui consiste à tirer toutes les conséquences de la réforme de la représentativité patronale, permettrait au contraire d'achever la réponse aux limites de l'interprofession et de garantir ainsi l'universalité de cette dernière.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

630. En définissant les règles de la représentativité patronale, la loi du 5 mars 2014 a opportunément rompu avec l'ancien système qui reposait sur une reconnaissance de fait, pouvant être remise en question notamment à l'occasion de contentieux. Ce faisant, le législateur a confirmé que la représentativité au niveau national et interprofessionnel reposait sur les secteurs traditionnels de l'économie. Il a ainsi consacré une approche classique de l'interprofession et contribué par là-même à définir cette notion. En créant en parallèle un niveau de représentativité patronale différent du niveau national et interprofessionnel pour les secteurs « hors champ », le législateur a confirmé l'unicité de l'interprofession mais également les limites de cette dernière, auxquelles il a tenté d'apporter une réponse. Or, nous avons vu que cette réponse était inachevée en ce qu'elle ne permettait pas d'associer pleinement les organisations multi-professionnelles au dialogue social national et aux instances nationales, tout en laissant de côté de nombreux secteurs.

Ainsi, si la loi de 2014 a permis une meilleure identification de l'interprofession au travers des règles de la représentativité patronale, elle n'a pas consacré son universalité, qui lui aurait permis de recouvrir l'ensemble des branches professionnelles. Or, cette question, qui demeure essentielle compte tenu des enjeux de la négociation et de la représentation à ce niveau, pourrait se résoudre en rectifiant la loi du 5 mars 2014 et en donnant un plein effet aux règles de la représentativité patronale dans le domaine de la négociation collective.

CONCLUSION

631. Concepts. Si le droit n'est pas qu'une affaire de mots mais bien de concepts juridiques, force est de constater que la matière que nous venons d'étudier est sujette à certains « *flottements conceptuels* »³⁴¹⁵. En effet, si le vaste mouvement de restructuration des branches professionnelles a conduit la doctrine à s'interroger sur la nécessité de clarifier la notion de branche³⁴¹⁶ et à largement investir ce sujet afin de « *convenir du sens du mot utilisé* »³⁴¹⁷, la notion d'interprofession et son lien avec la représentativité des organisations auraient mérité une investigation plus poussée lors de l'élaboration de la loi du 5 mars 2014, qui était censée parfaire le travail d'identification et de légitimation des acteurs de la négociation collective aux différents niveaux.

632. Besoins. L'émergence après-guerre d'une négociation se situant au-delà de la branche professionnelle, dans un premier temps pour organiser la solidarité nationale en créant des régimes de protection sociale complémentaires aux régimes légaux de sécurité sociale puis, dès la fin des années 1960, pour préparer le travail du législateur lors de l'élaboration des réformes en droit du travail, avait pourtant rendu nécessaire un travail sur l'appréhension de la notion d'interprofession, servant de réceptacle à cette négociation. La question du champ de la négociation interprofessionnelle et de sa capacité à couvrir l'ensemble des secteurs d'activité était en effet devenue essentielle pour permettre à la protection sociale complémentaire, à l'origine purement contributive, de reposer sur une base professionnelle la plus étendue possible mais également pour légitimer la délégation consentie par le législateur aux partenaires sociaux dans la préparation des réformes. L'adoption de la loi du 31 janvier 2007, institutionnalisant le mécanisme de la « loi négociée » théorisé dans les années 1970, est par ailleurs venue accentuer l'acuité de cette question. En érigeant l'ANI en « pré-loi » dans le domaine des relations individuelles et collectives de travail, mais également en substitut du pouvoir réglementaire dans le domaine de la protection sociale complémentaire, le législateur aurait dû s'intéresser

³⁴¹⁵Alexis BUGADA, « Retour sur la contribution de la Cour de cassation au regroupement et à la restructuration des branches », *JCP S* 2023, 1155.

³⁴¹⁶V. études 69 et s. *supra*.

³⁴¹⁷Alexis BUGADA, « Pour plus de clarté et de transparence dans la restructuration des branches », *JCP S* 2022, 1119.

davantage à la question du champ d'application de celui-ci, qui devrait en toute logique être identique à celui de la loi qu'il prépare ou dont il détermine les modalités d'application.

Cette question revêt au demeurant une importance capitale dans le mouvement de conventionnalisation que connaît notre droit du travail depuis plus d'une quarantaine d'années. En effet, si l'accord collectif tend à devenir le centre de gravité de la production normative, ce « *pari conventionnel* »³⁴¹⁸ doit s'accompagner d'une nouvelle approche de la nature juridique des accords collectifs en fonction de leur niveau et de leur objet, comme l'a à maintes reprises suggéré ce très grand théoricien de la négociation collective qu'est Jacques Barthélémy³⁴¹⁹. L'accord d'entreprise est désormais devenu un véritable outil de gestion des entreprises, dont l'efficacité réclame une nature contractuelle de plus en plus affirmée. Son « *irrésistible ascension* »³⁴²⁰ n'a pas pour autant fait oublier la place de la convention collective de branche dont les missions, réaménagées par la loi du 8 août 2016, justifient une nature duale de contrat et de règlement que lui a toujours reconnue la doctrine³⁴²¹. L'ANI est quant à lui devenu un « quasi-règlement », notamment depuis que la loi du 31 janvier 2007 a érigé les partenaires sociaux en véritables « pré-législateurs ». Or, si cette nature réglementaire se déduit de l'objet de l'accord, qui consiste à asseoir les réformes législatives sur un socle négocié³⁴²², elle soulève inévitablement la question de son champ d'application, dont il est difficile d'admettre qu'il se limite à certaines branches professionnelles alors que les stipulations ont vocation à acquérir une portée générale après leur transposition. En effet, si les secteurs « hors champ » sont par définition exclus du champ d'application conventionnel, la transposition législative de l'accord le rend applicable à tous, y compris donc à ces secteurs qui ne sont pas représentés lors des négociations.

633. Réponse. La réponse à cette question était attendue lors de la réforme de la représentativité patronale, qui posait pour la première fois les règles applicables à cette dernière, jusqu'alors fruits de pratiques administratives ou judiciaires reposant sur l'interprétation de textes conçus avant tout pour les organisations de salariés. De l'identification des acteurs patronaux de la négociation interprofessionnelle et de leur capacité à engager l'ensemble des secteurs d'activité au moyen de leur représentativité résultait en effet la réponse à cette question. Or, nous avons pu constater que la loi du 5 mars 2014 n'a répondu que de façon parcellaire et

³⁴¹⁸Bernard TEYSSIÉ, « Réforme du droit du travail : le pari conventionnel », *JCP S* 2015, act., 357.

³⁴¹⁹V. étude 170 supra.

³⁴²⁰Paul-Henri ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p.1027.

³⁴²¹V. Paul DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD Civ.* 1939, p.353.

³⁴²²Où à définir les mesures d'application la loi - comme le fait un décret - dans le domaine de la protection sociale complémentaire (V. étude 180 supra).

qu'elle s'est avant tout attachée à maintenir le *statu quo* dans la représentation patronale au niveau national.

En définissant les critères de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel, le législateur a certes permis d'identifier les acteurs patronaux aptes à négocier à ce niveau mais il a réservé, comme par le passé, cette faculté aux seules organisations représentant les secteurs traditionnels de l'économie. Il a, corrélativement, confirmé que des organisations représentant au-delà de la branche mais en dehors de ces secteurs ne pouvaient accéder à cette négociation, tout en leur permettant, à titre de lot de consolation, d'être informées en amont et en aval de celle-ci, grâce à la création d'un ersatz de représentativité au niveau national.

Par ailleurs, en focalisant son travail sur la seule critérisation de la représentativité, le législateur a laissé de côté la question cruciale de la portée de la représentativité nationale et interprofessionnelle en droit de la négociation collective, empêchant par là-même de déterminer avec certitude quelles sont les branches professionnelles réellement engagées par une négociation menée à ce niveau. Nous en avons déduit que les solutions dégagées par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur devraient logiquement continuer à s'appliquer, limitant ainsi la portée de la représentativité nationale et interprofessionnelle aux seules branches adhérentes de l'organisation. C'est du reste ce que laisse penser le législateur lorsqu'il fonde la représentativité des organisations d'employeurs sur le critère de l'adhésion, suggérant en cela que le concept juridique de représentativité n'a pas été conçu du côté patronal pour représenter au-delà du cercle des adhérents. Nous sommes dès lors arrivés à la conclusion que la réforme de la représentativité patronale avait certes permis une meilleure identification de l'interprofession mais qu'elle n'avait pu garantir l'universalité sectorielle de cette dernière, comme pourrait le laisser penser une approche purement sémantique de la notion, mais surtout comme le nécessiterait la négociation collective à ce niveau.

634. Apports de nos travaux. Nos travaux ont ainsi démontré que la réforme de la représentativité patronale n'a pas permis de franchir les limites classiques de l'interprofession et que la création de la représentativité nationale et multi-professionnelle ne constitue pas une réponse satisfaisante à ces limites. Posant au moins autant de problèmes qu'elle n'en résout, cette création législative de circonstance mériterait d'être réinterrogée à la lumière d'une révision des règles de la représentativité patronale.

Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, nous proposons en effet de revoir ces règles afin de permettre à la négociation nationale et interprofessionnelle de couvrir

l'ensemble des secteurs d'activité et de rendre ainsi l'interprofession universelle. Sans ignorer les avancées très positives de la réforme - qui a défini des critères de reconnaissance objectivement vérifiés en amont de la proclamation officielle de la représentativité - nos propositions consistent à aller plus loin en tirant toutes les conséquences du concept de représentativité du côté patronal, à l'instar des organisations de salariés. En effet, si ce concept continue, malgré les lois de 2008 et de 2014, de n'être défini « *nulle part* »³⁴²³, il ne peut se concevoir que comme un seuil supplémentaire par rapport à la représentation au sens du droit civil³⁴²⁴. Mais en limitant les effets de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel aux seules branches adhérentes, le système actuel ne nous semble pas réellement tenir compte du caractère « *amplifiant* » que le concept « *travailleuse de la représentativité* » doit revêtir par rapport à la « *notion civiliste de représentation* »³⁴²⁵. Certes dans l'état actuel du droit positif, l'extension permet à l'ANI d'atteindre les entreprises non syndiquées - cette « *exorbitance juridique* »³⁴²⁶ justifiant alors la démonstration d'une représentativité du côté patronal - mais sans pouvoir dépasser le cercle des branches adhérentes à la confédération signataire. Or, comme nous l'avons indiqué, il convient au contraire de permettre aux organisations dont la représentativité est reconnue au niveau national et interprofessionnel d'engager l'ensemble des entreprises de toutes les branches professionnelles du territoire national, sans avoir pour cela besoin de passer par des interventions ministérielles qui ne permettent pas, de toute façon, d'atteindre l'effet escompté³⁴²⁷.

L'accès encadré d'organisations traditionnellement « hors champ » à la représentativité nationale et interprofessionnelle afin d'y intégrer les différents secteurs économiques du pays (quitte à admettre une « *représentativité au second degré* »³⁴²⁸ pour certaines organisations catégorielles), l'abandon de l'adhésion au profit de l'élection pour légitimer cette

³⁴²³Gérard LYON-CAEN, « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (Réalités et illusions) », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p.81 et spéc. p.91.

³⁴²⁴V. Gérard LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p.355.

³⁴²⁵Christophe RADÉ, « Droit du travail et conventions collectives », *RDC* 2004, n°4, p.1001 ; *adde* Albert ARSEQUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.401.

³⁴²⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, « Fonctions et usages de la représentativité patronale », *Travail et Emploi* 2012, n°131, p.23 et spéc. p.28.

³⁴²⁷Nous rappelons que cette remarque vaut aussi bien pour l'extension, qui n'agit que dans le champ de l'accord, que pour l'élargissement qui, malgré sa vocation à dépasser ce champ, ne pourra intervenir qu'en cas de carence de la négociation collective dans la branche considérée (V. étude 210 supra). Enfin, en matière de protection sociale complémentaire, nous rappelons que c'est le champ légal des régimes qui permet à l'ANI de s'appliquer à l'ensemble des branches, l'agrément - auquel on peut assimiler la procédure d'extension/élargissement de l'article L. 921-4 du CSS - ne faisant que révéler ce champ (V. étude 212 supra).

³⁴²⁸Jean-Maurice VERDIER, note sous Cass. soc., 19 déc. 1972, *D.* 1973, p.326 et spéc. p.329.

représentativité auprès de l'ensemble des entreprises du territoire national, ainsi qu'un renforcement des règles de validité l'ANI grâce à la consécration du principe majoritaire tant du côté patronal que salarial, permettraient, comme l'avons démontré, d'atteindre ce résultat.

A la réponse « *sur-mesure* »³⁴²⁹ mais incomplète qu'a apporté la loi de 2014 à la situation des différents cercles de représentation patronale au niveau national, nous opposons donc une solution plus globale qui prendrait davantage en compte l'avancée que constitue une définition des règles de la représentativité patronale et qui organiserait une traduction effective de ces dernières en droit de la négociation collective.

635. Freins. Le caractère éminemment politique de cette question qui consiste, en apparence, à s'attaquer au pré carré de certaines organisations patronales reconnues de fait, et désormais de droit, représentatives au niveau national et interprofessionnel ne doit pas effrayer. En effet, les évolutions novatrices des règles de la représentativité au niveau national et interprofessionnel ont toujours suscité une certaine réserve de la part des juristes en raison du caractère politique de la question³⁴³⁰. Ceci s'explique par le fait que ce niveau de représentativité permet de jouer un rôle essentiel dans la définition et dans la mise en œuvre de la politique sociale du pays. Il constitue également le niveau « *le plus important et le plus riche de conséquences juridiques* »³⁴³¹, suscitant ainsi la convoitise des différents acteurs syndicaux et patronaux³⁴³². Mais il convient de rappeler que les règles actuelles de la représentativité patronale à ce niveau font aujourd'hui l'objet de vives critiques, y compris de la part d'organisations qui en sont détentrices³⁴³³.

Pour autant, notre travail se défend d'avoir pris parti pour telle ou telle revendication ou d'avoir fourni un plaidoyer en faveur de tel ou tel secteur en manque de reconnaissance. Notre analyse s'est au contraire attachée à démontrer le plus objectivement possible que la réponse apportée par le législateur de 2014 aux limites de l'interprofession était inachevée. Nos propositions ne consistent pas à révolutionner tout un système de représentativité patiemment élaboré par le législateur depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 mais bien à

³⁴²⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Dr. soc.* 2014, p.233 et spéc. p.238.

³⁴³⁰V. Jacques-Henri STAHL, « La question de la représentativité de l'UNSA », concl. sous CE, 5 novembre 2004, *Dr. soc.* 2004, p.1098.

³⁴³¹Guillaume TUSSEAU, « À propos de la représentativité syndicale », *RDP* 2005, p.919.

³⁴³²Nous pouvons rappeler que ce niveau de représentativité permet, notamment, un accès privilégié au système de financement mutualisé des organisations syndicales et patronales organisé par le Code du travail (V. étude 552 *supra*).

³⁴³³V. étude 608 *supra*.

continuer ce travail en le faisant évoluer dans un sens qui garantirait un dialogue social national plus universel.

Ce n'est, en effet, qu'en remettant l'ouvrage sur le métier que les rouages de la démocratie sociale, trop souvent malmenée au point de douter parfois de son existence³⁴³⁴, pourront être améliorés...

Décembre 2024.

³⁴³⁴V. Marie-Cécile AMAUGER-LATTES et Isabelle DESBARATS, « La démocratie sociale est-elle possible en France ? L'exemple de l'emploi des seniors », *JCP G* 2008, doct.,151.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

Dictionnaire Larousse, <https://www.larousse.fr>

Gérard CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 12^e éd., PUF, 2018.

Jean-Claude DAUMAS, Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010.

OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

André ROUAST et Paul DURAND, Précis de législation industrielle (Droit du Travail), coll. Petits Précis, 4^e éd., Dalloz, 1951.

Bernard TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, 11^e éd., Lexis Nexis, 2018.

Georges BURDEAU, Traité de science politique, t. VII, La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique, 2^e éd., LGDJ, 1973 (in Jean-Jacques CHEVALLIER, RIDC 1973, vol. 25 n°4, pp.940-945).

Gérard COUTURIER, Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail, 2^e éd., PUF, 1994.

Gilles AUZERO, Dirk BAUGARD et Emmanuel DOCKES, Droit du Travail, coll. Précis, 32^e éd., Dalloz, 2019.

Jean-Jacques DUPEYROUX, Droit de la sécurité sociale, coll. Précis, 15^e éd., Dalloz, 2015.

Le Lamy négociation collective, éd. 2018.

Michel DESPAX, Négociations, conventions et accords collectifs, t.7, coll. Traité de Droit du Travail, dir. G.H. CAMERLYNCK, 2^e éd., Dalloz, 1989.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES ET MÉMOIRES

Albert ARSEGUEL, La notion d'organisations syndicales les plus représentatives, thèse, Toulouse, 1976.

Archives de Direction des relations du travail 2006/010 (12).

Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire, coll. hors série Juris, Lefebvre Dalloz, 2023.

Aurélié MUSSIER, Les périmètres du droit du travail, thèse, Nancy, 2016.

Bruno GABELLIERI, Le régime complémentaire de retraite et de prévoyance des cadres, institution du droit économique, thèse, Nice, 1987.

Cécile FOURCADE, L'autonomie collective des partenaires sociaux - Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale, thèse, Paris 2, 2005, LGDJ, 2006.

Cécile HABLOT, De la norme privée à la norme publique en droit du travail, thèse, Paris 2, 2012, Ed. Panthéon Assas 2013.

Corinne GENDRON et Bernard GIRARD, Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise - L'école de Montréal, Armand Colin, 2013.

Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, Histoire des syndicats (1906-2006), Seuil, 2006.

Franck PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, thèse, Paris 1, 1997, LGDJ, 2000.

Françoise VARCIN, Le pouvoir patronal de direction, thèse, Lyon 2, 2000.

Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (dir.), Syndicats et droit du travail, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008.

Gilles BELIER et Henri-José LEGRAND, La négociation collective après la loi du 20 août 2008, Editions Liaisons, coll. Droit Vivant, 2009.

Gilles BELIER, Henri-José LEGRAND, Aurélie CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords, coll. Droit Vivant, Wolters Kluwer, Paris, 6e éd., 2018.

Henri DESROCHE, Le Projet coopératif. Son utopie et sa pratique, ses appareils et ses réseaux. Ses espérances et ses déconvenues, Éditions Ouvrières, Paris, 1976.

Ioannis KAPPOPOULOS, Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle, thèse, Lille II, 2010.

Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, Travail et Changements technologiques - De la civilisation de l'usine à celle du numérique, Odile Jacob, 2021.

Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, Les grands arrêts du droit du travail, 4e éd., Dalloz, 2008.

Jean-Louis LAVILLE, L'économie sociale et solidaire, Points, coll. économie, Paris, 2016.

Jean-Paul COINTET (et al.), Un politique : Georges Pompidou, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 2001.

Jean-Pierre LE CROM, Syndicats nous voilà. Vichy et le corporatisme, Les Éditions de l'Atelier/ Editions Ouvrières, Paris, 1995.

Jocelyne BARREAU, Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, coll. « Des Sociétés », PUR, 2003.

Laurent DUCLOS, Paritarisme(s) et institution(s). La représentation du rapport Capital-Travail dans la gestion de services établis dans l'intérêt général : les cas de l'électricité et des allocations familiales, thèse, Institut d'Études Politiques, Paris, 2006.

Lydie DAUXERRE, La négociation collective professionnelle et interprofessionnelle, Lexis Nexis, Paris, 2015.

Lydie DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument du dialogue social, thèse, Paris 2, 2005, PUAM, 2005.

Marc SALESINA, Contribution à l'analyse de l'influence des institutions représentatives du personnel sur les pratiques de gestion des ressources humaines dans le contexte français, thèse, Nancy, 2012.

Marie-Laure MORIN, Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, thèse, Toulouse 1, 1991, LGDJ, 1994.

Mathieu HECQUET, Essai sur le dialogue social européen, thèse, Paris 2, 2006, LGDJ, 2007.

Maurice EBLE, Le Développement juridique et social de la convention collective de travail, Paris, Éditions Spes, 1919, rééd. 1923.

Nicolas BRICHE, La représentativité des organisations patronales, mémoire, Master Droit du travail, Lille 2, 2005.

Pierre FRANCOUAL, L'entreprise sociale : essai de renouvellement des théories de l'entreprise à la croisée du droit des groupements et du droit du travail, thèse, Toulouse 1, 2017.

Pierre ROSANVALLON, La Question syndicale, coll. Pluriel, Hachette Littératures, 1998.

Regards et réflexions pluridisciplinaires sur la négociation collective, Ouvrage collectif coordonné par Force Ouvrière, 2015 ([www. force-ouvrière.fr](http://www.force-ouvriere.fr)).

René CAPITANT, Jean-Pierre MORELOU, Marcel WALINE, Ecrits Constitutionnels, Editions du CNRS, 1982.

Renée PETIT, Les Conventions collectives de Travail (Notions historiques et Commentaire théorique et pratique de la loi du 24 juin 1936), thèse, Paris, Jouve et Cie éditeurs, 1937.

Robert HOLCMAN, Economie Sociale et Solidaire, Dunod, Paris, 2015.

Stamatina YANNAKOUROU, L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, thèse, Paris 10, 1994, LGDJ, 1995.

Thierry JEANTET, Economie sociale, la solidarité au défi de l'efficacité, La documentation Française, coll. Les études, 3 éd., 2016.

ARTICLES

Alain CHATRIOT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.1006.

Alain CORDESSE, La lettre de l'UDES, n°11, févr. 2014, p.1, <http://www.udes.fr>.

Alain SAURET et Alexis BUGADA, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la branche », Gaz. Pal., 21 mars 2017, n°291f4, p.34.

Alain SAURET, « Branches professionnelles, désirs d'avenir et prospective », JCP S 2022, 1122.

Alain SAURET, « Fusion des branches : de l'intérêt des dispositifs légaux », JCP S 2023, 1156.

Alain SAURET, « La notion de branche professionnelle au sens de la négociation collective : essai de clarification sémantique », Gaz. Pal., 21 juin 2016, n°23, p.10.

Alain SAURET, « Le regroupement des branches », JCP S 2016, 1441.

Alain SAURET, « Quelles nouvelles perspectives pour les branches en 2020 ? », JCP S 2020, 1087.

Alain SAURET, « Vers une nouvelle structuration des branches professionnelles : à propos du rapport Quinqueton », Gaz. Pal., 2 fév. 2016, n°05, p.14.

Alain SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », Dr. soc. 2010, p.525.

Alain SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », Dr. soc. 1983, p.63.

Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Dr. soc. 2003, p.59.

Albert ARSEGUEL et André CABANIS, « Quelle gestion pour la sécurité sociale ? Les controverses et les choix de 1945 », LPA 1997, n°91, p.16.

Albert ARSEGUEL, « La place de la négociation collective dans l'élaboration du droit du travail », Annales de l'Université Toulouse 1 Capitole, t. LVII, 2016/2017, p.23.

Alexis BUGADA, « Brèves remarques sur l'arrêté de fusion (et une proposition) », JCP S 2020, 1089.

Alexis BUGADA, « Constitutionnalité réservée de la fusion imposée des champs conventionnels », JCP S 2019, 1350.

Alexis BUGADA, « Contribution à l'étude de l'interprofession - À propos de l'accord interprofessionnel de Polynésie française relatif à la prime à l'emploi », JCP S 2010, 1039.

Alexis BUGADA, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056.

Alexis BUGADA, « Pour plus de clarté et de transparence dans la restructuration des branches », JCP S 2022, 1119.

Alexis BUGADA, « Retour sur la contribution de la Cour de cassation au regroupement et à la restructuration des branches », JCP S 2023, 1155.

Alexis BUGADA, « La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches », JCP S 2016, 1442.

Alexis BUGADA, « La primauté stratégique de la branche - (Un autre regard sur l'ordre des choses) », JCP S 2019, 1115.

André BERGERON, « Où en sommes-nous de la garantie contre le risque chômage ? Force ouvrière 1958, n°667, p.1.

André BRUN, « L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence », Dr. soc. 1960, p.644.

André GUESLIN, « Aux origines de la coopérative de production », Les cahiers de l'institut CGT d'histoire sociale, 2013.

André TARBY, « Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », Dr. soc. 1995, p.914.

Anne-Sophie FORGET et Morgan OYAU, « La signature de la CCN de la production agricole et des CUMA : une opportunité pour l'avenir de l'agriculture et de la FNSEA », JCP S 2022, 1123.

Anne-Sophie GINON et Frédéric GUIOMARD, « Les nouvelles formes de mutualisation - Réflexions sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », Dr. soc. 2009, p.1054.

Annette JOBERT, « Les trois espaces de la négociation collective », Les idées en mouvements- Le mensuel de la ligue de l'enseignement, n°221, sept-oct. 2014, p.11.

Antoine BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français », Dr. soc. 2008, p.823.

Antoine JEAMMAUD et Hélène MASSE-DESSEN, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », SSL 2006, n°1257.

Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente », Dr. soc. 1999, p.115.

Antoine JEAMMAUD, « Les principes dits "de faveur" ont-ils vécu ? », RDT 2018, p.177.

Antoine LYON-CAEN, « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (dir.), Syndicats et droit du travail, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p.63.

Antoine LYON-CAEN, « Dessin industriel », RDT 2014, p.145.

Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective - Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », Dr. soc. 1997, p.1004.

Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », Dr. soc. 1997, p.352.

Antoine LYON-CAEN, « Néo-corporatisme », RDT 2013, p.295.

Antoine MAZEAUD « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 » Dr. soc. 2003, p.361.

Ariane VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », Cah. Cons. Constit. 2015, n°46, p.7.

Aurélia DESCAMPS, « Economie sociale et solidaire. Des patrons en voie de reconnaissance », Directions 2013, n°111.

Barbara GOMES, « Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective », Dr. soc. 2020, p.366.

Benjamin REDT, Charly COCO, Glenn TANGUY-LATUILLIERE, Fabrine THUILLIER, Coralie DEFFES, Azadeh AKRAMI-CASTANON, « La restructuration des branches : pour une refonte concertée et dynamique du paysage syndical », Dr. soc. 2018, p.871.

Bernard FRIOT, « Un salariat avec des cadres et sans épargne : les enjeux de la naissance de l'AGIRC », Sociétés contemporaines 1995, n°24, p.65.

Bernard GAURIAU, « La concurrence des conventions collectives dans le secteur social et médico-social », RDSS 2014, p.39.

Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », JCP S 2012, 1239.

Bernard GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », JCP S 2008, act. 197.

Bernard GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale - Loi n°2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, 1448.

Bernard GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », Dr. soc. 2018, p.504.

Bernard GAURIAU, « Stratégie et dialogue social adapté (À propos des articles 19, 21 et 23 de la loi du 17 août 2015) », JCP S 2015, 1354.

Bernard OUDIN, « La convention du 31 décembre 1958, relative à la création de l'allocation chômage », Dr. soc. 1959, p.370.

Bernard TEYSSIE, « 2008-2012 : les syndicats, le législateur et le juge », JCP S 2012, 1232.

Bernard TEYSSIE, « A propos de la négociation collective d'entreprise », Dr. soc. 1990, p. 577.

Bernard TEYSSIE, « À propos de la rénovation de la démocratie sociale », Dr. soc. 2009, p.627.

Bernard TEYSSIE, « La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 : variations sur l'efficacité », JCP S 2014, 1157.

Bernard TEYSSIE, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », JCP E 1994, 352.

Bernard TEYSSIE, « La réforme, l'urgence et l'oubli », JCP S 2017, act. 170.

Bernard TEYSSIE, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », JCP S 2014, 1158.

Bernard TEYSSIE, « Les comptes des organisations syndicales et des associations professionnelles d'employeurs », JCP S 2021, 1258.

Bernard TEYSSIE, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du conseil constitutionnel », Cah. Cons. Constit. 2005, n°17, p.103.

Bernard TEYSSIE, « Réforme du droit du travail : le pari conventionnel », JCP S 2015, act., 357.

Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO, Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », JCP S 2011, 1102.

Bruno PALIER et Giuliano BONOLI, « Entre Bismarck et Beveridge "Crises" de la sécurité sociale et politique(s) » RFSP 1995, n°4, p.672.

Carole LEFRANC-HAMONIAUX et Evelyne SERVERIN, « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? », RDT 2013, p.451.

Carole TUCHSZIRER, « Les figures patronales dans le kaléidoscope de la formation professionnelle », Connaissance de l'emploi 2012, n°90, p.2.

Catherine VINCENT, « De l'accord de juillet 1970 à la loi de 1971 : l'échec d'un paritarisme négocié dans la formation professionnelle continue », Revue de l'IRES 1997, n°24, p.153.

CE, « Les Grandes figures du Conseil d'Etat, Pierre Laroque », <https://www.conseil-etat.fr>.

Cécile NICOD, « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p.657.

Chambre Régionale de l'Économie Sociale et Solidaire de Midi-Pyrénées, « Regards sur l'Économie Sociale et Solidaire en France », RLDA 2013, supplément au n°88, p.7.

Christelle CASSE, Valérie PUEYO et Pascal BEGUIN, « Responsabilité sociale des entreprises, développement durable et travail », RDT 2022, p.371.

Christine DANIEL, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts », Revue de l'IRES 1998-99, n°29, p.5.

Christine DANIEL, « La naissance du régime conventionnel d'assurance chômage en 1958, ou les ambiguïtés du paritarisme à la française », Revue de l'IRES 1997, n°24, p.131.

Christine DANIEL, « L'indemnisation des chômeurs : de la réduction des droits à une protection sociale éclatée », Dr. soc. 1999, p.1065.

Christine NEAU-LEDUC, « La restructuration des branches professionnelles imposée », JCP S 2016, 1444.

Christine NEAU-LEDUC, « Relations loi/branche : le rôle de "loi professionnelle" de la branche renforcé », SSL 2008, n°1361, p.65.

Christophe FROUIN, « La négociation du regroupement des branches », JCP S 2016, 1443.

Christophe FROUIN, « Des branches au service », JCP S 2019, 1116.

Christophe FROUIN, « Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058.

Christophe MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », Dr. soc. 2021 p.346.

Christophe RADE et Nicole MAGGI-GERMAIN, « Quelle égalité dans le financement du paritarisme ? », RDT 2016, p.134.

Christophe RADE in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », SSL 2011, n°1512, p.4.

Christophe RADE, « De l'accord national interprofessionnel », Dr. soc. 2010, p.284.

Christophe RADE, « Droit du travail et conventions collectives », RDC 2004, n°4, p.1001.

Christophe RADE, « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : les nouvelles règles de la représentativité des organisations patronales », Lexbase Hebdo - édition sociale, n°563, 20 mars 2014, act.

Christophe RADE, « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », Dr. ouv. 2010, p.319.

Christophe RADE, « Le financement des syndicats à l'heure de la réforme de la démocratie sociale », Dr. soc. 2014, p.697.

Christophe RADE, « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », Dr. soc. 2010, p.821.

Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », RTDEur. 2002, p.653.

Christophe WILLMANN, « Le régime des intermittents du spectacle, par petites touches », JCP S 2015, 1357.

Christophe WILLMANN, « Réformer l'assurance chômage », Dr. soc. 2018, p.620.

Claude COCHONNEAU, « Les enjeux de la représentativité patronale pour la FNSEA », Dr. soc. 2014, p.261.

Clotilde DRUELLE-KORN, « La CGPF », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.1093.

Damien DELEVALLEE, « La branche professionnelle, une notion historique en voie de définition », JCP S 2016, 1445.

Daniel GADBIN, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », RTDEur. 2000, p.1.

Danièle DEMOUSTIER, « Emergence et structuration de la fonction employeur dans les associations », AIRES, Janv. 2003, <https://www.associations.gouv.fr>.

Denis BARBET, « Retour sur la loi de 1884. La production des frontières du syndical et du politique » in La construction du syndicalisme (sous la direction de Michel Offerlé), Genèses, 3, 1991, p.5.

Dépêche AEF n°621030, 31 janv. 2020, « Atteindre l'objectif de moins de 100 branches nécessite des évolutions législatives (rapport non définitif de P. Raimon) ».

Dépêche AEF n°621078, 31 janv. 2020, « Le détail du paysage conventionnel avec moins de 100 branches proposé par Pierre Raimon (rapport non définitif) ».

Dirk BAUGARD, « Le régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle », Dr. soc. 2015, p.915.

Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « L'impôt syndical et patronal », Dr. soc. 2015, p.616.

Dominique DORD, « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », Dr. soc. 2010, p.507.

Dominique FABRE, « Les accords nationaux interprofessionnels : quels acteurs, quels pouvoirs ? », SSL 2008, n°1361, p.57.

Dominique JOURDAN, « Temps partiel : flexibilité et sécurité pour qui ? », SSL 2013, n°1592, p.19.

Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », SSL 2008, n°1361, p.7.

Dominique SCHMIDT « La loi Pacte et l'intérêt social », D. 2019, p.633.

Elsa LEDERLIN, Alexis BECQUART, « Deuxième phase du mouvement de rapprochement des branches professionnelles. L'utilisation des conclusions du rapport Romain (non définitif) », SSL 2020, n°1912, p.5.

Elsa PESKINE, « Un besoin de changement de paradigme de la négociation collective en France ? », in Regards et réflexions pluridisciplinaires sur la négociation collective, Ed. FO, sept. 2015, p.19.

Émeric JEANSEN, « L'accord interentreprises, d'une norme spéciale à une norme générale », JCP S 2016, 1411.

Emmanuelle MAZUYER, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », Dr. soc. 2007, p.476.

Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », Dr. soc. 2014, p.228.

Éric AUBRY, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », Dr. soc. 2010, p.517.

Éric JABBARI, « Pierre Laroque et les origines de la sécurité sociale », IS 2015, n°189, pp.12-19.

Etienne FABREGUE, « La "contractualisation" dans la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche. À la lumière de l'exemple du secteur laitier », RD rur. 2011, n°396, dossier 23.

Évelyne COLLOMP, « La loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale - Bilan des deux premières années d'application », Dr. soc. 2011, p.60.

Fanny DARBUS, « Mains-d'œuvre et gestion des ressources humaines », in Economie Sociale et Solidaire, Robert Holcman (dir.), Dunod, Paris, 2015, p.243.

Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », Cah. Cons. Constit. 2012, n°35, p.25.

Florence BERTHILLON, « La RSE au cœur de la concurrence normative : pour une approche intégrée de ses sources », Amplitude du droit 2022, n°01, p.163.

Francis GINSBOURGER et Jean-Yves POTEL, « La pratique de la négociation collective de branche de 1981 à 1985 », Travail et Emploi 1986, n°29, p.43.

Franck HEAS, « État des lieux de la représentativité patronale », Dr. soc. 2014, p.198.

Franck HEAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », RDT 2011, p.91.

Franck HEAS, « Représentativité patronale et extension d'une convention collective », SSL 2013, n°1604, p.11.

Franck HEAS, « Un ANI sur la santé au travail, pour quoi faire ? », Dr. soc. 2021, p.253.

Franck HEAS, « Représentativité patronale et extension d'une convention collective », SSL 2014, n°1619, p.106.

Franck MOREL, « Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ? », JCP S 2013, 1460.

Franck MOREL, « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », Dr. soc. 2009, p.885.

Franck MOREL, « Perspectives de développement de la négociation collective », JCP S 2012, 1106.

Franck PETIT, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », Dr. soc. 2018, p.141.

Franck PETIT, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », Dr. soc. 2015, p.952.

Franck PETIT, « Le droit à l'accompagnement », Dr. soc. 2008, p.413.

Franck PETIT, « Représentativités syndicale et patronale : la symétrie imparfaite », Dr. soc. 2014, p.1.

François CHAMPEAUX et al., « Accord collectif, l'avenir des branches » (Dossier restructuration des branches), SSL 2017, n°1757.

Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », recueil des propos de Patrick Quinqueton, SSL 2015, n°1703, p.3.

Françoise CHAMPEAUX, « La flexisécurité à la française », SSL 2013, n°1568, p.2.

Françoise FAVENNEC-HERY, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », JCP S 2016, 1148.

Françoise FAVENNEC-HERY, « L'ordre public légal », JCP S 2017, 1126.

Françoise FAVENNEC-HERY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2016, p.892.

Françoise FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », Dr. soc. 2009, p.630.

Françoise FAVENNEC-HERY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord », Dr. soc. 2008, p.311.

Françoise FAVENNEC-HERY, « L'accès à la représentativité », JCP S 2012, 1234.

Françoise FAVENNEC-HERY, « Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation », JCP S 2016, 1293.

Françoise FAVENNEC-HERY, « Réforme du temps de travail - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, 1461.

Frédéric GEA, « Loi PACTE : quelle contribution au renouveau du droit du travail ? », RDT 2020, p.99.

Frédéric GUIOMARD et Alice JAD, « Les principes d'universalité et d'égalité dans la réforme du système de retraite », Dr. soc. 2021, p.294.

Frédéric GUIOMARD, « Le rôle des partenaires sociaux en question - Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », RDT 2018, p.589.

Gabriel COIN, « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », Dr. soc. 1996, p.3.

Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. soc. 2003, p.72.

Georges BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. soc. 1991, p.685.

Georges BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », Dr. soc. 1990, p.626.

Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », RDT 2008, p.712.

Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », Dr. soc. 1988, p.476.

Georges BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », RDT 2008, p.360.

Géraldine LAFORGE, « La structuration de l'offre de services à la personne après la loi du 26 juillet 2005 », RDSS 2006, p.5.

Gérard ADAM, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », Dr. soc. 2003, p.44.

Gérard ADAM, « La refondation sociale aux prises avec le réel », Dr. soc. 2001, p.3.

Gérard ADAM, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », Dr. soc. 1972, p.90.

Gérard ADAM, « Quelques évidences sur le paritarisme », Dr. soc. 1995, p.744.

Gérard ADAM, Eric AUBRY et Jérôme MARCHAND-ARVIER, « 10 propositions pour refonder le patronat », Institut Montaigne, juin 2013, <http://www.institutmontaigne.org>.

Gérard COUTURIER, « Le droit du licenciement économique », Dr. soc. 2018, p.17.

Gérard LYON-CAEN « Droit syndical et mouvement syndical », Dr. soc. 1984, p.5.

Gérard LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », Dr. ouv. 2001, p.1.

Gérard LYON-CAEN, « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », D. 1993, p.149.

Gérard LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail-Agitations et menaces », Dr. soc. 2001, p.1031.

Gérard LYON-CAEN, « Négociation collective et législation d'ordre public », Dr. soc. 1973, p.89.

Gérard LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », Dr. soc. 2003, p.355.

Gérard LYON-CAEN, « Subsidiarité et droit social européen », Dr. soc. 1997, p.382.

Gérard LYON-CAEN, « Un agrément, des désagréments », Dr. soc. 2001, p.377.

Gérard LYON-CAEN, « Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" », D. 1970, Chron., p.159.

Gérard LYON-CAEN, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », Dr. ouv. 1992, p.313.

Gérard LYON-CAEN, « La concurrence par la réduction du coût du travail », Dr. ouv. 2003, p.261.

Gérard VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. soc. 2009, p.896.

Gérard VACHET, « Le champ d'application conventionnel en cas de fusion des branches professionnelles », Dr. soc. 2018, p.899.

Gilles AUZERO, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. soc. 2017, p.1018.

Gilles BELIER, « Des voies nouvelles pour la négociation collective ? », SSL 2001, n°1038.

Gilles BELIER, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales », Dr. soc. 1988, p.724.

Gilles JOHANET, « Une réforme inévitable, mais difficile », RDSS 1996, p.677.

Gilles LECUELLE, « Le lieu d'une politique socio-économique codéterminée », Dr. soc. 2018, p.890.

Gilles POLLET et Didier RENARD, « Genèses et usages de l'idée paritaire dans le système de protection sociale français. Fin 19e - milieu du 20e siècle », RFSP 1995, n°4, p.545.

Gilles POLLET et Didier RENARD, « Le paritarisme et la protection sociale. Origine et enjeux d'une forme institutionnelle », Revue de l'IRES 1997, n°24, p.61.

Guillaume Henri CAMERLYNCK, « Le bilan de l'année 1970 en droit du travail français », Relations industrielles / Industrial Relations 1971, vol. 26, n°2, p.490.

Guillaume TUSSEAU, « A propos de la représentativité syndicale », RDP 2005, p.919.

Guy GROUX, « La démocratie sociale, enjeux historiques et nouvelles régulations », in Jocelyne Barreau (dir.), Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003, p.51.

Hans SLOMP, « Quelle démocratie sociale dans les systèmes de relations professionnelles européens ? », in Jocelyne Barreau (dir.), Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003, p.31.

Hélène MASSE-DESSEN, « Genèse et objectifs de l'article L. 1 du Code du travail », Dr. soc. 2010, p.494.

Hélène MICHEL et Laurent WILLEMEZ, « Les employeurs de l'économie sociale : des patrons comme les autres ? Une enquête aux prud'hommes », Savoir/Agir 2009, n°10, p.33.

Henry BLAISE, « Les contrats précaires après la loi du 12 juillet 1990 », Dr. soc. 1991, p.11.

Hubert LESIRE-OGREL, « Au sujet de la représentativité des syndicats indépendants », Dr. soc. 1959, p.286.

Hugues VIDOR et Sébastien DARRIGRAND, « L'Udes ouvre les portes une à une », Directions 2016, n°147, p.27.

Hugues VIDOR, « La reconnaissance de l'UDES est en marche », Directions 2015, n°137, p.16.

Isabel ODOUL-ASOREY, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », Dr. soc. 2015, p.987.

Isabel ODOUL-ASOREY, « Un besoin de changement de paradigme de la négociation collective en France ? », in Regards et réflexions pluridisciplinaires sur la négociation collective, Ouvrage collectif coordonné par Force Ouvrière, [www. force-ouvriere.fr](http://www.force-ouvriere.fr), 2015, p.18.

Isabelle DESBARATS, « La RSE à la française, entre incitations et contraintes », in Corinne Gendron et Bernard Girard (dir.), Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise - L'école de Montréal, Armand Colin, 2013, p.183.

Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. soc. 2013, p.17.

Jacques BARTHELEMY in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », SSL 2011, n°1512, p.4.

Jacques BARTHELEMY, « Accord de mensualisation et garanties collectives de prévoyance », Dr. soc. 2007, p.472.

Jacques BARTHELEMY, « Droits collectifs des salariés et nouveau droit de la prévoyance », Dr. soc. 1990, p.365.

Jacques BARTHELEMY, « L'agrément des accords collectifs », Dr soc. 1987, p.623.

Jacques BARTHELEMY, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », Dr. soc. 2003, p.513.

Jacques BARTHELEMY, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », Dr. soc. 1990, p.580.

Jacques BARTHELEMY, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », Dr. soc. 2008, p.325.

Jacques BARTHELEMY, « La restructuration des régimes complémentaires de retraite », JCP E 1998, n°41, p.1590.

Jacques BARTHELEMY, « L'assurance formation, une garantie sociale », Dr. soc. 2008, p.1199.

Jacques BARTHELEMY, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », Dr. soc. 2013, p.673.

Jacques BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », Dr. soc. 1993, p.89.

Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », Dr. soc. 2008, p.566.

Jacques BARTHELEMY, « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », JCP E, 23 janv. 1986, p.14.

Jacques BARTHELEMY, « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », Dr. soc. 1997, p.298.

Jacques BARTHELEMY, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », Dr. soc. 1992, p.450.

Jacques BARTHELEMY, « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », Dr. soc. 1988, p.554.

Jacques BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective », Revue de l'IRES 2009, n°63, p.63.

Jacques BARTHELEMY, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », Dr. soc. 2010, p.182.

Jacques BARTHELEMY, « Représentativité patronale et notion de branche », Dr soc. 2014, p.207.

Jacques BARTHELEMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? », Dr. soc. 2009, p.907.

Jacques BARTHELEMY, « Branche et ordre public professionnel », Cah. Lamy du DRH 2019, n°268, p.48.

Jacques BARTHELEMY, « L'ordre public professionnel », Cah. Lamy du DRH 2016, n°235, p.44.

Jacques BARTHELEMY, Gilbert CETTE, Gépy KOUDADJE, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », Dr. soc. 2020, p.455.

Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », RDT 2013, p.156.

Jacques FREYSSINET, « Négociations interprofessionnelles et crise économique », Revue de l'IRES 2011, n°69, p.33.

JCP S 2013, act., 309, projet de position commune des syndicats patronaux sur la représentativité patronale.

JCP S 2013, act., 439, remise du rapport sur la réforme de la représentativité patronale, Min. Trav. DGT, le 23 octobre 2013.

JCP S 2015, act., 327, remise du rapport sur « La négociation collective, le travail et l'emploi » le 9 septembre 2015.

JCP S 2015, act., 333, Le rapport sur « la négociation collective, le travail et l'emploi » en dix questions. Entretien avec Jean-Denis Combrexelle, président de la section sociale du Conseil d'État.

JCP S 2023, act., n°181, Transposition dans la loi de l'ANI sur le partage de la valeur ajoutée : présentation du texte en conseil des ministres.

JCP S 2024, act., n°s 724-725, Accord national interprofessionnel du 14 novembre 2024 relatif à l'évolution du dialogue social.

Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », Travail et Emploi, n°70, 1997, p.3.

Jean SAGLIO, « Les spécificités de la négociation collective dans le système français de relations professionnelles » in Jocelyne Barreau (dir.), Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003, p.39.

Jean SAVATIER, « La portée de l'exigence d'un agrément administratif des conventions collectives applicables aux établissements médico-sociaux », Dr. soc. 1994, p.394.

Jean-Denis COMBREXELLE « Présentation du nouveau code du travail », DGT, Dossier de presse, 29 avr. 2008.

Jean-Denis COMBREXELLE, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », JCP G 2015, doctr. 235, p.379.

Jean-Denis COMBREXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », Dr. soc. 2010, p.504.

Jean-Denis COMBREXELLE, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? », Dr. soc. 2008, p.20.

Jean-Denis COMBREXELLE, « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », JCP S 2014, 1156.

Jean-Denis COMBREXELLE, « Sur quelques évolutions récentes en droit du travail », Dr. soc. 2008, p.1069.

Jean-Denis COMBREXELLE, « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », Dr. soc. 2020, p.503.

Jean-Denis COMBREXELLE, Président du HCDS, conférence de presse du 26 avr. 2017, Liaisons soc. quotidien, L'actualité, n°17359, 4 juil. 2017.

Jean-Dominique TORTUYAUX, « Le consensus, une quête permanente d'AXESS », Directions 2020, n°192, p.16.

Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois - À propos du rapport Chertier », Dr. soc. 2006, p.981.

Jean-Emmanuel RAY, « À propos de la subsidiarité horizontale », Dr. soc. 1999, p.459.

Jean-Emmanuel RAY, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Dr. soc. 2021, p.236.

Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? », Dr. soc. 2000, p.574.

Jean-Emmanuel RAY, « La loi pour la cohésion sociale : continuité et contournements », Dr. soc. 2005, p.359.

Jean-Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », Cah. Cons. Constit. 2014, n°45, p.21.

Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », Dr. soc. 2009, p.887.

Jean-Emmanuel RAY, « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », Dr. soc. 2012, p.443.

Jean-Emmanuel RAY, « Les accords sur le temps de travail », Dr. soc. 1988, p.108.

Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », Dr. soc. 2004, p.590.

Jean-Emmanuel RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », Dr. soc. 2010, p.496.

Jean-Emmanuel RAY, « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », Dr. soc. 2008, p.3.

Jean-Emmanuel RAY, « Sur le financement des syndicats », Dr. soc. 2008, p.139.

Jean-Emmanuel RAY, « Un accord en devenir », Dr. soc. 2008, p.272.

Jean-Eric SCHOETTL, « Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes », AJDA 2000, p.31.

Jean-François CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », JCP S 2007, 1117.

Jean-François CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », Dr. soc. 2009, p.658.

Jean-François CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306.

Jean-François CESARO, « Restructuration des branches, révision et fédération », JCP S 2019, 1254.

Jean-Frédéric POISSON, « Les branches professionnelles : constat et améliorations possibles », Cah. Lamy du CE 2014, n°135, p.27.

Jean-Guy HUGLO, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », SSL 2016, n°1727, p.8.

Jean-Henry PYRONNET, « La restructuration des branches vue par le ministère du Travail », JCP S 2016, 1447.

Jean-Jacques BARBIERI, « Négoce agricole et filières », RD rur. 2010, n°386, étude 17.

Jean-Jacques DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », Dr. soc. 1995, p.713.

Jean-Jacques DUPEYROUX, « En marge du contentieux AGIRC », Dr. soc. 1995, p.702.

Jean-Jacques DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », Dr. soc. 1990, p.741.

Jean-Jacques DUPEYROUX, « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés », Dr. soc. 1994, p.820.

Jean-Jacques DUPEYROUX, « Sur les régimes complémentaires : bref rappel de quelques données de base », Dr. soc. 2000, p.409.

Jean-Marc ENGELHARD, « Temps partiels - Un régime d'exception », Directions 2016, n°146, p.24.

Jean-Marc SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », Dr. soc. 2010, p.489.

Jean-Marie LUTTRINGER et Jean-Pierre WILLEMS, « La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », Dr. soc. 2010, p.417.

Jean-Marie LUTTRINGER, « Actualité du droit de la formation : le paritarisme de gestion de la formation professionnelle, enjeu politique », Dr. soc. 2016, p.1024.

Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle : la réforme des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) », Dr. soc. 1995, p.278.

Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », Dr. soc. 2004, p.472.

Jean-Marie LUTTRINGER, « La troisième naissance d'avatars dénommés OPCO », Chronique 145, 2019, p.5, <http://www.jml-conseil.fr>.

Jean-Marie LUTTRINGER, « Réflexions sur les spécificités du "paritarisme de gestion" dans le domaine de la formation professionnelle », Dr. soc. 2008, p.1207.

Jean-Marie LUTTRINGER, « Réforme de la formation professionnelle : Delors 1971, Macron 2018. Le contexte, La vision, le droit. », Chronique 133, 2018, p.8, <http://www.jml-conseil.fr>.

Jean-Marie PERNOT, « Le mouvement syndical en France depuis 2008 », Dr. soc. 2020, p.137.

Jean-Maurice VERDIER et Albert ARSEGUEL, « Quelle réforme de la représentativité syndicale ? », RDT 2006, p.284.

Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », D. 1972, Chron., p.253.

Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », Dr. soc. 1991, p.5.

Jean-Pascal HIGELE, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », Dr. soc. 2007, p.301.

Jean-Paul DOMERGUE, « Le droit du chômage ou du non-emploi », Dr. soc. 1997, p.463.

Jean-Philippe LHERNOULD, « La négociation collective communautaire - Petit manuel de la diversité », Dr. soc. 2008, p.34.

Jean-Pierre CHAUCHARD, « Représentation collective et protection sociale », RDSS 2004, p.161.

Jean-Pierre LE CROM, « Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social », Apr. 2003, Caen, France, alshs-00256587, <https://shs.hal.science/halshs-00256587>.

Jean-Pierre LE CROM, « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », Dr. soc. 2014, p.239.

Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », Travail et Emploi 2012, n°131, p.119.

Jean-Pierre LE CROM, « La profession dans la construction du droit du travail », Dr. soc. 2016, p.105.

Jean-Pierre WILLEMS, « La mutualisation dans les FAF et OPCA », Dr. soc. 2008, p.1203.

Jean-Pierre WILLEMS, « Les opérateurs de compétences : que reste-t-il de l'assurance formation ? », Dr. soc. 2018, p.1011.

Jean-Yves FABERON, « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », Pouvoirs 2005, n°113, p.5.

Jérôme PORTA, « Le droit du travail en changement », Travail et emploi, n°158, 2019, p.95.

Jérôme PORTA, « La branche professionnelle : déconstruction et restructuration », Dr. ouv. 2018, p.570.

Johannes SCHREGLE, « La négociation collective en Europe Occidentale : quelques problèmes d'actualité », Dr. soc. 1978, p.204.

Josépha DIRRINGER et Denis GRAVOUIL, « Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ? », RDT 2019, p.612.

Juliana KOVAC et Lucy GAUDEMET-TOULEMONDE, « ANI relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise : quels sont les changements en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié ? », JCP S 2023, n°1080.

Julien DAMON, « Le paritarisme : quelles partitions ? », RDSS 2017, p.525.

Laurence PECAUT-RIVOLIER et Franck PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales - Enjeux et mesures de l'audience électorale », Dr. soc. 2010, p.1168.

Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « La "refondation sociale" : entre contractualisation et procéduralisation », in Jocelyne Barreau (dir.), Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003, p.152.

Liaisons soc. quotidien - Le dossier juridique, n°112/2022, 17 juin 2022, « Paritarisme : ce que prévoit l'accord national interprofessionnel ».

Liaisons soc. quotidien, act., n°16045, 21 fév. 2012.

Liaisons soc. quotidien, act., n°16527, 11 fév. 2014.

Liaisons soc. quotidien, act., n°17115, 4 juil. 2016.

Liaisons soc. quotidien, act., n°17226, 15 fév. 2017.

Liaisons soc. quotidien, act., n°17588, 12 juin 2018.

Liaisons soc. quotidien, act., n°17939, 15 nov. 2019.

Liaisons soc. quotidien, act., n°18205, 16 déc. 2020.

Liaisons soc. quotidien, act., n°18409, 18 oct. 2021.

Liaisons soc. quotidien, act., n°18413, 22 oct. 2021.

Liaisons soc. quotidien, act., n°18741, 22 fév. 2023.

Linda DAOVANNARY, « Projet de loi travail : l'UDES craint une dérégulation et une prime au moins-disant », TSA, 23 mai 2016, <http://www.tsa-quotidien.fr>.

Lise CASAUX-LABRUNEE, « Qu'est-ce qu'un chômeur ? », Dr. soc. 1996, p.577.

Loïc Malfettes, « La réforme de l'assurance chômage : quelles orientations ? » RDT 2018, p.598.

Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », Dr. soc. 2009, p.436.

Lucy APROBERTS et al., « Formes et dynamiques de la régulation paritaire », Revue de l'IRES 1997, n°24, p.19.

Lydie DAUXERRE, « L'élargissement des conventions et accords collectifs de travail », JCP S 2015, 1447.

Lydie DAUXERRE, « Le niveau national et multi-professionnel : une identité au milieu du gué », JCP S 2017, 1209.

Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », JCP S 2006, 1609.

Lydie DAUXERRE, « Sécurisation des dispositifs d'extension et d'élargissement des conventions et accords collectifs », JCP S 2017, 1307.

Lydie DAUXERRE, « Sur l'érosion de l'article L. 1 du Code du travail », JCP S 2017, 1275.

Lydie DAUXERRE, « Contribution à l'étude de la branche professionnelle », JCP S 2010, 1038.

Manuela GREVY, Elsa PESKINE, Sophie NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », RDT 2008, p.431.

Marc MOREAU, « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », Dr. soc. 1995, p.359.

Marc VERICEL, « La loi du 13 février 2008 et la nouvelle réforme de l'organisation du service de l'emploi », Dr. soc. 2008, p.406.

Marc VERICEL, « La nouvelle convention sur l'assurance-chômage du 14 mai 2014 - Recherche d'un certain équilibre entre nécessité de réduction du déficit et avancées en faveur des plus précaires », RDT 2014, p.467.

Marc VERICEL, « Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail », RDT 2016, p.824.

Marie-Alice MEDEUF ANDRIEU, « Une représentativité patronale " à la carte "», Dr. Soc. 2014, p.266.

Marie-Ange MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », Dr. soc. 1999, p.53.

Marie-Ange MOREAU, « Tendances du droit social communautaire - Ombres et brouillard à Maastricht », Dr. soc. 1994, p.80.

Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise- quelques illustrations », Dr. soc. 1988, p.731.

Marie-Armelle SOURIAC et Philippe LANGLOIS, « Que penser du rapport Chertier ? », RDT 2006, p.216.

Marie-Armelle SOURIAC, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004, p.579.

Marie-Armelle SOURIAC, « Les réformes de la négociation collective », RDT 2009, p.14.

Marie-Cécile AMAUGER-LATTES et Isabelle DESBARATS, « Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », Dr. soc. 2003, p.365.

Marie-Cécile AMAUGER-LATTES et Isabelle DESBARATS, « La démocratie sociale est-elle possible en France ? L'exemple de l'emploi des seniors », JCP G 2008, doctr.,151.

Marie-Laure MORIN « Des titulaires du droit à la négociation collective », Dr. soc. 1988, p.24.

Marie-Laure MORIN et Francine TEYSSIER, « L'accord-cadre », Dr. soc. 1988, p.741.

Marie-Laure MORIN, « L'articulation entre la loi et la négociation : quel rôle pour l'Etat », in Jocelyne BARREAU (dir.), Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003, p.137.

Marie-Laure MORIN, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », Dr. soc. 1996, p.11.

Marie-Laure MORIN, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », Dr. soc. 2011, p.62.

Marie-Laure MORIN, « L'affaire Crédit Agricole - Questions sur le processus de négociation et la définition de la branche d'activité », SSL 2006, n°1280, p.5.

Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME, « L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau " sujet de droit naissant " » RLDA 2013, supplément au n°88, p.11.

Marine ZEIMET, « Des incidences de la perte de représentativité syndicale en cours de cycle électoral sur la négociation et la conclusion de l'accord collectif d'entreprise », JCP S 2022, 1198.

Marion DEL SOL, « Protéger les finances sociales », Dr. soc. 2020, p.960.

Marion EMERAS, « L'élection comme critère de la représentation », Cah. soc. janv. 2014, n°112e2.

Marion RABIER, « La représentation patronale en France », BS 4/08.

Maryse BADEL, « Indemnisation du chômage : la réforme est en marche », RDCTSS 2018, p.160.

Maryse BADEL, « L'économie sociale et solidaire : un monde du travail ordinaire ? », RDSS 2019, p.500.

Mathilde CARON, « Entreprise de l'ESS et sanction du salarié », BJT juill.-août 2023, n°20204, p.3.

Matthieu HELY, « Coopération et conflit dans la configuration néolibérale du monde associatif », JA 2014, n°510, p.24.

Maurice BOITEL, « Les droits syndicaux dans l'entreprise », Dr. ouv. 1970, p.2.

Maurice COHEN, « La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise », Dr. soc. 2003, p.271.

Maurice COHEN, « La réduction "négociée" des avantages des salariés », Dr. soc. 1996, p.18.

Michel CHASSANG, « Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale », Dr. soc. 2014, p.260.

Michel CHASSANG, Président de l'UNAPL, AEF info, n°567580, 1^{er} sept. 2017.

Michel COINTEPAS, « Les règles de droit et le déclin syndical en France », Dr. soc. 1992, p.250.

Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », Dr. soc. 1987, p.184.

Michel DESPAX, « L'extension des conventions collectives de travail et l'ordonnance du 27 septembre 1967 », D. 1968, Chron., p.147.

Michel DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », Dr. soc. 1988, p.8.

Michel DESPAX, « La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 », Dr. soc. 1971, p.530.

Michel DESPAX, « L'exercice du droit d'opposition de l'article L. 132-26 du Code du travail à l'encontre de deux accords sur la durée et l'aménagement du temps de travail prenant la suite d'accords où ces deux questions ont été précédemment liées », Dr. soc. 1991, p.292.

Michel LAGRAVE et Pierre LAROQUE, « Hommage à Pierre Laroque à l'occasion du centenaire de sa naissance », RFAS 2008, n°1, p.151.

Michel LAROQUE, « Des premiers systèmes obligatoires de protection sociale aux assurances sociales », Vie sociale 2015, n°10, p.31.

Michel MORAND, « Durée du travail : l'étrange section 6 », SSL 2016, n°1735.

Michel MORAND, « L'application d'une convention collective non obligatoire », JCP E 2003, 1552.

Michel MORAND, « L'évolution du droit de l'extension des conventions et accords collectifs », SSL 2017, n°1771, p.6.

Michel MORAND, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », Dr. soc. 2018, p.148.

Michel MORAND, « Le défaut d'agrément des accords dans le secteur sanitaire et social », SSL 2005, n°1233, p.7.

Michel MORAND, « Le regroupement des champs conventionnels ou l'accord de champ », Dr. soc. 2018, p.894.

Michel MORAND, « Loi Travail et temps de travail », SSL 2016, n°1742, p.13.

Michel OFFERLE et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », RDT 2010 p.269.

Michel OFFERLE, « Le CNPF », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.1115.

Michel OFFERLE, « Le MEDEF », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.1122.

Michel OFFERLE, « Militer en patronat. Engagements patronaux et sociologie du militantisme », Sociétés contemporaines 2015, n°98, p.79.

Michel VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTDCiv. 1964, p.5.

Michèle BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », Dr. ouv. 2001, p.411.

Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Continuités et mutations de la régulation paritaire en France -Éléments pour une analyse des stratégies patronales », REMEST 2014, vol. 9, n°1, p.95.

Michèle TALLARD et Catherine VINCENT, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ? », Dr. soc. 2014, p.212.

Mireille POIRIER, « La clause dérogatoire in pejus », Dr. soc.1995, p.885.

Morgan OYAUX, « Regroupement de branches professionnelles : exemples », JCP S 2016, 1446.

Muriel CHAGNY, « Branches et concurrence : l'Autorité de la concurrence et la procédure d'extension des branches », JCP S 2020, 1088.

Muriel CHAGNY, « Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence », JCP S 2018, 1057.

Nathalie CAGNEUX, « Dossier représentativité patronale - Gagner en légitimité », Directions 2016, n°147, p.26.

Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », Cah. Cons. Constit. 2012, n°35, p.61.

Nicolas DUFOURCQ « Sécurité sociale : le mythe de l'assurance », Dr. soc. 1994, p.291.

Nicolas DUFOURCQ, « Démocratie sociale et Sécurité sociale », Dr. soc. 1994, p.1008.

Nicolas LE BELLEC, « La tutelle de l'État sur les organismes nationaux du régime général de Sécurité sociale », Dr. soc. 1990, p.454.

Nicolas MOLFESSIS, « La loi suspendue », D. 2003, p.139.

Nicole KERSCHEN, « Assurance-chômage : vers un modèle tripartite de régulation du marché du travail », Dr. soc. 1997, p.1031.

Nicole KERSCHEN, « L'influence du rapport Beveridge sur le plan français de sécurité sociale de 1945 », RFSP 1995, n°4, p.570.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », Dr. soc. 2011, p.1072.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « La suspension de l'application de l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la branche de la production cinématographique par le juge des référés : prologue judiciaire ou clap de fin ? », Dr. soc. 2013, p.1016.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « Le télétravail, sujet de dialogue social à part entière », Travail et sécurité 2021, n°823, p.10.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », Dr. soc. 2007, p.798.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « Vers la surreprésentation des grandes entreprises », Directions 2016, n°147, p.28.

Nicole MAGGI-GERMAIN, « Fonctions et usages de la représentativité patronale », Travail et Emploi 2012, n°131, p.23.

Nikitas ALIPRANTIS, « La nature et les agents de la négociation collective. Evolutions caractéristiques dans les pays européens occidentaux », RIDC 1979, vol. 31, n°4, p.779.

Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », SSL 2012, n°1533, p.7.

Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », Cah. Cons. Constit. 2010, n°29, p.193.

Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », Travail et Emploi, n°131, 2012, p.47.

Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale multi-professionnelle : la consécration du "second cercle" de représentation patronale », Dr. soc. 2014, p.217.

Pascal CAILLAUD, « Déclin ou renouveau des professions ? Une notion sous les feux de l'actualité juridique », Dr. soc. 2016, p.100.

Pascal LOKIEC, « Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance », Dr. ouv. 2018, p.142.

Pascal LOKIEC, « Revitaliser la représentation collective », Dr. soc. 2020, p.29.

Patrice ADAM, « La négociation des conventions et accords collectifs de travail - A propos de la gestation des volontés collectives », RJS 06/2016, chron.

Patrice ADAM, « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p.1039.

Patricia TOUCAS-TRUYEN et Olivier BONED, « Mutualité et entreprises mutualistes », in Economie Sociale et Solidaire, Robert Holcman (dir.), Dunod, Paris, 2015, p.39.

Patrick GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », Dr. soc. 1990, p.818.

Patrick MORVAN, « L'étrange codification d'un accord collectif : le hold up de l'ANI sur la mensualisation », JCP S 2008, 1266.

Patrick MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. soc. 2009, p.679.

Patrick QUINQUETON, « Comment passer de 700 à 100 branches ? », interview par Françoise CHAMPEAUX et Sabine IZARD, SSL 2015, n°1703, p.3.

Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p.42.

Paul DURAND, « La conclusion des conventions collectives de travail par les associations soumises à la loi du 1er juillet 1901 », Dr. soc. 1950, p.357.

Paul DURAND, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail », Dr. soc. 1950, p.93.

Paul DURAND, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail (Suite) », Dr. soc. 1950, p.155.

Paul DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », RTDciv. 1939, p.353.

Paul DURAND, « Le régime juridique des syndicats patronaux », Dr. soc. 1946, p.372.

Paul DURAND, « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives : les effets de l'arrêté d'extension », Dr soc. 1956, p.214.

Paul DURAND, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail (Fin) », Dr. soc. 1950, p.186.

Paul HUVELIN, « La réforme du CNPF », Revue des deux mondes 1970, n°6, p.514.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », Dr. soc. 2009, p.528.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », Dr. soc. 2014, p.233.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », Dr. soc. 2008, p.771.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2017, p.1027.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », Dr. soc. 2003, p.87.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », Dr. soc. 2007, p.459.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective et CPE : le jour d'après », Dr. soc. 2006, p.650.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! », SSL 2014, n°1630, p.8.

Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire ! », Dr. soc. 2018, p.868.

Paul-Henri ANTONMATTEI, Damien CHENU, Jean-Julien JARRY, Michel MORAND, Christine NEAU-LEDUC, « Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles de la négociation collective », RJS 12/2017, chron..

Philippe COURSIER, « Enjeux et mutations en matière de chômage ou la "flexisécurité sociale" », JCP S 2010, 1324.

Philippe DEBRUYNE, « Le paritarisme dans la formation professionnelle : déclin annoncé ou phœnix renaissant des flammes ? », Dr. soc. 2018, p.972.

Philippe LANGLOIS in Christophe RADE, Jacques BARTHELEMY, Philippe LANGLOIS, « L'interprofession en débat », SSL 2011, n°1512, p.4.

Philippe LANGLOIS, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », Dr. soc. 1975, p.283.

Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », Dr. soc. 1992, p.5.

Philippe LANGLOIS, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective », Dr. soc. 1991, p.933.

Philippe LANGLOIS, « Europe sociale et principe de subsidiarité », Dr. soc. 1993, p.201.

Philippe LANGLOIS, « La négociation collective au-delà du travail », Dr. soc. 2009, p.1037.

Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », Dr. soc. 1997, p.1023.

Philippe LANGLOIS, « La révision des accords collectifs de retraite après le jugement du Tribunal de grande instance de Paris 28 mars 1995 », Dr. soc. 1995, p.696.

Philippe LANGLOIS, « La séparation des pouvoirs en droit du travail », Dr. soc. 1979, p.339.

Philippe LANGLOIS, « L'intégration du régime bancaire dans les régimes complémentaires obligatoires », Dr. soc. 2001, p.875.

Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », Dr. soc. 2005, p.640.

Philippe LANGLOIS, « Une loi négociée », Dr. soc. 2008, p.346.

Philippe LANGLOIS, « La séparation des pouvoirs en droit du travail », Dr. soc. 1979, p.339.

Philippe PORTIER, « Restructuration des branches professionnelles : le point de vue de la CFDT », Dr. soc. 2018, p.879.

Philippe ROZEC, « La négociation de branche : enjeux et méthode au cœur de la réforme », JCP S 2016, 1302.

Pia VOISINE, « Comment fluidifier le processus de restructuration des branches ? », Dr. soc. 2018, p.884.

Pierre FRANCOUAL, « Le dialogue social au service de l'entreprise sociale et solidaire », RLDA 2013, supplément au n°88, p.49.

Pierre GAUDIER, « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », RDSS 2012, p.911.

Pierre JOXE, « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? », Revue « Après-demain » 2008, n°7, p.11.

Pierre MAYANCE, « Défendre " l'agriculture " ou les " employeurs agricoles " ? La FNSEA ou l'ambiguïté historique d'un syndicat " d'exploitants " », Savoir/Agir 2009, n°10, p.23.

Pierre RAMAIN, « Le rôle de la DGT dans l'accompagnement des branches », JCP S 2023, 1153.

Pierre RAMAIN, « Les attentes du ministère du Travail vis-à-vis des branches professionnelles après la crise sanitaire », JCP S 2022, 1118.

Pierre RODIERE, Bernard BOUBLI, Stéphane BEAL, Philippe MASSON, « La démocratie sociale est-elle en marche ? », SSL 2008, n°1370.

Pierre VOLOVITCH, « L'évolution des ressources de la protection sociale (1959-1999) », Revue de l'IRES 2001, n°37, p.3.

Pierre-Yves VERKINDT, « L'agrément des accords collectifs dans le secteur social et médico-social », RDSS 2014, p.20.

Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », Dr. soc. 2010, p.519.

Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », JCP S 2012, 1233.

Pierre-Yves VERKINDT, « "Territoire zéro chômeur de longue durée"- Acte II », Dr. soc. 2021, p.259.

Prodromos MAVRIDIS, « Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ? », Dr. soc. 1998, p.239.

Raymond SOUBIE, « La négociation collective : déclin ou renouveau », Dr. soc. 1984, p.671.

Raymond SOUBIE, « Quelques observations sur les accords "donnant-donnant" », Dr. soc. 1985, p.615.

Régis FRAISSE, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », Cah. Cons. Constit. 2012, n°35, p.37.

Rémi PELLET, « Étatisation, fiscalisation et budgétisation de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1995, p.296.

Rémi PELLET, « Étatisation, privatisation et fiscalisation de la protection sociale - Bilan pour contribuer à une "refondation radicale" (Première partie) », Dr. soc. 2020, p.658.

Rémi PELLET, « Étatisation, privatisation et fiscalisation de la protection sociale - Bilan pour contribuer à une "refondation radicale" (Seconde partie) », Dr. soc. 2020, p.750.

Rémi PELLET, « Fiscalité sociale : les contradictions des syndicats de salariés », Dr. soc. 2012, p.569.

Renaud GIROUDET, « De la reconnaissance de l'impact de la représentativité dans la mise en œuvre des textes conventionnels. A-t-on encore vraiment besoin du mécanisme de l'extension ? », JCP S 2023, 1154.

Robert BARON, « Nous avons un dialogue social de qualité dans l'ESS », Les idées en mouvements-Le mensuel de la ligue de l'enseignement, n°221, sept-oct. 2014, p.15.

Robert LAFORE, « À propos de la convention du 1^{er} janvier 2001 : où en est le paritarisme », Dr. soc. 2001, p.347.

Robert LAFORE, « Droit du travail et Sécurité sociale : la revanche de la protection sociale », Dr. soc. 2009, p.1076.

Robert LAFORE, « Le financement des ESSMS : un secteur en transformation, des enjeux structurels », RDSS 2022, p.662.

Rolande RUELLAN, « Qui est responsable de la Sécurité sociale ? », Dr. soc. 1995, p.718.

Sabine IZARD, « Une vision partagée du paritarisme de négociation », SSL 2022, n°1997, p.2.

Sabine IZARD, « La réforme des branches à grands pas », SSL 2015, n°1703, p.2.

Sabrina DOUGADOS et Sophie PELICIER-LOEVENBRUCK, « L'Ani du 7 janvier 2009 - L'intégration de la formation professionnelle dans le droit de l'emploi ? », SSL 2009, n°1387, p.3.

Sabrina DOUGADOS et Sophie PELICIER-LOEVENBRUCK, « La formation professionnelle en pratique », Dossier spécial, SSL 2010, n°1431.

Sébastien DARRIGRAND et Hugues VIDOR, « L'Udes ouvre les portes une à une », in « Dossier représentativité patronale - Gagner en légitimité », Directions 2016, n°147, p.26.

Sébastien DARRIGRAND, « Les mutations de l'UDES dans le dialogue social », JA 2014, n°504, p.15.

Sébastien DARRIGRAND, « Une large union des employeurs de l'économie sociale et solidaire : quels enjeux pour le secteur ? », JA 2013, n°480, p.16.

Sébastien MOLLA, « Structures d'insertion par l'activité économique : CDD d'insertion et autres dispositions », JCP S 2009, 1076.

Serge FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », Dr. soc. 2000, p.617.

Simon COTTIN-MARX et Matthieu HELY, « Naissance d'un patronat "responsable et engagé". L'économie sociale et solidaire en quête de représentativité patronale », Cadres 2021, n°488, p.13.

Simon COTTIN-MARX, « Le rôle du patronat associatif dans l'éclatement conventionnel de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif », Négociations 2022, n°38, p.121.

Simon COTTIN-MARX, « Naissance et unité du patronat associatif du secteur de l'animation », Travail et Emploi 2020, n°163, p.83.

Simon RIANCHO, « L'ANI du 10 février 2023, l'intéressement et la participation : des évolutions, avant la révolution ? », D. 2023, p.693.

Sophie BEROUD et Jean-Michel DENIS, « Le développement interprofessionnel de solidaires : entre volonté d'expérimentation et reproduction du "modèle" confédéral », Revue de l'IRES 2012, n°75, p.67.

Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », Travail et Emploi, n°131, 2012, p.8.

Sophie CHAUVEAU, « Négociation collective et politique contractuelle : le dialogue avec les forces sociales », in Jean-Paul Cointet et al. (dir.), Un politique : Georges Pompidou, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 2001, p.322.

Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », Dr. ouv. 2002, p.423.

Sophie NADAL, « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p.652.

Sophie NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport "Poisson" », RDT 2009, p.596.

Sophie NADAL, « La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p.110.

Sophie NADAL, « Organisations patronales représentatives : de quoi parle-t-on ? », RDT 2008, p.189.

Sophie NADAL, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », SSL 2004, n°1183, p.48.

Sophie NADAL, « Péril sur la conception de l'extension des accords collectifs de branche. Brefs propos sur l'une des dispositions du projet de loi relatif la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale », RDT 2014, p.196.

SSL 2013, n°1604, p.2, remise du rapport sur la réforme de la représentativité patronale le 23 octobre 2013.

Stéphane BEAL, « Difficultés d'interprétation de l'Ani du 11 janvier 2008 », SSL 2009, n°1386, p.3.

Stéphanie ARNAUD-MICHA, « Restructuration des branches : de la fusion à l'harmonisation », JCP S 2022, 1126.

Sylvain NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », RDT 2009, p.426.

Sylvain NIEL, « La représentativité patronale en débat », SSL 2013, n°1590-1591, p.7.

Sylvain NIEL, « Les conventions collectives de branche vont-elles disparaître ? », SSL 2019, n°1888-1889, p.4.

Sylvaine LAULOM, et Nathalie MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », RDT 2009, p.219.

Sylvie GUILLAUME, « La CGPME », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.1110.

Sylvie HENNION-MOREAU, « De l'absence d'agrément des conventions collectives dans le secteur sanitaire et social », RDSS 1995, p.343.

Thierry TAURAN, « Régimes spéciaux : réforme ou continuité ? », RDSS 2023, p.650.

U2P, « Notre indépendance est en danger », <https://u2p-france.fr>.

U2P, « Pour une représentativité patronale équilibrée », <https://u2p-france.fr>.

UDES, « Démocratie sociale : l'UDES défend ses propositions pour la représentativité des organisations patronales multiprofessionnelles du hors champ », communiqué de presse, Paris, le 22 janv. 2014.

UNAPL, « Rapport sur la représentativité patronale : L'UNAPL juge inacceptable l'inféodation des employeurs libéraux aux organisations déjà représentatives », communiqué de presse, Paris, 23 oct. 2013.

UNAPL, UDES, FNSEA, « L'UNAPL, l'UDES et la FNSEA demandent à être davantage impliquées dans le dialogue social national », communiqué de presse, 26 janv. 2016.

UPA et UNAPL, « 2,3 millions d'entreprises, l'Union des entreprises de proximité - U2P -, première force patronale du pays », communiqué de presse, 18 nov. 2016.

USGERES et SYNEAS, « L'Usgeres et le Synéas travaillent à la création d'une union de l'ensemble des employeurs de l'économie sociale et solidaire », communiqué de presse, Paris, 24 avr. 2013.

USGERES, « Critères de mesure de la représentativité patronale : l'Usgeres présente ses propositions », communiqué de presse, Paris, 6 juin 2013, www.usgeres.fr.

USGERES, « L'Usgeres devient l'UDES, l'union des employeurs de l'économie sociale et solidaire », communiqué de presse, Paris, 25 juin 2013.

Valérie BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », Dr. soc. 2015, p.960.

Valérie BERNAUD, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », Dr. soc. 2007, p.174.

Vincent BONNIN, « A la recherche de la branche », BS 12/10.

Vincent MERLE, « Un accord historique ? » Dr. soc. 2004, p.455.

Vincent VIET, « Paritarisme et négociation collective », in Jean-Claude Daumas (dir.), Dictionnaire historique des patrons Français, Flammarion, 2010, p.926.

Xavier PRETOT « La réorganisation de la Sécurité sociale : la clarification des pouvoirs et ses limites », RDSS 1996, p.825.

Xavier PRETOT, « De la convention du 1^{er} janvier 2001 et de son agrément par la puissance publique - Quelques réflexions », Dr. soc. 2001, p.364.

Xavier PRETOT, « Du régime CPPOSS aux régimes AGIRC et ARRCO », Dr. soc. 1997, p.179.

Xavier PRETOT, « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », JCP S 2010, 1023.

Xavier PRETOT, « L'abrogation de l'agrément des conventions collectives applicables au personnel des organismes de Sécurité sociale », Dr. soc. 1992, p.729.

Xavier PRETOT, « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », Dr. soc. 2008, p.316.

XXX, « L'adhésion, socle de la représentativité patronale », SSL 2013, n°1604, p.2 (act.).

XXX, « La crise de l'assurance chômage », Dr. soc. 2000, p.823.

XXX, « La situation des conventions collectives en agriculture », Dr. soc. 1951, p.252.

XXX, « Tableau des organisations syndicales admises à négocier les conventions collectives du travail », Dr. soc. 1947, p.378.

XXX, « Les modalités de saisine du groupe d'experts en matière d'extension », SSL 2017, n°1796, p.3.

XXX, « Note documentaire sur l'œuvre accomplie par la Commission supérieure des conventions collectives », Dr. soc. 1947, p.367.

Yann DELBREL, « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail », Dr. soc. 2019, p.334.

Yann LEROY, « Accord national interprofessionnel : de la loi négociée à la loi contestée », Civitas Europa 2014, n°33, p.71.

Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », Droit et société 2011, n°79, p.715.

Yannick MOREAU, « La mise en œuvre de l'article L. 1 : difficultés et perspectives - Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », Dr. soc. 2010, p.511.

Yannick PAGNERRE et Emeric JEANSEN, « L'obligation de négocier, de la loi au contrat collectif », JCP S 2017, 1314.

Yannick PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou "l'éthique syndicale" », JCP S 2009, 1050.

Yannick PAGNERRE, « Les accords de performance collective », Dr. soc. 2018, p.694.

Ylias FERKANE, « Le paritarisme à l'épreuve de l'universalisation de la protection sociale », RFAS 2018, n°4, p.103.

Yves GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », RFDA 1990, p.764.

Yves NICOLAS, « Le rôle du commissaire aux comptes dans les organisations syndicales », Dr. soc. 2014, p.251.

Yves STRUILLLOU, « Les branches sont désormais très mobilisées dans leur restructuration », Liaisons soc. quotidien, act., n°17647, 10 sept. 2018, p.1.

Yves STRUILLLOU, « Extension : le contrôle va évoluer pour mieux appréhender ses conséquences », Liaisons soc. quotidien, act., n°17919, 16 oct. 2019, p.1.

Yves STRUILLLOU, Directeur Général du Travail, Avant-propos in « La négociation collective en 2018 », Edition 2019, Ministère du Travail (DGT et DARES), p.11.

CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES ET ACTES DE COLLOQUES

Alain BOUILLOUX, « Les équivoques de l'assurance chômage », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p.131.

Albert ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.401.

Charly HANNOUN et Stéphane VERNAC, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », *A droit ouvert*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, 2018, p.423.

Georges BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.429.

Georges PICCA, « Entreprise et unité économique et sociale », *Sur l'entreprise et le droit social*, Etudes offertes à Jacques Barthélémy, *Droit du travail et de la sécurité sociale*, hors série, 1994, p.9.

Gérard LYON-CAEN, « Essai sur la singularité du droit français des luttes du travail », *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie Economique et sociale, 1974, p.337.

Gérard LYON-CAEN, « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (Réalités et illusions) », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001, p.81.

Gérard VACHET, « La fonction organisationnelle de la convention collective », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p.559.

Isabelle DESBARATS, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.75.

Jacques BARTHELEMY, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p.27.

Jean PELISSIER, « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001, p.95.

Jean PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.389.

Jean SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.179.

Jean SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », Etudes de droit du travail offertes à André Brun, Librairie Economique et sociale, 1974, p.527.

Jean-Emmanuel RAY, « La négociation collective », introduction au colloque sur la Démocratie syndicale, Doc. d'information de l'An 2000, n°2323, p.34.

Jean-Emmanuel RAY, « La négociation d'entreprise : quel avenir ? », Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.445.

Jean-Maurice VERDIER, « Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », Etudes dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p.569.

Jean-Maurice VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », Etudes de droit du travail offertes à André Brun, Librairie Economique et sociale, 1974, p.571.

Jean-Michel OLIVIER, « Rapport de synthèse » (actes du colloque organisé, le 10 avril 2009, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II) sur le thème « La rénovation de la démocratie sociale »), Dr. soc. 2009, p.687.

La « nouvelle entreprise » : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire - actes du colloque du Centre de droit des affaires, équipes EJERIDD et GROG, université toulouse capitole, le 30 novembre 2012, RLDA 2013, supplément au n°88.

La légitimité de la norme en droit du travail, actes du colloque organisé par l'Ecole de droit de Clermont-Ferrand le 13 octobre 2017, Dr. soc. 2018, p.118.

Les périmètres d'application du droit du travail – actes du colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux - 2 mars 2018, Dr. ouv. 2018, p.533.

Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, « [Actes de colloques] La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises ou loi " PACTE " : vers un nouveau partage de la valeur ? », Lexbase Affaires 2019, n°597.

Michel ABHERVE, « Les difficultés de structurer le dialogue social en ESS », XI^e rencontres du Réseau inter-universitaire de l'économie sociale et solidaire, Faculté de Droit et des Sciences Sociales Poitiers, Juin 2011, p.2.

Michel DESPAX, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p.267.

Philippe LANGLOIS, « Les accords de prévoyance », Sur l'entreprise et le droit social, Etudes offertes à Jacques Barthélémy, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.55.

Philippe LANGLOIS, « Partenaires sociaux et régimes nationaux de protection sociale », Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001, p.67.

Philippe LANGLOIS, « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », A droit ouvert, mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, 2018, p.511.

Renato BALZARINI, « Les syndicats et l'Etat : quelques réflexions », Etudes de droit du travail offertes à André Brun, Librairie Economique et sociale, 1974, p.47.

René de QUENAUDON et Corinne SACHS-DURAND, « La réception de la RSE par le Code du travail », A droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, 2018, p.815.

Xavier PRETOT, « L'agrément des conventions et accords dans le droit du travail et de la protection sociale », Sur l'entreprise et le droit social, Etudes offertes à Jacques Barthélémy, Droit du travail et de la sécurité sociale, hors série, 1994, p.65.

NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

Anne COURREGES, « Aménagement du temps de travail dans le secteur du remorquage portuaire » (concl. CE, 21 mai 2008), Dr. soc. 2008, p.794.

Anne COURREGES, concl. CE, 21 nov. 2008, SSL 2009, n°1384, p.6.

Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public, concl. CE, 14 mars 2022, n°452870, n°452948, n°456822 (<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2022-03-14/452870>).

Bertrand MATHIEU, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail - Observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 », D. 2003, p.638.

Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective - A propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », D. 1997, p.152.

Bruno GENEVOIS, concl. CE, 25 mai 1979, Lebon 1979, p.242.

CA, Basse-Terre, 18 fév. 2019, ch. soc.

CA, Basse-Terre, 18 nov. 2013, ch. soc.

CA, Nancy, 30 août 2017, n°16/02668, RJS 2017, n°731 ; FRS 18/17, p.8.

CA, Paris, 19 déc.1994, 1e ch. A, CSNRBD c/ FICG et autres, RJS 1995, n°346.

CA, Paris, 1^{er} fév. 2017, n°15/05990.

CA, Paris, 9 févr. 2006, SSL 2006, n°1273, note Pierre RODIERE.

CA, Pau, 3 oct. 2011, n°s 4405/11, 10/04592, JurisData n°2011-023361.

CA, Rennes, 2 sept. 2016, n°14/03330, FRS 27/16, p.23, note Jeannie CREDOZ-ROSIER.

CA, Saint-Denis de la Réunion, 19 déc. 2017, ch. soc., NP.

CA, Versailles, 20 mai 2014, n° 12/02809.

CAA, Paris, 5 déc. 2022, n°s 22PA00280, 22PA00294.

CAA, Paris, 8°ch., 25 juin 2012, n°11PA01477.

Cass soc., 24 oct. 2012, n°s 11-23418, 11-23419, 11-23420, NP.

Cass. ch. réun., 5 avr. 1913, D. 1914, I. 65.

Cass. civ., 12 mars 2020, RJS 2020, n°247.

Cass. crim., 23 avr. 1970, D. 1970, p.444.

Cass. soc., 10 fév. 1960, n°58-40.314.

Cass. soc., 10 fév. 2010, n°08-41109, NP.

Cass. soc., 10 fév. 2021, D. 2021, p.289 ; RJS 2021, n°229 ; RDT 2021, p.329, obs. Sophie NADAL ; Dr. soc. 2021, p.346, étude Paul-Henri ANTONMATTEI, Laurianne ENJOLRAS, Christophe MARIANO ; JCP G 2021, 233, obs. Nathalie DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

Cass. soc., 10 mai 1994, RJS 1994, n°735 ; Dr. soc. 1994, p.718, obs. Gilles BELIER.

Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-17.574.

Cass. soc., 10 mars 2010, notes Franck PETIT, « L'application dans le temps de la réforme de la représentativité syndicale », JCP G 2010, 421 ; Marie-Laure MORIN, « La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », Dr. soc. 2010, p.548 ; Laurence PECAUT-RIVOLIER et Grégoire LOISEAU, « L'entre-deux de la représentativité syndicale », SSL 2010, n°1438.

Cass. soc., 12 déc. 2016, n°16-25.793, D. 2016, p.2576 (note explicative Cour de cassation) ; JCP S 2017, 1034, note Yannick PAGNERRE ; Dr. soc. 2017, p.180, note Jean MOULY.

Cass. soc., 12 fév. 1985, Bull. civ., V, n°96.

Cass. soc., 12 juil. 1994, n°s3294 et 3295, RJS 1994, n°1007 ; Dr. soc. 1994, p.812.

Cass. soc., 12 mars 2003, RJS 05/2003, n°585.

Cass. soc., 12 oct. 2006, JCP S 2007, 1008, comm. Bernard GAURIAU ; RDT 2007, p.188, note Sophie NADAL.

Cass. soc., 12 sept. 2007, Bull. Civ., V, n°128.

Cass. soc., 13 avr. 1999, obs. Georges BORENFREUND, Dr. soc. 1999, p.643.

Cass. soc., 13 fév. 2013, Dr. soc. 2013, p.374, obs. Franck PETIT ; RDT 2013, p.418, obs. Isabel ODOUL-ASOREY, JCP S 2013, 1164, note Émeric JEANSEN et Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., 13 juin 2019, n°18-14.981, D. 2019, p.1291 ; p.2153, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; Lexbase soc. 2019, n°792, note Julien ICARD ; JCP S 2019, 1248, note Emeric JEANSEN.

Cass. soc., 13 oct. 2010, n°10-60.130, JCP S 2010, 1493, obs. Yannick PAGNERRE ; RDT 2010, p.728, note Hélène TISSANDIER ; D. 2011, p.289, obs. L. PERRIN et note Franck PETIT ; Dr. soc. 2011, p.112, obs. Christophe RADE.

Cass. soc., 14 fév. 2007, RJS 2007, n°640.

Cass. soc., 14 mars 2018, n°17-21.434, D. 2018, p.622 ; RDT 2018 p.389, obs. Clément COUËDEL ; RJS 2018, n°343 ; JCP S 2018, 1155, note Bernard GAURIAU.

Cass. soc., 14 nov. 2007, JCP S 2008, 1105.

Cass. soc., 14 nov. 2012, n°12-14.780, D. 2012, p.2745 ; Dr. soc. 2013, p.73, obs. Franck PETIT.

Cass. soc., 14 nov. 2013, D. 2014, p.2374, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; Dr. soc. 2014, p.84, obs. Christophe RADE ; p.180, obs. Franck PETIT ; RDT 2014, p.127, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; Dr. ouv. 2014, p.135, note F. CANUT ; Lexbase soc. 2013, n°549, obs. Christophe RADE.

Cass. soc., 15 fév. 1995, RJS 1995, n°311.

Cass. Soc., 15 mars 2017, JCP S 2017, 1184, note Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., 16 déc. 2020, n°19-20.069, Lexbase soc. 2021, n°850, obs. Stéphane VERNAC.

Cass. soc., 16 mai 1990, n°89-61452.

Cass. soc., 16 mars 1978, Bull. civ., V, n°211, p.158.

Cass. Soc., 16 mars 2005, RJS 2005, n°547 ; JCP E 2005, 699, comm. Franck HEAS ; Dr. soc. 2005, p.640, note Philippe LANGLOIS ; SSL 2005, n°1213, note Odile GOUEL ; Lexbase La lettre juridique, mars 2005, note Stéphanie MARTIN-CUENOT.

Cass. soc., 16 nov. 2005, JCP S 2006, 1218, note Christine NEAU-LEDUC.

Cass. soc., 17 janv. 1996, Dr. soc. 1996, p.643, obs. Jacques BARTHELEMY.

Cass. soc., 17 juil.1956, D. 1957, p.509, note Jean BRETHER DE LA GRESSAYE.

Cass. soc., 17 oct. 1991, Dr. soc. 1992, p.452, note Jacques BARTHELEMY.

Cass. soc., 17 sept. 2003, RJS 2003, n°1297.

Cass. soc., 18 janv. 2000, RJS 2000, n°307.

Cass. soc., 18 juil. 2000, RJS 11/2000, n°1117.

Cass. soc., 18 mai 2011, Dr. soc. 2011, p.1002, obs. Franck PETIT.

Cass. soc., 18 mai 2011, JCP S 2011, 1404, comm. Jean-Yves KERBOURC'H.

Cass. soc., 18 nov. 1998, Dr. soc. 1999, p.104, obs. Jacques BARTHELEMY.

Cass. soc., 18 oct. 1972, Bull. civ., V, n°558, p.507.

Cass. soc., 18 oct. 2006, RJS 2007, n°88.

Cass. soc., 19 avr. 1963, Dr. soc. 1964, p.194, obs. Jean SAVATIER.

Cass. soc., 19 déc. 1972, D. 1973, p.381, note Michel DESPAX.

Cass. Soc., 19 fév. 2014, D. 2014, p.547 ; RJS 2014, n°412 ; Dr. soc. 2014, p.648, étude Julien ICARD ; RDT 2014, p.272, obs. Manuela GREVY ; JCP S 2014, 1121, étude Émeric JEANSEN et Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., 19 janv. 1984, Bull. civ., V, n°29, p.23.

Cass. soc., 1^{er} fév. 1995, RJS 1995, n°450.

Cass. soc., 1^{er} juin 1976, Dr. ouv. 1976, p.234.

Cass. soc., 2 juil. 2014, n°13-14.622, D. 2014, p.1503 ; Dr. soc. 2014, p.864, obs. Paul-Henri ANTONMATTEI, RJS 2014, n°716 ; RDT 2014, p.701, obs. Georges BORENFREUND ; JSL 2014, n°373, obs. Caroline MO.

Cass. soc., 20 avr. 2017, n°15-22.944.

Cass. soc., 20 oct. 2011, n°11-60.203, D. 2011, p.2733, obs. B. INES ; D. 2012, p.2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; Dr. soc. 2012, p.258, chron. Gaëlle DUMORTIER, Claire LANDAIS, Maud VIALETTES et Yves STRUILLLOU ; Dr. soc. 2011, p.1310, obs. Franck PETIT ; RJS 2012, n°55.

Cass. soc., 21 nov. 2006, RJS 2007, n°252.

Cass. soc., 21 oct. 2009, JCP S 2010, 1039, comm. Alexis BUGADA.

Cass. soc., 21 oct. 2020, D. 2020, p.2069 ; JCP S 2020, 3083, note Bernard GAURIAU ; Dr. soc. 2021, p.84, obs. Franck PETIT ; RDT 2021, p.63, note Barbara GOMES.

Cass. soc., 22 fév. 2017, n°16-60.123, Lexbase soc. 2017, n°690, note Christophe RADE ; JCP S 2017, 1108, note Yannick PAGNERRE ; JCP E 2017, 1208, obs. Gwennhaël FRANCOIS.

Cass. soc., 23 juil. 1980, n°80-60.202.

Cass. soc., 23 juin 2009, JCP S 2009, 1505, note Joël GRANGE.

Cass. soc., 23 nov. 1999, D. 2000, p.292 ; Dr. soc. 2000, p.322, concl. Philippe de CAIGNY ; RDSS 2000, p.212, étude Fabienne MULLER.

Cass. soc., 25 nov. 1992, Bull. civ., V, n°573, p. 361.

Cass. soc., 26 fév. 2020, n°19-19.397 et n°19-19.492, JCP S 2020, 2000, note Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., 26 janv. 2012, RJS 2012, n°374.

Cass. soc., 26 juin 2012, D. 2012, p.1830 ; JCP S 2012, 1448, note Jérôme DANIEL.

Cass. soc., 27 janv. 2010, Bull. civ., V, n°22, p.25.

Cass. soc., 27 juin 2018, RJS 2018, n°592 ; FRS 16/18, p.5 ; 21/18, p.15, note Jeannie CREDOZ-ROSIER et Inès MAROIE.

Cass. soc., 27 nov. 2019, D. 2019, p.2305 ; JCP E 2019, act. 805 ; JCP G 2019, 1333, obs. Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; RJS 2020, n°103 ; JCP G 2020, 25, note Stéphane BRISSY ; JSL 2020, n°490, p.4, obs. Marie HAUTEFORT.

Cass. soc., 27 sept. 2017, n°16-60.238, JCP S 2017, 1371, note Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., 28 juin 1978, Bull. civ., V, n°534, p.400.

Cass. soc., 28 nov. 2001, RJS 2002, n°150.

Cass. soc., 28 sept. 2011, n°10-26.545, RJS 2011, n°994.

Cass. soc., 29 fév. 2012, n°11-13.748, D. 2012, p.687 ; p.2622, note Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; RDT 2012, p.299, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; Dr. soc. 2012, p.528, obs. Laurence PECAUT-RIVOLIER ; JCP S 2012, 1168, note Bernard GAURIAU.

Cass. soc., 29 mai 1972, obs. Jean SAVATIER, Dr. soc. 1973, p.587.

Cass. Soc., 29 mai 1986, Bull. civ., V, n°268.

Cass. soc., 3 avr. 2019, D. 2019, p.766 ; D. 2019, p.963, comm. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; JCP S 2019, 1134, note Grégoire LOISEAU ; JCP S 2019, 1135, note Joël CAVALLINI ; JCP G 2019, 519, note Gérard VACHET ; JCP G 2019, 520, note Jérôme DANIEL ; Dr. soc. 2019, p.447, comm. Christophe RADE ; Dr. soc. 2019, p.559, note Jean-Emmanuel RAY ; SSL 2019, n°1858, note Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE et Laurent MARQUET DE VASSELOT ; JCP S 2020, 1078, étude Anne BERRIAT.

Cass. soc., 3 déc. 2002, comm. Jean-Maurice VERDIER, « Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », Dr. soc. 2003, p.298.

Cass. soc., 3 juin 2015, RJS 2015, n°564 ; D. 2015, p.1276 et p.1384, chron. Emmanuelle WURTZ, Fanélie DUCLOZ, Catherine SOMME, Sabine MARIETTE et Nathalie SABOTIER ; Dr. soc. 2015, p.746, obs. Jean MOULY ; RDT 2015, p.458, obs. Gilles AUZERO ; Légipresse

2015, p.396 et p.480, comm. Frédéric GRAS ; Cah. soc. juill. 2015, n°116q4, p.375, obs. Julien ICARD.

Cass. soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, D. 2010, p.712 ; RJS 2010, n°445 ; Dr. soc. 2010, p.722, obs. Franck PETIT ; JCP E 2010, 1570, note Patricia POCHET.

Cass. soc., 3 mars 2015, RJS 2015, n°355.

Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-40.072, RJS 2012, n°268 ; D. 2012, p. 2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; Dr. soc. 2012, p.258, chron. Gaëlle DUMORTIER, Claire LANDAIS, Maud VIALETES et Yves STRUILLOU ; Dr. soc. 2012, p.205, obs. Laurence PECAUT-RIVOLIER.

Cass. soc., 30 sept. 2020, D. 2020, p.1959 ; BJT nov. 2020, n°114g9, p.20, note Julien ICARD.

Cass. soc., 31 janv. 1996, RJS 1996, n°313.

Cass. soc., 31 mai 2011, n°10-14.391, D. 2011, p.1624, obs. Barbara INES ; D. 2012, p.2622, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; Dr. soc. 2011, p.1132, obs. Franck PETIT ; RDT 2011, p.513, obs. Hélène TISSANDIER ; RJS 2011, n°716 ; JCP S 2011, 1405, note Bernard BOSSU ; Dr. ouv. 2011, p.748, note Cyril WOLMARK.

Cass. soc., 31 mai 2006, JCP S 2007, 1009 note Françoise BOUSEZ.

Cass. soc., 4 déc. 2007, RJS 2008, n°206, Dr. soc. 2008, p.460, note Philippe LANGLOIS ; RDT 2008, p.189, obs. Sophie NADAL.

Cass. Soc., 4 juil. 2018, n°17-20.710, D. 2018, p.1499 ; p.2203, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; RDT 2018, p.774, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; JCP S 2018, 1296, note Bernard GAURIAU.

Cass. soc., 4 mars 2009, JCP G 2009, 10082, note Danielle CORRIGNAN-CARSIN ; JCP S 2009, 1190, note Pierre-Yves VERKINDT ; RDT 2009, p.306, obs. Jean-Yves FROUIN ; SSL 2009, n°1391, p.11.

Cass. soc., 5 avr. 1995, D. 1995, p.367, obs. Irène DE LAUNAY-GALLOT ; D. 1995, p.503, note Marianne KELLER ; Dr. soc. 1995, p.482, note Philippe WAQUET ; Dr. soc. 1995, p.489, note Gérard LYON-CAEN.

Cass. soc., 5 janv. 2022, n°21-13.141, JCP S 2022, 1058, note Bernard GAURIAU.

Cass. soc., 5 juil. 1977, Bull. civ., V, n°457, p.361

Cass. soc., 5 mai 1998, obs. Jean SAVATIER, Dr. soc. 1998, p.726.

Cass. soc., 5 mai 2021, JCP E 2021, act. 362 ; JCP S 2021, 1190, comm. Jean-Philippe TRICOIT ; Dr. soc. 2021, p.748, obs. Jean MOULY ; BJT juin 2021, n°200f7, p.16, note Julien ICARD.

Cass. soc., 5 mars 2008, n^{os} 06-44.829 et 06-44.830.

Cass. soc., 5 nov. 1986, Bull. civ., V, n°513, p.389.

Cass. soc., 6 avr. 2011, n°10-16.203, Bull. civ., V, n°91.

Cass. soc., 6 avr. 2016, RJS 2016, n°438.

Cass. soc., 7 avr. 2004, RJS 2004, n°724 ; Dr soc. 2004, p.675 obs. Christophe RADE.

Cass. soc., 7 janv. 1970, Dr. ouv. 1970, p.120

Cass. soc., 7 juil. 1983, Dr soc. 1984, p.86, note Jean SAVATIER.

Cass. soc., 7 nov. 1973, n°72-40.456.

Cass. soc., 8 juil. 2009, Cah. Soc. 2009, n°213, p.210, obs. Saïda NOUREDINE.

Cass. soc., 8 juil. 2009, n°08-60.599, Dr. soc. 2009 p.950, rapport Laurence PECAUT-RIVOLIER et obs. Marie-Laure MORIN ; JCP S 2009, 1364, note Yannick PAGNERRE ; D. 2010, p. 342, obs. Florence DEBORD.

Cass. soc., 8 nov. 2006, Dr. soc. 2007, p.119 obs. Jean SAVATIER.

Cass. soc., 9 déc. 1982, Bull.civ., V, n°700, p.515 ; D. 1984, IR. p.255, obs. Jean-Maurice VERDIER.

Cass. soc., 9 juin 1999, n°2708, RJS 1999, n°939.

Cass. soc., 9 juin 2021, Bull. civ., V, n°6, p.449.

Cass. soc., 9 juin 2021, D. 2021, p.1137 ; RJS 2021, n°472.

Cass. soc., 9 mai 2006, RDT 2006, p. 98, obs. Philippe WAQUET.

Cass. soc., 9 sept. 2016, n°16-20.575, JCP S 2016, 1365, note Lydie DAUXERRE.

Cass. soc., 9 sept. 2016, n°16-20.605, Dr. soc. 2016, p.966, obs. Jean MOULY ; RDT 2016, p.715, obs. Isabel ODOUL-ASOREY ; JCP S 2016, 1343, note Yannick PAGNERRE.

Cass. soc., QPC, 16 juin 2021, RJS 2021, n°459 ; RDT 2021, p.593, obs. Lou THOMAS.

Cass., ch. mixte, 10 avr. 1998, D. 1998, p. 389, note Antoine JEAMMAUD ; Dr soc. 1998, p.565, rapp. Jean MERLIN ; AJFP 1998, p.82, obs. Francis MALLOL.

Cass., Lettre de la chambre sociale, n°10, mai/juin/juillet 2021, <https://www.courdecassation.fr>.

Cass., notice explicative relative à l'arrêt n°213 du 10 février 2021 / Pourvoi n°19-13.383–Chambre sociale, <https://www.courdecassation.fr>.

CE, 10 juil. 1992, n°s 105440, 106591, 110194, 121353, Lebon 1992.

CE, 10 juil. 2015, n° 376775 et 376867 (inédit).

CE, 11 avr. 1964, Lebon 1964, p.275.

CE, 11 janv. 1963, Dr. soc. 1963, p.397.

CE, 11 juil. 2014, AJDA 2014, p.2042 ; RJS 2014, n°801 ; JT 2014, n°168, p.13, obs. Delphine RIEUBON.

CE, 13 juil. 1966, n°62931, Lebon 1966.

CE, 13 juil. 2007, JCP S 2008, 1278, note Arnould NOURY.

CE, 13 mai 1938, n°57302.

CE, 14 mars 2022, n°452870, JCP S 2022, act., 157.

CE, 14 nov. 2018, n°406007, Lebon 2018, Lexbase-Le Quotidien, 19 nov. 2018, obs. Charlotte MORONVAL ; JCP S 2019, 1024, note Yannick PAGNERRE.

CE, 14 oct. 1996, RJS 1997, n°187.

CE, 15 déc. 1978, D. 1979, I.R., p.332, obs. Philippe LANGLOIS.

CE, 15 juil. 1958, Lebon 1958, p.460.

CE, 15 mai 2006, RDT 2006, p.326, obs. Sophie NADAL.

CE, 16 avr. 2021, n°434192, Lebon 2021.

CE, 16 janv. 2002, RJS 2002, n°468 et p. 308, concl. Pascale FOMBEUR.

CE, 17 déc. 1993, n°s 137262, Lebon 1993 et 141697, inédit.

CE, 17 janv. 1986, n°55.509, Syndicat national des importateurs de matériels de bureau et d'informatique, Lebon, p.11 ; D. 1986, I.R., p.247 ; D. 1988, somm., p.78, 2^{ème} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT.

CE, 17 janv. 1986, n°55.693, Syndicat national des grossistes en confiserie, biscuiterie, chocolaterie et alimentation fine, Lebon, p.9 ; D. 1988, somm., p.78, 1^{ère} espèce, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT.

CE, 17 janv. 1986, n°s 55-717 et 57-404 (décision jointe), inédit.

CE, 17 janv.1986, n°55.715, inédit.

CE, 17 juin 2002, n°s 226936 et 227145, Lebon 2002.

CE, 18 juil. 2018, n°406516, Lebon 2018 ; BJT sept. 2018, n° 110c1, p.41, obs. Gilles AUZERO ; Lexbase soc. 2018, n°752, obs. Christophe RADE.

CE, 18 oct. 2006, RDT 2007, p.118, obs. Sophie NADAL.

CE, 18 sept. 2019, RDT 2020, p.62, concl. Frédéric DIEU.

CE, 19 déc. 1952, Dr. soc. 1953, p.542.

CE, 19 fév. 1982, concl. Philippe DONDOUX, Dr. soc. 1982, p.569.

CE, 19 mars 1997, RJS 1997, n°575.

CE, 2 janv. 1959, Dr. soc. 1960, p.42, note Paul DURAND.

CE, 2 mars 1962, Confédération Nationale Artisanale, Dr. soc. 1962, p.544, concl. Pierre NICOLAY ; D. 1962, p.740, note Jean-Jacques DUPEYROUX.

CE, 2 mars 1962, Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires, Dr. soc. 1962, p.346, concl. Pierre NICOLAY.

CE, 2 mars 1962, Union des Chambres syndicales de miroitiers, Dr. soc. 1962, p.604, concl. Pierre NICOLAY.

CE, 2 mars 2011, n°313189, concl. Claire LANDAIS, RJS 06/2011 ; RJS 2011, n°537 ; AJDA 2011, p.1046 ; RDT 2011, p.582, obs. Sophie NADAL.

CE, 2 nov. 1973, n°82247, Dr. soc. 1974, p.469, obs. Jean SAVATIER.

CE, 20 mai 1988, n°74551.

CE, 20 oct. 2017, RJS 2018, n°60.

CE, 21 janv. 2021, n°418617, inédit.

CE, 21 juil. 1970, Dr. soc. 1971, p.112, note Jean-Claude VENEZIA.

CE, 21 mai 2008, Dr. soc. 2008, p.794, concl. Anne COURREGES ; AJDA 2008, p.1689, note Aurélien ANTOINE ; AJDA 2009, p.521, chron. Laurent RICHER, Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY.

CE, 21 nov. 2008, concl. Anne COURREGES, SSL 2009, n°1384, p.6 ; RJS 2009, n°386.

CE, 22 nov. 2021, n°431275, Lebon 2021 ; Lexbase soc. 2021, n°886, obs. Charlotte MORONVAL ; Lexbase soc. 2022, n°890, note Yannick PAGNERRE ; BJT fév. 2022, n°200z2, p.13, note Christophe MARIANO ; Gaz. Pal., 30 nov. 2021, n°42, p.39, obs. Nathalie FINCK et Samuel SEROC.

CE, 22 nov. 2021, n°431927, Lebon 2021, JCP S 2021, act., 546 ; JCP G 2022, 187, obs. Jean-Philippe TRICOIT ; Lexbase soc. 2022, n°898, note Xavier AUMERAN.

CE, 23 mars 2012, RJS 2012, n°582 ; D. 2012, p.1012, obs. Séverine BRONDEL ; RDT 2012, p.376, obs. Hélène TISSANDIER ; AJDA 2012, p.620, obs. Séverine BRONDEL ; AJDA 2012, p.1583, note Emmanuelle MARC.

CE, 24 oct. 1984, n°26398.

CE, 25 nov. 1991, n°115993.

CE, 26 mars 2004, n°253534, Lebon 2004.

CE, 26 oct. 1988, n°64675.

CE, 26 oct. 2012, n°336737, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 28 avr. 1989, RJS 1989, n°705.

CE, 29 déc. 1997, n°152421, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 29 juin 2011, n°332562, inédit.

CE, 3 avr. 1998, RJS 1998, n°887.

CE, 3 juin 1983, D. 1984, I.R., p.367, 1^{ère} espèce, obs. Philippe LANGLOIS.

CE, 3 mars 1939, Dr. soc. 1939, p.377.

CE, 30 avr. 2003, AJDA 2003, p.1150, note Francis DONNAT et Didier CASAS ; AJDA 2003, p.1849, note Pierre SUBRA DE BIEUSSES ; D. 2004, p.1702, obs. Xavier PRETOT et Dominique CHELLE ; Dr. soc. 2003, p.999, note Paul-Henri ANTONMATTEI et Stéphane DESTOURS ; RTD com. 2003, p.490, obs. Gilbert ORSONI ; Dr. ouv. 2003, p.261, étude Gérard LYON-CAEN.

CE, 30 déc. 2013, n°352901, Lebon 2013 ; Lexbase soc. 2014, n°555, comm. Gilles AUZERO.

CE, 30 juin 2003, Dr. soc. 2003, p.1112, concl. Pascale FOMBEUR ; RJS 2003, n°1197 ; D. 2004, p.1701, note Xavier PRETOT et Dominique CHELLE.

CE, 30 juin 2006, n°263752, JCP S 2006, 1609, note Lydie DAUXERRE.

CE, 30 mars 2016, n°384903 et 384904, Lebon 2016, concl. Jean LESSI.

CE, 30 nov. 1992, Dr. soc 1993, p.355, concl. Jean-Claude BONICHOT ; Dr. soc. 1993, p.359, note Jacques BARTHELEMY.

CE, 30 sept. 1983, D. 1984, I.R., p.367, 2^{ème} espèce, obs. Philippe LANGLOIS.

CE, 31 déc. 2008, n°311501, mentionné aux tables du recueil Lebon.

CE, 31 mai 2002, n°229574, Lebon 2002.

CE, 4 déc. 1957, Lebon 1957, p.649.

CE, 4 juil. 2012, n°337698, RJS 2012, n°890.

CE, 4 mars 1960, Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires, Dr. soc. 1960, p.342, concl. Pierre NICOLAY.

CE, 4 mars 1960, Société anonyme Le Peignage de Reims, Dr. soc. 1960, p.274, concl. Pierre NICOLAY.

CE, 4 mars 1987, D. 1989, somm., p.67, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT ; Dr. ouv. 1987, p.394, note F. ROCHOIS.

CE, 4 mars 2009, Dr. soc. 2009, p.821, concl. Anne COURREGES ; JCP S 2009, 1297, note François DUMONT.

CE, 4 nov. 2020, n^{os}434518 et 434519, Lebon 2020 ; BJT déc. 2020, n^o114k4, p.44, note Florence BERGERON-CANUT.

CE, 5 nov. 2004, n^o257878, Dr. soc. 2004, p.1098, concl. Jacques-Henri STAHL ; RDP 2005, p.919, note Guillaume TUSSEAU.

CE, 6 avr. 2022, n^o434612, Lebon 2022 ; JCP S 2022, act., 195 ; BJT juin 2022, n^oBJT201k2, p.29, note Christophe MARIANO.

CE, 6 avr. 2022, n^o439658, Lebon 2022 ; JCP S 2022, act., 195 ; AJDA 2022, p.2213 ; BJT juin 2022, n^oBJT201k2, p.29, note Christophe MARIANO.

CE, 6 avr. 2022, n^o444460, RDT 2022 p.307, note Frédéric GEA ; SSL 2022, n^o1997, p.5, concl. Raphaël CHAMBON.

CE, 6 déc. 2006, n^o273773, inédit.

CE, 6 nov. 1970, n^o74192, Lebon 1970, p.659.

CE, 6 nov. 2000, RJS 2001, n^o321 ; RJS 2001, p.199, concl. Pascale FOMBEUR ; D. 2001, p.1915, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT.

CE, 6 sept. 2013, Dr. soc. 2013, p.1016, note Nicole MAGGI-GERMAIN ; RDT 2013, p.778, obs. Hélène TISSANDIER ; SSL 2013, n^o1604, p.11, note Franck HEAS.

CE, 7 mai 2015, RJS 2015, n^o581.

CE, 7 mars 1986, D. 1988, somm., p.78, obs. Dominique CHELLE et Xavier PRETOT.

CE, 8 déc. 2000, Dr. soc. 2001, p.518, concl. Isabelle DE SILVA.

CE, 8 oct. 2012, n^o343082.

CE, 9 fév. 2005, n^o276064, RJS 2005, n^o757.

CE, 9 nov. 1979, Lebon, p.412.

CE, 9 nov. 2007, n^o257252.

CE, 9 nov. 2015, n^o392476.

CE, avis du 1^{er} mars 1951, Dr. soc. 1951, p.252.

CE, avis du 22 mars 1973, Ass. Gén., Dr. soc. 1973, p.514.

CE, avis du 23 nov. 1978, Dr. soc. 1979, p.259, obs. Michel DESPAX.

CE, avis du 26 oct. 1937, Dr. soc. 1938, p.92, note Pierre-Henri TEITGEN.

CE, Juge des référés, 7 juil. 2017, n°410460, inédit au recueil Lebon.

CE, Section, 3 nov. 1997, RFDA 1997, p.1228, concl. Jacques-Henri STAHL ; AJDA 1997, p. 945, note Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD.

Christophe MARIANO, « Représentativité patronale : la lecture compréhensive du critère d'influence », note sous CE, 22 nov. 2021, BJT fév. 2022, n°200z2, p.13.

Claire LANDAIS, « La représentativité des organisations patronales », RJS 2011, études et chron., p.453, concl. CE, 2 mars 2011.

Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC, RJS 1998, n°939 ; AJDA 1998, p.495, note Jean-Eric SCHOETTL.

Cons. const., 13 janv. 2000, n°99-423 DC, RJS 2000, n°175 ; Dr. soc. 2000, p.257, note Xavier PRETOT.

Cons. const., 13 janv. 2003, n°2002-465 DC, D. 2003, p.638, obs. Bertrand MATHIEU.

Cons. const., 13 janv. 2003, n°2002-465 DC, D. 2003, p.642.

Cons. const., 16 août 2007, n°2007-556 DC, LPA 2007, n°193, p.11, note Alain SAURET ; Dr. soc. 2007, p.1221, note Valérie BERNAUD.

Cons. const., 16 déc. 1993, n°93-328 DC, Pouvoirs 1994, n°69, p.207, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL ; Dr. soc. 1994, p.139, obs. Xavier PRETOT.

Cons. Const., 16 déc. 1999, n°99-421 DC, AJDA 2000, p.31, obs. Jean-Eric SCHOETTL.

Cons. const., 18 janv. 1978, n°77-92 DC, JORF 19 janv. 1978, p.422.

Cons. const., 21 avr. 2005, n°2005-512 DC, D. 2005, p.1372, note Jean-Claude ZARKA.

Cons. const., 21 mars 2018, n°2018-761 DC, Dr. soc. 2018, p.682, note Bérénice BAUDUIN.

Cons. const., 25 juil. 1989, n°89-257 DC, AJDA 1989, p.796, note Florence BENOIT-ROHMER.

Cons. const., 27 juil. 1978, n°78-95 DC, Pouvoirs 1978, n°7, pp.179-180, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL.

Cons. const., 27 nov. 2015, n°2015-502 QPC, D. 2015, p.2449 ; Constitutions 2015, p.648 ; Lexbase soc. 2015, n°636, comm. Christophe RADE ; RDT 2016, p.134, note Christophe RADE et Nicole MAGGI-GERMAIN.

Cons. const., 29 avr. 2004, n°2004-494 DC, D. 2004, p.3029, obs. Xavier PRETOT et Dominique CHELLE ; RFDA 2005, p.409, note Laurence DARDALHON.

Cons. const., 29 juil. 1986, n°86-210 DC, Pouvoirs 1987, n°40, p.179, note Pierre AVRIL et Jean GICQUEL.

Cons. const., 29 nov. 2019, n°2019-816 QPC, D. 2019, p.2306 ; JCP S 2019, 1350, étude Alexis BUGADA ; SSL 2019, n°1887, p.12, obs. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE ; JSL 2020, n°490, obs. Hélène NASOM-TISSANDIER ; RDT 2020, p.200, obs. Sophie NADAL ; Dr. soc. 2020, p.366, note Barbara GOMES.

Cons. const., 3 août 1994, n°94-348 DC, RJS 1994, n°1194 ; D. 1995, p.344, obs. Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN ; D. 1996, p.45, obs. Xavier PRETOT.

Cons. const., 3 fév. 2016, n°2015-519 QPC, JCP S 2016, 1081, comm. Lydie DAUXERRE ; RDT 2016, p.354, note Sophie NADAL.

Cons. const., 30 avr. 2020, n°2020-835 QPC, D. 2020, p.989 ; Lexbase-Le Quotidien, 11 mai 2020, obs. Charlotte MORONVAL.

Cons. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC, D. 1998, p.152, obs. Jérôme TREMEAU ; Marie-Laure MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc. 1997, p.25 ; Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », D. 1997, p.152 ; RTDciv. 1997, p.785, obs. Rémy LIBCHABER.

Cons. const., Commentaire de la décision n°2015-519 QPC du 3 février 2016 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr>).

Cons. const., Commentaire de la décision n°2019-816 QPC du 29 novembre 2019 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr>).

Cour supérieure d'arbitrage, sentence Blondel 12 oct. 1937, Dr. soc. 1938, p.31.

Franck PETIT, « L'appréciation du critère de l'ancienneté du syndicat », obs. sous Cass. soc., 14 nov. 2012, Dr. soc. 2013, p.73,

Georges BORENFREUND, « Délégué syndical central, représentativité syndicale : observations sur un arrêt d'allure modeste (Cour de cassation, chambre sociale 16 décembre 1992) », Dr. soc. 1993, p.282.

Jacques BARTHELEMY, « Extension et élargissement des conventions collectives », note sous CE, 30 nov. 1992, Dr. soc. 1993, p.359.

Jacques-Henri STAHL, « La question de la représentativité de l'UNSA », concl. CE, 5 nov. 2004, Dr. soc. 2004, p.1098.

Jean CHAUVIRE, rapport sur Cass. soc., 4 mars 2009, SSL 2009, n°1391, p.12.

Jean-Claude BONICHOT, « Extension et élargissement des conventions collectives », concl. CE, 30 nov. 1992, Dr. soc. 1993, p.355.

Jean-François HENRY, concl. CE, 11 janv. 1963, Dr. soc. 1963, p.398.

Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), D. 1962, p.740.

Jean-Maurice VERDIER, note sous Cass. soc., 19 déc. 1972, D. 1973, p.326.

M. ODENT, concl. CE, 27 juin 1951, Dr. soc. 1951, p.472.

Michel DESPAX, « Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives (à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 1978) », Dr. soc. 1979, p.259.

Pascale FOMBEUR, concl. CE, 6 nov. 2000, *RJS* 03/2001, p.199 (Etudes et Doctr.).

Philippe LAIGRE, « La révision des accords collectifs de retraite (Annotations, en marge CE, 26 juil. 1996) », Dr. soc. 1996, p.1077.

Philippe LANGLOIS, obs. sous CE, 15 déc. 1978, D. 1979, I.R., p.332.

Philippe LANGLOIS, obs. sous CE, 3 juin 1983, 1^{ère} espèce, et 30 sept. 1983, 2^{ème} espèce, D. 1984, I.R., p.367.

Pierre NICOLAY, concl. CE, 2 mars 1962 (Confédération nationale artisanale), Dr. soc. 1962, p.545.

Pierre NICOLAY, concl. CE, 2 mars 1962 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), Dr. soc. 1962, p.347.

Pierre NICOLAY, concl. CE, 2 mars 1962 (Union des Chambres syndicales de miroitiers), Dr. soc. 1962, p.605.

Pierre NICOLAY, concl. CE, 4 mars 1960 (Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires), Dr. soc. 1960, p.345.

Pierre NICOLAY, concl. CE, 4 mars 1960 (Société anonyme « Le Peignage de Reims »), Dr. soc. 1960, p.274.

Raphaël CHAMBON, concl. CE, 22 nov. 2021, n°431275, n°431927 (<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2021-11-22/431275>).

Raphaël CHAMBON, concl. CE, 6 avr. 2022, n°434612 (<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2022-04-06/434612>).

Requête de la CNPL, enregistrée sous le n°410842 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 24 mai 2017.

Sébastien RANC, « Focale sur la notion de secteur d'activité », note sous Cass. soc., 14 sept. 2022, n°21-13941, *BJT* 2022, n°BJT201s7, p.17.

Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », note sous Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-519-QPC, *RDT* 2016, p.354.

Stéphanie MARTIN-CUENOT, « L'exclusion du Medef du pouvoir de négociier », note sous Cass. soc., 16 mars 2005, Lexbase La lettre juridique, mars 2005.

T. confl., 17 oct. 2011, n°3828, AJDA 2011, p.2041 ; RFDA 2011, p.1129, note Bertrand SEILLER ; D. 2011, p.3046, note Francis DONNAT ; AJDA 2012, p.27, note Mattias GUYOMAR et Xavier DOMINO.

T. confl., 8 juin 2020, n°4189, AJDA 2020, p.2061 ; D. 2020, p.2312, obs. Stéphane VERNAC et Ylias FERKANE.

Yannick PAGNERRE, « Concordance et influence en matière de représentativité patronale », Lexbase soc. 2022, n°890 (note sous CE, 22 nov. 2021).

Yannick PAGNERRE, note sous Cass. soc., 26 fév. 2020, JCP S 2020, 2000.

Jurisprudence étrangère

Cour permanente de justice internationale, avis du 31 juil. 1922, BIT, B.O. du 16 août 1922, Vol. VI, n°7.

CJCE, 16 nov. 1995, RJS 1995, n°1306 ; RTDEur. 1996, p.567, chron. Jean-Bernard BLAISE et Laurence IDOT ; Dr. soc. 1996, p.82, note Philippe LAIGRE.

TEXTES LÉGISLATIFS, RÉGLEMENTAIRES ET TEXTES INTERNATIONAUX

Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à La Haye le 28 février 1986, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

Arr. du 12 avr. 2006 portant extension d'un accord national interprofessionnel conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 25 avr. 2006.

Arr. du 12 janv. 1996 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur l'amélioration des conditions de travail et d'avenants à cet accord, JORF 23 janv. 1996, p.1130.

Arr. du 14 fév. 2022 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur du spectacle vivant et enregistré, JORF, 25 mars 2022.

Arr. du 16 nov. 2023 portant nomination au Conseil d'orientation des retraites, JORF 18 nov. 2023.

Arr. du 18 juin 2024 portant nomination des membres du Haut Conseil du dialogue social, JORF 20 juin 2024.

Arr. du 18 nov. 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, JORF 20 nov. 2021.

Arr. du 18 oct. 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur des activités agricoles, JORF, 24 oct. 2017.

Arr. du 18 oct. 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, JORF, 24 oct. 2017.

Arr. du 18 oct. 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur du spectacle vivant et enregistré, JORF, 24 oct. 2017.

Arr. du 19 mars 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur des activités agricoles, JORF, 28 mars 2021.

Arr. du 19 mars 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans le secteur de la production agricole et des coopératives d'utilisation de matériel agricole, JORF 28 mars 2021.

Arr. du 19 oct. 2021 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et multi-professionnel dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, JORF, 23 oct. 2021.

Arr. du 1^{er} août 2003 portant extension d'un accord relatif à l'épargne salariale dans le secteur des professions libérales, JORF 13 août 2003.

Arr. du 1^{er} avr. 2022 portant nomination à la commission générale du Conseil d'orientation des conditions de travail, JORF 2 avr. 2022.

Arr. du 2 déc. 2020 portant extension de la convention collective nationale concernant la production agricole et les coopératives d'utilisation de matériel agricole du 15 septembre 2020, JORF 10 janv. 2021.

Arr. du 22 avr. 2022 portant nomination au Conseil national d'orientation des conditions de travail du Conseil d'orientation des conditions de travail, JORF 24 avr. 2022.

Arr. du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, JORF 30 juin 2017.

Arr. du 22 nov. 2013 portant extension d'un accord national professionnel conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 30 janv. 2014.

Arr. du 25 avr. 2002 portant extension d'un accord relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat, JORF 3 mai 2002.

Arr. du 25 juin 1973 portant extension du champ d'application professionnel de l'accord national interprofessionnel de retraites du 8 décembre 1961, JORF 27 juin 1973, p.6810.

Arr. du 25 sept. 2009 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif, JORF 2 oct. 2009, p.15986.

Arr. du 26 avril 2010 portant extension d'un accord sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, JORF 5 mai 2010, p.8132.

Arr. du 26 déc. 1973 étendant le champ d'application de la convention du 14 mars 1947 à tous les employés (cadres) relevant de branches d'activité dont les travailleurs sont assujettis à titre obligatoire au régime général d'assurance vieillesse de la sécurité sociale, à l'exclusion des branches relevant à cette époque de régimes professionnels, JORF 28 déc. 1973, p.14003.

Arr. du 26 janv. 2023 portant nomination au conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail, JORF 1^{er} fév. 2023.

Arr. du 26 nov. 2009 portant extension d'un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JORF 27 nov. 2009.

Arr. du 26 oct. 2016 modifiant l'arrêté du 13 juillet 2016 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2017, JORF 27 oct. 2016.

Arr. du 27 juil. 2009 portant extension d'un accord régional interprofessionnel à La Réunion, JORF 7 août 2009.

Arr. du 28 avr. 2022 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif, JORF 30 avr. 2022.

Arr. du 28 déc. 2017 portant extension d'un accord et d'un avenant audit accord conclu dans le cadre du secteur des professions libérales, JORF 30 déc. 2017.

Arr. du 28 sept. 2007 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements du secteur social et médico-social à but non lucratif, JORF 16 oct. 2007, p.17025.

Arr. du 29 juil. 2020 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2021, JORF, 6 août 2020.

Arr. du 30 mai 2023 portant extension d'un accord conclu dans le cadre du secteur de l'économie sociale et solidaire, JORF 10 juin 2023.

Arr. du 30 mai 2024 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2025, JORF 6 juin 2024.

Arr. du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, JORF 2 avr.1966, p.2675.

Arr. du 5 janv. 2018 modifiant l'arrêté du 28 décembre 2017 portant extension d'un accord et d'un avenant audit accord conclu dans le cadre du secteur des professions libérales, JORF 11 janv. 2018.

Arr. du 5 mai 2017 portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes et calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2018-2021, JORF, 10 mai 2017.

Arr. du 7 avr. 2016 portant extension d'un accord relatif à l'insertion professionnelle et l'emploi des jeunes dans l'économie sociale et solidaire, JORF 20 avr. 2016.

Arr. du 7 oct. 2022 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans le périmètre utile à la négociation des professions libérales, JORF 3 nov. 2022.

Arr. du 8 déc. 2023 portant extension d'un avenant à un accord national conclu dans le secteur des professions libérales, JORF 16 déc. 2023.

Arr. du 9 fév. 2024 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, JORF 16 fév. 2024.

Circ. « Lebas » du 17 août 1936 relative à l'application de la loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives de travail, JORF 3 sept. 1936, p.9392.

Circ. « Parodi » du 28 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales, JORF 28 juin 1945, p.3915.

Circ. du 6 nov. 1968 relative à l'instruction préalable des dossiers d'extension de conventions collectives transmis à l'administration centrale, JORF, 15 déc. 1968, p.11740.

Constitution du 4 oct. 1958, JORF 5 oct. 1958, p.9151.

Convention (n° 102) concernant la sécurité sociale (norme minimum), 1952, OIT.

Décision interministérielle du 13 mars 1947 signée de Paul Ramadier, Président du Conseil des ministres et d'Ambroise Croizat, Ministre du travail et de la sécurité sociale, JORF 15 mars 1947, p.2444.

Décision interministérielle du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collective de travail, signée par Robert Schuman, Président du Conseil des ministres et Daniel Mayer, Ministre du travail et de la sécurité sociale, JORF 9 avr. 1948, p.3541.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Décr. du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit "Loi Le Chapelier".

Décr. du 15 juin 1959 fixant la composition de la commission prévue par l'ordonnance n°59-238 du 4 février 1959 relative aux régimes complémentaires de retraite, JORF 20 juin 1959, p.6134.

Décr. du 16 janv. 1925 portant création d'un Conseil national économique, JORF 17 janv. 1925, p.698.

Décr. du 2 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

Décr. du 27 mai 1848 relatif aux conseils de prudhommes, Recueil Duvergier, p.312.

Décr. du 9 nov. 1940 portant dissolution de la Confédération française des travailleurs chrétiens, de la Confédération des syndicats professionnels français et de la Confédération générale du travail, JORF 12 nov. 1940, p.5654.

Décr. du 9 nov. 1940 portant dissolution de la Confédération générale du patronat français, JORF 12 nov. 1940, p.5653.

Décr. n°2008-1217 du 25 nov. 2008 relatif au Conseil d'orientation sur les conditions de travail, JORF 27 nov. 2008.

Décr. n°2008-243 du 7 mars 2008 relatif à certaines dispositions réglementaires du code du travail (Décrets en Conseil d'Etat et en conseil des ministres), JORF 12 mars 2008.

Décr. n°2008-244 du 7 mars 2008 relatif au code du travail (partie réglementaire), JORF 12 mars 2008.

Décr. n°2011-636 du 8 juin 2011 portant dispositions relatives aux personnels des offices publics de l'habitat, art. 45, JORF 10 juin 2011.

Décr. n°2013-76 du 25 janv. 2013 relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental représentant les professions libérales, JORF 26 janv. 2013.

Décr. n°2014-1718 du 30 déc. 2014 relatif à la contribution au fonds institué par l'article L. 2135-9 du code du travail, JORF 31 déc. 2014, p.23429.

Décr. n°2015-654 du 10 juin 2015 relatif à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale, JORF 13 juin 2015.

Décr. n°2015-87 du 28 janv. 2015 relatif au financement mutualisé des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, JORF 31 janv. 2015, p.1484.

Décr. n°2016-1223 du 14 sept. 2016 portant modification de la composition du Conseil supérieur de la prud'homie, JORF 16 sept. 2016.

Décr. n°2016-1474 du 28 oct. 2016 relatif à la prise en compte, pour la mesure de la représentativité patronale, des organisations professionnelles d'employeurs adhérant à plusieurs organisations de niveau national et interprofessionnel, JORF, 3 nov. 2016.

Décr. n°2016-1834 du 22 déc. 2016 relatif à l'organisation, aux missions, à la composition et au fonctionnement du Conseil d'orientation des conditions de travail et des comités régionaux, JORF 24 déc. 2016.

Décr. n°2016-305 du 16 mars 2016 relatif au versement des crédits attribués aux organisations professionnelles d'employeurs des secteurs de la production cinématographique, de l'audiovisuel et du spectacle par l'association gestionnaire du fonds paritaire national, JORF 17 mars 2016.

Décr. n°2017-1267 du 9 août 2017 portant modification de la composition du Conseil supérieur de la prud'homie, JORF 11 août 2017.

Décr. n°2018-1262 du 26 décembre 2018 relatif à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle, JORF 28 déc. 2018.

Décr. n°2018-791 du 14 sept. 2018 relatif au document de cadrage des négociations et à l'agrément des accords d'assurance chômage, JORF n°0213 du 15 sept. 2018.

Décr. n°2019-1087 du 25 octobre 2019 modifiant la composition du Conseil d'orientation pour l'emploi, JORF 27 oct. 2019.

Décr. n°2019-797 du 26 juil. 2019 relatif au régime d'assurance chômage, JORF 28 juil. 2019.

Décr. n°2020-927 du 29 juil. 2020 relatif à la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés et à la mesure de l'audience patronale en 2021, JORF 30 juil. 2020.

Décr. n°2021-1792 du 23 déc. 2021 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil d'orientation des conditions de travail et des comités régionaux, JORF 26 déc. 2021.

Décr. n°2021-309 du 24 mars 2021 fixant la répartition et les conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental, JORF, 25 mars 2021.

Décr. n°2024-252 du 22 mars 2024 relatif au Comité national pour l'emploi, JORF 23 mars 2024.

Décr. n°46-1378 du 8 juin 1946 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF 9 juin 1946, p.5106.

Décr. n°51-319 du 12 mars 1951 fixant les conditions d'attribution des allocations de chômage, JORF 13 mars 1951, p.2671.

Décr. n°60-452 du 12 mai 1960 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la sécurité sociale, JORF 13 mai 1960, p.4360.

Décr. n°82-991 du 24 nov. 1982 portant application de l'article L. 351-18 du code du travail, JORF 25 nov. 1982, p.3574.

Décr. n°83-461 du 8 juin 1983 pris pour l'application des art. L. 136-1 et L. 136-3 du code du travail (issus de la loi 82-957 du 13-11-1982 (art. 9) relatif à la composition de la commission nationale de la négociation collective et des deux sous-commissions constituées en son sein, JORF 9 juin 1983, p.1729.

Décr. n°84-558 du 4 juil. 1984 fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique et social, JORF 5 juil. 1984, p.2115.

Décr. n°85-1353 du 17 déc. 1985 relatif au Code de la sécurité sociale, JORF 21 déc. 1985, p.14961.

Décr. n°97-80 du 30 janv. 1997 portant modification des articles R. 136-3, R. 136-9 et R. 136-10 du code du travail relatifs à la composition de la Commission nationale de la négociation collective et des sous-commissions constituées en son sein, JORF 31 janv. 1997.

Décr. n°97-80 du 30 janv. 1997 portant modification des articles R. 136-3, R. 136-9 et R. 136-10 du code du travail relatifs à la composition de la Commission nationale de la négociation collective et des sous-commissions constituées en son sein, JORF 31 janv. 1997.

Décr. n°2009-1498 du 7 déc. 2009 portant application des dispositions des cinquièmes alinéas des articles L. 6332-19 et L. 6332-21 du code du travail, JORF 8 déc. 2009.

Décr. n°2016-1419 du 20 oct. 2016 modifiant les dispositions relatives à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale, JORF, 22 oct. 2016.

Instruction DGT n°2009-25 du 8 déc. 2009 relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, B.O. Emploi, Travail, Formation professionnelle, Cohésion sociale, n°12, 30 déc. 2009, 1 / 68.

Instruction n°DGEFP/METH/2021/11 du 7 janv. 2021 pour accompagner les entreprises et les groupes dans l'élaboration d'un accord en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés en application de l'article L. 5212-8 du code du travail, ainsi que pour agréer, suivre et évaluer cet accord notamment en vue de son renouvellement (NOR : MTRD2100596J).

L. const. n°2008-724 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 20, JORF 24 juil. 2008, p.11890.

L. const. n°96-138 du 22 févr. 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale, JORF 23 fév. 1996, p.2911.

L. du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, JORF 14 mars 1920, p. 4179.

L. du 13 sept. 1946 fixant la date d'application de la loi du 22 mai 1946 sur la généralisation de la sécurité sociale en ce qui concerne l'assurance-vieillesse, instituant une allocation temporaire

aux vieux, et relative à l'aide de l'Etat aux catégories sociales économiquement faibles, JORF 14 sept. 1946, p.7918.

L. du 16 août 1940 concernant l'organisation provisoire de la production industrielle, JORF 18 août 1940, p.4731.

L. du 19 mars 1936 portant institution, organisation et fonctionnement d'un conseil national économique, JORF 21 mars 1936, p.3186.

L. du 1^{er} juil. 1901 relative au contrat d'association, JORF 2 juil. 1901, p.4025.

L. du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels, JORF du 22 mars 1884, p.1577.

L. du 23 avr. 1919 sur la journée de huit heures, JORF 25 avr. 1919, p.4266.

L. du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre Ier du Code du travail : « De la convention collective de travail », JORF 26 juin 1936, p. 6698.

L. du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail, JORF 28 mars 1919, p.3181.

L. du 4 oct. 1941 relative à l'organisation sociale des professions dite Charte du Travail, JORF 26 oct. 1941, p.4650.

L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF 21 août 2008, p.13064.

L. n° 73-4 du 2 janv. 1973 relative au code du travail, JORF 3 janv. 1973, p.52.

L. n°2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF 13 avr. 2000, p.5646.

L. n°2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF 20 janv. 2000, p.975.

L. n°2001-624 du 17 juil. 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JORF 18 juil. 2001, p.11496.

L. n°2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, JORF 18 janv. 2002, p.1008.

L. n°2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JORF 4 janv. 2003, p.255.

L. n°2004-1343 du 9 déc. 2004 de simplification du droit, JORF 10 déc. 2004.

L. n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF 5 mai 2004, p.7983.

L. n°2005-157 du 23 fév. 2005 relative au développement des territoires ruraux, art. 65, JORF 24 fév. 2005, p.3073.

L. n°2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JORF 19 janv. 2005, p.864.

L. n°2005-841 du 26 juil. 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF 27 juil. 2005, p.12152.

L. n°2006-1770 du 30 déc. 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JORF 31 déc. 2006.

L. n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JORF 2 avr. 2006.

L. n°2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, JORF 22 août 2007.

L. n°2007-130 du 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social, JORF 1^{er} fév. 2007, p.1944.

L. n°2008-1249 du 1^{er} déc. 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, JORF 3 déc. 2008, p.18424.

L. n°2008-126 du 13 fév. 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, JORF 14 fév. 2008.

L. n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF 26 juin 2008.

L. n°2008-67 du 21 janv. 2008 ratifiant l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JORF 22 janv. 2008.

L. n°2009-1437 du 24 nov. 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, JORF 25 nov. 2009.

L. n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, JORF 28 mai 2009.

L. n°2010-1215 du 15 oct. 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JORF 16 oct. 2010, p.18569.

L. n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF 23 mars 2012.

L. n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF 16 juin 2013.

L. n°2014-1545 du 20 déc. 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, JORF 21 déc. 2014.

L. n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JORF 6 mars 2014, p.4848.

L. n°2014-856 du 31 juil. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF 1^{er} août 2014, p.12666.

L. n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF 18 août 2015, p.14346.

L. n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF 9 août 2016.

L. n°2016-231 du 29 fév. 2016 d'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée, JORF 1^{er} mars 2016.

L. n°2016-925 du 7 juil. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF 8 juil. 2016.

L. n°2017-1386 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, JORF 31 déc. 2017.

L. n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF 31 mars 2018.

L. n°2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JORF n°0205 6 sept. 2018.

L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF, 23 mai 2019.

L. n°2020-1525 du 7 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF 8 déc. 2020.

L. n°2020-1577 du 14 déc. 2020 relative au renforcement de l'inclusion dans l'emploi par l'activité économique et à l'expérimentation « territoire zéro chômeur de longue durée », JORF 15 déc. 2020.

L. n°2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, JORF n°0189 17 août 2022.

L. n°2023-1107 du 29 nov. 2023 portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise, JORF 30 nov. 2023.

L. n°2023-1196 du 18 décembre 2023 pour le plein emploi, JORF 19 déc. 2023.

L. n°46-1146 du 22 mai 1946 portant généralisation de la sécurité sociale, JORF 23 mai 1946, p.4475.

L. n°46-1835 du 22 août 1946 fixant le régime des prestations familiales, JORF 23 août et 3 sept. 1946.

L. n°46-2425 du 30 oct. 1946 modifiant l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale et fixant les modalités relatives à l'élection des membres des conseils d'administration des organismes de sécurité sociale, JORF 31 oct. 1946, p. 9270.

L. n°46-2426 du 30 oct. 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, JORF 31 oct. 1946, p.9273.

L. n°46-2924 du 23 déc. 1946 relative aux conventions collectives de travail, JORF 25 déc. 1946, p.10932.

L. n°47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération, JORF 11 sept. 1947, p.9088.

L. n°48-101 du 17 janv. 1948 instituant une allocation vieillesse pour les personnes non salariées, JORF 18 janv. 1948, p.562.

L. n°50-205 du 11 fév. 1950 relatives aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF 12 fév. 1950, p.1688.

L. n°57-496 du 17 avr. 1957 précisant les organisations habilitées à discuter les conventions collectives de travail, JORF 18 avr. 1957, p.4100.

L. n°57-821 du 23 juil. 1957 accordant des congés non rémunérés aux travailleurs en vue de favoriser l'éducation ouvrière, JORF 24 juill. 1957, p.7300.

L. n°68-1179 du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF 31 déc. 1968, p.12403.

L. n°71-487 du 24 juin 1971 modifiant l'article 44 du livre Ier du code du travail relatif à la périodicité du paiement des salaires, art.1, JORF 25 juin 1971, p.6124.

L. n°71-561 du 13 juil. 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I^{er} du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de médiation, JORF 14 juil. 1971, p.6939.

L. n°71-575 du 16 juil. 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, JORF 17 juil. 1971, p.7035.

L. n°72-1223 du 29 déc. 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés, JORF 30 déc. 1972, p.13781.

L. n°73-1197 du 27 déc. 1973 portant modification [des ordonnances préc.] et de l'ordonnance n°67-694 du 17 août 1967 relative aux plans d'épargne d'entreprise, JORF 30 déc. 1973, p.14151.

L. n°75-5 du 3 janv. 1975 relative aux licenciements pour cause économique, JORF 4 janv. 1975, p.202.

L. n°78-49 du 19 janv. 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, JORF 20 janv. 1978, p.426.

L. n°79-32 du 16 janv. 1979 relative à l'aide aux travailleurs privés d'emploi, JORF 17 janv. 1979, p.143.

L. n°82-1061 du 17 déc. 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale, JORF 18 déc. 1982, p.3779.

L. n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF 6 août 1982, p.2518.

L. n°82-915 du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JORF 29 oct. 1982 p.3255.

L. n°82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JORF 14 nov. 1982, p.3414.

L. n°86-1 du 3 janv. 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du code du travail, JORF 4 janv. 1986, p.199.

L. n°86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, JORF 1^{er} oct. 1986, p.11760.

L. n°86-1320 du 30 déc. 1986 relative aux procédures de licenciement, JORF 31 déc. 1986, p.15885.

L. n°86-797 du 3 juil. 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JORF 4 juil. 1986, p.8302.

L. n°86-845, 17 juil. 1986 relative aux principes généraux du droit du travail, à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, JORF 19 juil. 1986, p.8931.

L. n°87-571 du 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, JORF 24 juil. 1987, p.8255.

L. n°89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF 2 janv. 1990, p.13.

L. n°89-474 du 10 juil. 1989 portant dispositions relatives à la sécurité sociale et à la formation continue des personnels hospitaliers, JORF, 12 juil. 1989, p.8759.

L. n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, JORF, 5 janv. 1991.

L. n°90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, JORF 14 juil. 1990, p.8322.

L. n°92-1446 du 31 déc. 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JORF 1^{er} janv. 1993, p.19.

L. n°93-1313 du 20 déc. 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JORF 21 déc. 1993, p.17769.

L. n°94-638 du 25 juil. 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte, JORF 27 juil. 1994, p.10824.

L. n°96-985 du 12 nov. 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, JORF, 13 nov. 1996, p.16527.

L. n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF 14 juin 1998, p.9029.

L. n° 2006-457 du 21 avr. 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, JORF 22 avr. 2006.

L. n°94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92-49 et n°92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF 10 août 1994, p.11655.

L. portant approbation du traité de paix conclu à Versailles le 28 juin 1919, JORF 13 oct. 1919, p.11294.

LO. n°2022-354 du 14 mars 2022 relative aux lois de financement de la sécurité sociale, JORF 15 mars 2022.

Ord. n°59-129 du 7 janv. 1959 relative à l'action en faveur des travailleurs sans emploi, JORF 9 janv. 1959, p.644.

Ord. n°82-41 du 16 janv.1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, JORF 17 janv. 1982, p.295.

Ord. n°2005-57 du 26 janv. 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle outre-mer, JORF 28 janv. 2005.

Ord. n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JORF 13 mars 2007.

Ord. n°2008-205 du 27 fév. 2008 relative au droit du travail applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, JORF 1^{er} mars 2008.

Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF 11 fév. 2016.

Ord. n°2017-1385 du 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF 23 sept. 2017.

Ord. n°2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF 23 sept. 2017.

Ord. n°2017-1388 du 22 sept. 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JORF 23 sept. 2017.

Ord. n°2017-1718 du 20 déc. 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JORF 21 déc. 2017.

Ord. n°45-2250 du 4 oct. 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF 6 oct. 1945, p.6280.

Ord. n°45-2454 du 19 oct. 1945 fixant le régime des assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles, JORF 20 oct. 1945, p.6721.

Ord. n°58-1360 du 29 déc. 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, JORF 30 déc. 1958, p.12033.

Ord. n°59-238 du 4 fév. 1959 relative aux régimes complémentaires de retraites, JORF 7 fév. 1959, p.1691.

Ord. n°67-578 du 13 juil. 1967 créant une agence nationale pour l'emploi, JORF 19 juil. 1967, p.7238.

Ord. n°67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, JORF 18 août 1967, p.8288.

Ord. n°67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, JORF 22 août 1967, p.8403.

Ord. n°67-830 du 27 sept. 1967 relative à l'aménagement des conditions du travail en ce qui concerne le régime des conventions collectives, le travail des jeunes et les titres-restaurant, JORF 28 sept. 1967, p.9557.

Ord. n°67-850 du 13 juil. 1967 relative aux garanties de ressources des travailleurs privés d'emploi, JORF 19 juil. 1967, p.7237.

Ord. n°84-106 du 16 fév. 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi, JORF 17 fév. 1984, p.609.

Ord. n°84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail, JORF 22 mars 1984, p.896.

Ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF 9 déc. 1986, p.14765.

Ord. n°96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, JORF 25 avr. 1996, p.6301.

Ord.n°59-126 du 7 janv. 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, JORF 9 janv. 1959, p.641.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE 26.10.2012, n° C 326, p.47.

Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, JOCE 29.07.1992, n° C 191, p.1.

TEXTES CONVENTIONNELS

« Constat » ou « Accords » de Grenelle, Projet de protocole d'accord des réunions tenues les 25, 26 et 27 mai 1968 au Ministère des Affaires sociales sous la présidence du Premier Ministre.

Accord cadre interprofessionnel relatif à la formation permanente et à la création du FAF-PL du 9 Juillet 1987.

Accord cadre interprofessionnel sur l'amélioration des conditions de travail du 17 mars 1975.

Accord de méthode du 15 octobre 2016 afin de reconfigurer le paysage conventionnel de l'agriculture.

Accord du 12 décembre 2001 relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat.

Accord du 15 mai 1957 instituant l'UNIRS (Union nationale des institutions de retraite des salariés).

Accord du 21 février 2014 sur l'insertion professionnelle et l'emploi des jeunes dans l'économie sociale et solidaire.

Accord du 25 avril 1996 relatif aux régimes de retraite complémentaire des salariés ARRCO qui institue une valeur de point de retraite ARCCO unique et substitue, à compter du 1er janvier 1999, un régime unique de retraite complémentaire par répartition à l'ensemble des régimes membres de l'ARRCO.

Accord du 27 novembre 2015 sur l'égalité professionnelle femmes-hommes dans l'ESS.

Accord du 31 juillet 2010 sur la prévention des risques psychosociaux dont le stress au travail dans les branches et secteurs professionnels de l'Economie sociale.

Accord du 31 octobre 1991, dit de Val Duchesse, sur le dialogue social européen.

Accord du 6 octobre 2021 relatif à l'impact du numérique sur les conditions de travail et l'emploi dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire.

Accord du 9 janvier 2019 relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap dans l'ESS.

Accord européen sur la politique sociale, annexé au protocole (n°14) sur la politique sociale, Traité sur l'Union européenne, JOCE 29.07.1992, n° C 191, p.1.

Accord interprofessionnel « relatif à la garantie de l'emploi et à la poursuite des relations de travail en cas de changement de prestataire dans le transport scolaire à Mayotte » du 4 septembre 2020.

Accord interprofessionnel du 20 décembre 2005, instituant une prime à l'emploi pour les salariés de l'ensemble des activités professionnelles de Polynésie française.

Accord interprofessionnel relatif au développement du dialogue social et du paritarisme dans le secteur des professions libérales du 28 septembre 2012.

Accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961.

Accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975.

Accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation (JORF 20 janv. 1978, p.428).

Accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, modifié par les avenants du 21 novembre 1974, du 20 octobre 1986, du 12 avril 1988, du 22 juin 1989, du 22 décembre 1993 et du 9 décembre 1994.

Accord national interprofessionnel du 10 février 2023 relatif au partage de la valeur au sein de l'entreprise.

Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 relatif à un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation.

Accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle.

Accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle (JCP S 2014, act., 19).

Accord national interprofessionnel du 14 novembre 2024 relatif à l'évolution du dialogue social.

Accord national interprofessionnel du 14 octobre 1974 sur l'indemnisation du chômage économique.

Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 relatif à la modernisation et au fonctionnement du paritarisme.

Accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres.

Accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 relatif au régime AGIRC-ARRCO de retraite complémentaire.

Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail.

Accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail.

Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003, relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle (Dr. soc. 2004, p.527).

Accord national interprofessionnel du 22 février 2018 pour l'accompagnement des évolutions professionnelles, l'investissement dans les compétences et le développement de l'alternance.

Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire.

Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail.

Accord national interprofessionnel du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres.

Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives.

Accord national interprofessionnel du 9 décembre 2020 relatif à la prévention renforcée et à une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail.

Accord national interprofessionnel du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnels.

Accord national interprofessionnel portant création du PEI et du PPESVI "épargne salariale-professions libérales" du 27 novembre 2002.

Accord national interprofessionnel relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des salariés des professions libérales du 28 février 2005.

Accord professionnel du 28 avril 2016 relatif à l'indemnisation du chômage dans les branches du spectacle.

Accord relatif à la mise en œuvre de la formation continue des salariés des entreprises artisanales du 5 mars 1985.

Accord sur la formation professionnelle tout au long de la vie dans l'Economie Sociale du 22 sept. 2006.

Accord-cadre national interprofessionnel pour adapter la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, conclu le 14 octobre 2021.

Accords collectifs applicables dans les CHRS (Centres d'hébergement et de réinsertion sociale) et dans les services d'accueil, d'orientation et d'insertion pour adultes.

Accords de Matignon du 7 juin 1936.

Avenant du 24 juin 2019 à l'accord territorial relatif aux contreparties aux salariés des commerces du Tarn du 4 juillet 2017.

Avenant du 31 janvier 2017 à l'accord interprofessionnel du 28 septembre 2012 relatif au développement du dialogue social et du paritarisme (Liaisons soc. quotidien, 13 sept. 2017).

Avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'accord du 11 janvier 2008 relatif aux indemnités de rupture en cas de licenciement (NOR : aset0950631m).

Convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010.

Convention collective nationale de la mutualité du 31 janvier 2000.

Convention collective nationale de la production agricole et des coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA) du 15 septembre 2020.

Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002.

Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947.

Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966.

Convention collective nationale des ateliers et chantiers d'insertion du 31 mars 2011.

Convention collective nationale des centres de lutte contre le cancer du 1^{er} janvier 1999.

Convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951.

Convention collective nationale du personnel des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966.

Convention collective nationale du personnel salarié de la Croix Rouge Française.

Convention collective nationale du Travail de l'UNISSS (Union intersyndicale des secteurs sanitaires et sociaux) du 26 août 1965.

Convention du 1er janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.

Convention du 24 février 1984 relative à l'assurance chômage (JORF 4 avr. 1984, p.3196).

Convention du 27 mars 1979 conclue dans le cadre de la loi n°79-32 du 16 janvier 1979 relative à l'aide aux travailleurs privés d'emploi.

Convention nationale du 31 décembre 1958 créant un régime national interprofessionnel d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi de l'industrie et du commerce (JORF du 15 mai 1959, p.5022).

Déclaration commune interprofessionnelle du 20 avril 1970 sur la politique de mensualisation.

Délibération sociale sur les critères permettant d'accompagner la restructuration des branches, Lettre paritaire du 28 janv. 2016.

Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective (Dr. soc. 2003, p.92).

Position commune du 19 juin 2013 de la CGPME, du MEDEF et de l'UPA sur la représentativité patronale (in Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°2, p.86).

Position commune du 19 janvier 2016 conclue entre le MEDEF et la CGPME proposant de modifier les modalités de calcul de l'audience.

Position commune du 2 mai 2016 conclue entre le MEDEF, la CGPME et l'UPA proposant de mesurer l'audience patronale soit en fonction du nombre d'entreprises adhérant aux organisations professionnelles, soit en fonction du nombre de salariés de ces entreprises.

Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme (in Jean-Frédéric POISSON, « Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », Ass. Nat. 25 juin 2008, annexe 2, p.295).

Protocole d'accord du 2 juillet 1970 entre le CNPF et les organisations syndicales de salariés sur les indemnités journalières de congé de maternité.

Protocole d'accord relatif à l'organisation du dialogue social conclu entre les organisations patronales interprofessionnelles représentatives au plan national et les organisations patronales multi-professionnelles représentatives au plan national, 30 janv. 2014.

RAPPORTS, ÉTUDES, TRAVAUX ET AVIS

Alain GOURNAC, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Sénat, 15 juil. 2008.

Alain LIPIETZ, « L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale », Rapport remis à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, 2 tomes, sept. 2000, <http://lipietz.net>

Albert MARCENET, Rapport au nom de la Commission des Affaires Culturelles de l'Assemblée Nationale n°1704 sur le projet de loi n°1645 modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du code du travail relatives aux conventions collectives de travail.

André BOHL, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi relatif à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, Sénat, annexe au procès-verbal de séance, 20 déc. 1977.

Arnaud RICHARD et Jean-Marc GERMAIN, Rapport d'information n° 3829 sur le paritarisme, Ass. Nat., 8 juin 2016.

Ass. Nat., 22 mars 2016, compte rendu intégral des débats, 1^{ère} séance, JOAN, 23 mars 2016, p.2285 et s.

Ass. Nat., 5 déc. 2006, compte rendu intégral des débats, 2^{ème} séance, JOAN, 6 déc. 2006, p.8531 et s.

Ass. Nat., 5 déc. 2006, compte rendu intégral des débats, 3^{ème} séance, JOAN, 6 déc. 2006, p.8549 et s.

Ass. Nat., 6 déc. 2006, compte rendu intégral des débats, 2^{ème} séance, JOAN, 7 déc. 2006, p.8612 et s.

Ass. Nat., 7 fév. 2014, compte rendu intégral des débats, 2^{ème} séance, JOAN, 8 fév. 2014, p.1552 et s.

Ass. Nat., 9 juin 1982, compte rendu intégral des débats, 2^e séance, JOAN 10 juin 1982, p.3192.

Ass. Nat., annexe au procès-verbal de la 2^e séance du mercredi 6 décembre 2006, JOAN, 7 déc. 2006, p.8634.

Ass. Nat., question écrite n°22037, JOAN, 12 janv. 2021, p.378.

Astrid PANOSYAN-BOUVET, courrier de la ministre du Travail aux partenaires sociaux, 25 nov. 2024, Liaisons soc. quotidien - L'actualité, n°19173, 28 nov. 2024.

Autorité de la concurrence, Avis n°19-A-13 du 11 juil. 2019 relatif aux effets de la concurrence de l'extension des accords de branche.

Bureau international du travail, Global wage report 2008-2009. Minimum wages and collective bargaining. Towards policy coherence, 2008, Genève, BIT.

Cass., Rapport annuel 2005.

Cass., Rapports annuels 2015 à 2023.

Catherine PROCACCIA, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, n°501, Sénat, 10 juin 2015.

CE, avis sur un projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale, n°393357, Ass. Gén., 22 juin 2017 (<https://www.conseil-etat.fr>).

CE, avis sur un projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, n°389926, Ass. Gén., 16 avr. 2015 (<https://www.conseil-etat.fr>).

CE, Rapport public 2008, vol. 1, rapport d'activité 2007, sect. soc.

CE, Rapport public 2008, vol. 2, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes.

CE, Rapport public 2009, vol. 1, rapport d'activité 2008, sect. soc.

Cécile HABLOT-MUROLO, « Couverture conventionnelle dans les branches- Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique », Rapport de recherche IRES et CFE-CGC, sept. 2018.

CES, avis du 29 nov. 2006, « Consolider le dialogue social », présenté par Paul AURELLI et Jean GAUTIER.

Charles BONIFAY, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures relatives au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et à la garantie des créances des salariés, n°142, Sénat, 15 déc. 1983.

Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, n°3675, Ass. Nat., 7 avr. 2016.

Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, après engagement de la procédure accélérée, de modernisation du droit du travail, n°3909, Ass. Nat, 30 juin 2016.

Christophe SIRUGUE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, n°2792, Ass. Nat., 21 mai 2015.

Claude JEANNEROT, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°359, Sénat, 12 fév. 2014.

Commission nationale de la négociation collective, « Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant », 16 déc. 2013.

Communiqué de presse en Conseil des ministres du 22 janvier 2014, archives Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, 2012-2014, <http://archives.gouvernement.fr>.

Compte rendu de la commission des affaires sociales, Sénat, 16 janv. 2007, https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/affaires-sociales_archives.

Contribution de la Confédération nationale de la mutualité, de la coopération et du crédit agricoles (CNMCCA), <https://agriculture.gouv.fr>.

Cour des comptes, « La sécurité sociale », Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, sept. 2017.

Cour des comptes, « La situation et les perspectives des finances publiques », Rapport de la Cour des comptes, juin 2016.

Cour des comptes, « Les finances publiques : pour une réforme du cadre organique et de la gouvernance », Rapport public thématique, nov. 2020.

Dominique-Jean CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006.

Ernest-Antoine SEILLIERE, Déclaration du 18 janv. 2000 (<http://www.medef.fr>, le 20 janvier 2000).

Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Ass. Nat., 27 juin 2017.

FESAC, Rapport moral 2023.

Feuille de route sociale, juin 2013.

Fonds pour le financement du dialogue social, « Rapport annuel 2022, Utilisation des crédits du Fonds pour le financement du dialogue social », 1^{er} oct. 2023.

Francis VERCAMER, « L'Economie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi », Rapport remis au Premier Ministre, avr. 2010.

François FILLON, Premier ministre, Déclaration de politique générale, Ass. Nat., 24 nov. 2010, JOAN 25 nov. 2010, p. 8729.

Frédérique PUISSAT, « Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective », Sénat, n°722, 30 juin 2021.

Gabin LANGEVIN, « Adhésion aux organisations patronales : une mesure de la couverture patronale », DARES, Document d'études 2019.

Gabin LANGEVIN, « Les extensions des accords de branche : quels sont les entreprises et les salariés concernés ? », DARES analyses, nov. 2018, n°053.

Henri CABANEL et Philippe BONNECARRERE, « Comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017 », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire, Sénat 17 mai 2017.

Hortense ARCHAMBAULT, Jean-Denis COMBREXELLE et Jean-Patrick GILLE, « Bâtir un cadre stabilisé et sécurisé pour les intermittents du spectacle », Rapport, 7 janv. 2015.

INSTITUT MONTAIGNE, « Dernière chance pour le paritarisme de gestion », Rapport, mars 2017.

INSTITUT MONTAIGNE, « Sauver le dialogue social, priorité à la négociation d'entreprise », Rapport, sept. 2015.

Intervention de François Rebsamen, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social à l'assemblée générale de l'UDES du 24 juin 2014, Communiqué de presse UDES, Paris, 25 juin 2014 (<https://www.udes.fr>).

Intervention de Myriam El Khomri, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social à la Convention nationale de l'UDES du 1er octobre 2015 (V. « Le gouvernement adoube l'économie sociale et solidaire (ESS) », La Lettre de l'UDES, n°16, nov. 2015, <http://www.udes.fr>).

Jacques ATTALI, « 300 décisions pour changer la France », Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, La Documentation française.

Jacques CHABAN-DELMAS, Premier ministre, Déclaration de politique générale (« la Nouvelle Société »), Ass. Nat., 1^{ère} séance, 16 sept. 1969, JOAN 17 sept. 1969, p.2250.

Jean AUROUX, Ministre du Travail, « Les droits des travailleurs », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Sept. 1981.

Jean BUNEL, « La Transformation de la représentation patronale en France : CNPF et CGPME », Rapport public, Institut d'Études du Travail, Lyon, nov. 1995, La documentation Française.

Jean CHERIOUX, Rapport n°179 (2003-2004) fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 28 janvier 2004, sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

Jean François PILLIARD, ancien vice-président et président du pôle social du MEDEF, audition du mercredi 11 janvier 2017 par la mission d'information sénatoriale sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire (http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20170109/mi_democratie.html).

Jean LE GARREC, « La démocratie sociale », Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, avr. 2000.

Jean MALLOT, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi (n°2499), visant à étendre la modernisation du dialogue social aux propositions de loi et sur la proposition de résolution (n°2491) tendant à réviser le règlement de l'assemblée nationale, n^{os} 2582 et 2583, Ass. Nat., 9 juin 2010.

Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013.

Jean-Denis COMBREXELLE, « La négociation collective, le travail et l'emploi », Rapport au Premier Ministre, France Stratégie, sept. 2015.

Jean-Frédéric POISSON, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Ass. Nat., 25 juin 2008.

Jean-Frédéric POISSON, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Rapport au Premier Ministre, 28 avr. 2009, La documentation Française.

Jean-Patrick GILLE et Claude JEANNEROT, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, 24 fév. 2014.

Jean-patrick GILLE, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1754, Ass. Nat., 30 janv. 2014.

Jean-Paul DELEVOYE, « Pour un système universel de retraite », Préconisations du Haut-Commissaire à la réforme des retraites, Juil. 2019.

Jean-Pierre RAFFARIN, Premier ministre, Déclaration de politique générale, Ass. Nat., 3 juil. 2002, JOAN 4 juil. 2002, p.1829.

Laurence ABGRALL et Marie GAUTIER-MELLERAY, « Les "clubs parlementaires" », Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Rapport au Président de l'Assemblée Nationale, 25 mai 2016.

Léon BLUM, exposé des motifs du projet à la Chambre des députés le 9 juin 1936, S. 1936, Lois annotées, p.187.

Lettre de mission adressé par Dominique de Villepin à Dominique-Jean Chertier, 10 janvier 2006 (V. Dominique-Jean CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport au Premier Ministre, 31 mars 2006, Annexe 1).

Lettre de mission du 27 juin 2013 adressée par Michel SAPIN, Ministre du Travail, à Jean-Denis Combrexelle, Directeur Général du Travail, (in Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°1, p.84).

Lettre du 24 septembre 2013 de M. Thierry LEPAON, Secrétaire général de la CGT, au ministre du travail sur la représentativité patronale (in Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°3, p.89).

Lettre du 27 septembre 2013 de Michel SAPIN, Ministre du Travail, aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel (in Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », Rapport du Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Direction Générale du Travail, oct. 2013, annexe n°4, p.90).

Lettre du ministre du Travail et de la Participation à Monsieur l'inspecteur général du Travail, directeur régional du travail et de l'emploi d'Ile-de-France, 20 août 1980, Dr. soc. 1992, p.454.

Lettre rectificative au projet de loi favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires présentée par le Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (Conseil des ministres du 09 Mai 1990-Adaptation du régime des contrats précaires, <https://www.vie-publique.fr>).

Louis SOUVET, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte, Sénat, n°556, 29 juin 1994.

Luc DEJOIE, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, relatif à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, Sénat, 31 oct. 1990.

Mathieu GREGOIRE, Claire VIVES, Jérôme DEYRIS « Quelle évolution des droits à l'assurance chômage ? (1979-2020) », Rapport de recherche IRES, Mai 2020.

MEDEF, « Concurrence : marché unique, acteurs pluriels : pour de nouvelles règles du jeu », Rapport, mai 2002.

Message de Myriam El Khomri, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social diffusé lors de l'assemblée générale de l'UDES du 21 juin

2016 (V. Liaisons soc. Quotidien, 23 juin 2016, n°17108, p.4 ; AEF info, n°540880, 24 juin 2016).

Michel DE VIRVILLE, « Pour un code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004.

Ministère du Travail, « Représentativité des organisations syndicales et professionnelles d'employeurs - Mise en œuvre de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale, de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant et de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale », Bilan du cycle 2013-2016, réalisé dans le cadre du Haut Conseil du dialogue social.

Ministère du travail, de l'emploi de la formation professionnelle et du dialogue social, Commission nationale de la négociation collective, « Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant », 16 déc. 2013.

Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Direction générale du travail, « La négociation collective en 2020 », Bilan et rapports, éd. 2021.

Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Direction générale du travail, « La négociation collective en 2019 », Bilan et rapports, éd. 2020.

Ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social, Direction générale du travail, « La négociation collective en 2013 », Bilans et rapports, éd. 2014.

Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, « La construction de la représentativité patronale », rapport non publié, présenté par une équipe pluridisciplinaire sous la responsabilité scientifique de Nicole MAGGI GERMAIN et de Jean-Pierre LE CROM, avr. 2011.

Monique ORPHE, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux outre-mer sur le projet de loi (n°3600) visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Ass. Nat., n°3617, 29 mars 2016.

Nicole NOTAT et Jean-Dominique SENARD, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018.

OCDE, « Les extensions administratives des accords de branche en France : Effets et pistes de réformes », Juil. 2017.

Patrick QUINQUETON, « Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles », Rapport à Madame la ministre du travail, 15 déc. 2015.

Pierre RAMAIN, « Rapport sur la restructuration des branches professionnelles (rapport non définitif) ».

Pierre-Henri TEITGEN, Ass. Nat., débats parlementaires, 2^e séance du 3 janv. 1950, JORF (A.N.) 4 janv. 1950, p.59.

Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale n°813 déposé à l'Assemblée Nationale le 14 mars 2013.

Projet de loi d'orientation pour la souveraineté alimentaire et agricole et le renouvellement des générations en agriculture (adopté par l'Assemblée Nationale le 28 mai 2024, après engagement de la procédure accélérée et enregistré à la Présidence du Sénat, sous le n°639, le 29 mai 2024 ; <https://www.senat.fr>).

Projet de loi ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social, Ass. Nat., n°2412, 13 nov. 2019.

Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs.

Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, Etude d'impact, 21 janv. 2014.

Projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, n°1721, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 janvier 2014.

Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, Etude d'impact, 21 avr. 2015.

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Etude d'impact, 24 mars 2016.

Proposition de loi n°2499 visant à étendre la modernisation du dialogue social aux propositions de loi, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 22 juin 2010.

Proposition de loi pour une meilleure représentation des très petites entreprises et des petites et moyennes entreprises dans le cadre du dialogue social, Ass. Nat., n°2319, 16 oct. 2019.

Protocole approuvé par le Bureau du Sénat du 16 déc. 2009 « organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen, par le Sénat, des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ».

Protocole de l'Assemblée Nationale adopté par la Conférence des Présidents le 16 février 2010 « relatif à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi à caractère social relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ».

Raphaël HADAS-LEBEL, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, La documentation Française.

Réponse du Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion à la question écrite n°16982 de Philippe Mouiller, JO Sénat 14 janv. 2021.

Sénat, 12 fév. 2016, compte rendu intégral des débats, JO Sénat, 13 fév. 2016, p.2744 et s.

Sénat, 17 janv. 2007, compte rendu intégral des débats, JO Sénat, 18 janv. 2007, p.290 et s.

Sénat, 20 fév. 2014, compte rendu intégral des débats, JO Sénat, 21 fév. 2014, p.2181 et s.

Sénat, 24 juin 2015, compte rendu intégral des débats, JO Sénat, 25 juin 2015, p. 6790 et s.

Sénat, questions écrites n^{os} 11707, 11778, 11795, 11930, 11939, 11988, 12099, 12371, 12427, JO Sénat, Réponses des ministres aux questions écrites, 14 janv. 2021, pp.283-287.

Thomas AMOSSE et al., « Les organisations patronales continuités et mutations des formes de représentation du patronat », Rapport de recherche IRES, Mai 2011.

UDES, Rapport annuel 2014.

UDES, Rapport d'activité 2023.

Yves ROBINEAU, « Loi et négociation collective : rapport au ministre du travail et des affaires sociales », mars 1997.

Yves URIETA, « 40 ans de formation professionnelle : bilan et perspectives », Avis du Conseil économique, social et environnemental, Déc. 2011.

JURISCLASSEURS, ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET RÉPERTOIRES

JurisClasseur Sociétés Traité (LexisNexis) :

Bastien BRIGNON et Georges-Albert LUCCIARDI, « Sociétés d'exercice libéral (SEL) - régime général », Fasc. 192-10, 2021.

JurisClasseur Travail Traité (LexisNexis) :

Bernard GAURIAU, « Syndicat professionnel. Constitution. Liberté d'adhésion », Fasc. 12-10, 2022 ; « Syndicat professionnel. Moyens d'action », Fasc. 12-20, 2022 ; « Syndicat professionnel. Unions de syndicats », Fasc. 12-22, 2022.

Gérard VACHET, « Négociation. Convention et accord collectif. Qualification. Nature juridique », Fasc. 1-30, 2021 ; « Négociation. Convention et accord collectif. Conclusion », Fasc. 1-32, 2022 ; « Négociation. Convention et accord collectif. Application », Fasc. 1-34, 2022 ; « Négociation. Convention et accord collectif. Cessation », Fasc. 1-38, 2022.

Répertoire de droit du travail (Dalloz) :

Sophie NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective », oct. 2019, actualisation fév. 2020.

Sophie NADAL et Isabel ODOUL-ASOREY, « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », juin 2022, actualisation avr. 2023.

Marianne KELLER et Gérard LYON-CAEN, « Sources du droit du travail », janv. 1992, actualisation janv. 2016.

Ylias FERKANE, « Syndicats professionnels : constitution et fonctionnement », avr. 2023 ; « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », avr. 2021, actualisation sept. 2022 ; « Syndicats professionnels : prérogatives et action », juin 2020, actualisation juil. 2022.

Bérénice BAUDUIN, « Droit constitutionnel du travail », oct. 2024.

Mélanie SCHMITT, Droit du travail de l'Union européenne, janv. 2011 ; actualisation avr. 2017.

Jean-Paul DOMERGUE, « Chômage : aspects institutionnels », oct. 2021.

SITES INTERNET

<http://archives.gouvernement.fr>

<http://lipietz.net>

<http://www.institutmontaigne.org>

<https://agriculture.gouv.fr>

<https://cpme.fr>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://fesac.fr>

<https://nexem.fr>

<https://shs.cairn.info>

<https://travail-emploi.gouv.fr>

<https://u2p-france.fr>

<https://unapl.fr>

<https://www.agirc-arrco.fr>

<https://www.assemblee-nationale.fr>
<https://www.associations.gouv.fr>
<https://www.axess-asso.fr>
<https://www.conseil-constitutionnel.fr>
<https://www.conseil-etat.fr>
<https://www.courdecassation.fr>
<https://www.dalloz.fr>
<https://www.efl.fr>
<https://www.elnet.fr>
<https://www.fehap.fr>
<https://www.fnsea.fr>
<https://www.force-ouvriere.fr>
<https://www.franceassureurs.fr>
<https://www.ilo.org/fr>
<https://www.insee.fr>
<https://www.labase-lextenso.fr>
<https://www.lamyline.fr>
<https://www.lecese.fr>
<https://www.legifrance.gouv.fr>
<https://www.lexbase.fr>
<https://www.lexisnexis.com/fr>
<https://www.medef.com/fr>
<https://www.senat.fr>
<https://www.tsa-quotidien.fr>
<https://www.udes.fr>
<https://www.unedic.org>
<https://www.vie-publique.fr>

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros des pages.

A

- Accord collectif, 16, 37, 39, 43, 46, 48, 52, 53, 57, 84, 85, 106, 115, 120, 131, 151, 158, 159, 161, 167, 185, 188, 200, 216, 223, 228, 229, 231, 232, 234, 251, 253, 259, 287, 309, 310, 324, 325, 326, 327, 328, 339, 345, 375, 393, 396, 474, 480, 551, 664, 677, 690, 716, 729, 746
- Accord d'entreprise, 44, 45, 62, 97, 186, 222, 225, 226, 729, 732, 746
- Accord de branche, 44, 93, 97, 115, 225, 256, 267, 318, 339, 376, 398, 628, 648, 650, 662, 664, 721, 728
- Accord interbranches, 89, 254, 255, 256, 302, 303, 304, 315, 662, 664, 690
- Accord-cadre, 228, 229, 234
- Accords professionnels, 57, 83, 88, 97, 187, 188, 189, 192, 260, 267, 327, 329, 347, 348, 479, 512, 583, 657, 662, 664, 683, 692, 723, 725, 731, 732
- Activités agricoles, 581, 584, 589, 591, 592, 597, 603, 661, 670, 671, 681, 683, 684, 685, 686, 710
- Adhésion, 27, 35, 46, 55, 125, 170, 237, 240, 257, 258, 259, 277, 301, 311, 328, 334, 366, 390, 395, 435, 438, 442, 448, 470, 471, 473, 475, 476, 478, 479, 484, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 512, 513, 515, 519, 521, 524, 527, 528, 565, 579, 580, 583, 584, 585, 612, 613, 614, 616, 617, 673, 701, 714, 720, 721, 728, 734, 736, 747, 748
- Agrément, 159, 184, 236, 239, 241, 259, 260, 262, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 280, 289, 299, 301, 307, 309, 310, 431, 433, 489, 498, 550, 551, 553, 560, 605, 648, 697, 729, 730
- Amendement, 175, 177, 214, 235, 409, 420, 421, 422, 423, 496, 506, 590, 606, 608, 624, 634, 669, 670, 700, 738
- Ancienneté, 28, 360, 411, 442, 450, 455, 458, 459, 466, 468, 484, 565, 567, 571, 576, 577, 596, 656
- ANI, 17, 18, 20, 45, 56, 167, 170, 171, 172, 174, 176, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 202, 210, 214, 216, 221, 222, 223, 224, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 270, 272, 273, 274, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 288, 289, 291, 293, 295, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 311, 312, 313, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 329, 331, 333, 335, 336, 337, 339, 341, 342, 343, 344, 350, 352, 355, 356, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 367, 368, 369, 371, 373, 384, 387, 391, 395, 406, 413, 416, 417, 425, 490, 498, 505, 514, 515, 520, 521, 523, 525, 527, 533, 541, 551, 560, 561, 568, 571, 575, 604, 615, 619, 620, 621, 622, 623, 627, 629, 631, 632, 648, 655, 661, 662, 664, 671, 694, 697, 698, 699, 700, 708, 718, 721, 724, 726, 727, 730, 733, 735, 736, 737, 738, 739, 745, 746, 748, 749
- Application volontaire, 258, 259, 366
- Association, 140, 161, 163, 165, 168, 169, 193, 203, 205, 211, 295, 309, 384, 387, 412, 485, 486, 489, 490, 491, 492, 494, 496, 550, 598, 627, 630, 648, 696
- Assurance chômage, 143, 144, 146, 148, 156, 157, 158, 159, 160, 184, 196, 236, 237, 239, 243, 251, 261, 272, 273, 274, 276, 277, 280, 285, 288, 289, 290, 293, 301, 306, 389, 390, 489, 527, 558, 604, 607, 608, 610, 619, 630, 698, 709, 710, 730
- Attitude patriotique, 28, 460
- Audience, 28, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 189, 302, 323, 333, 407, 411, 412, 432, 435, 437, 438, 442, 445, 447, 448, 449, 450, 453, 455, 458, 463, 465, 468, 470, 471, 472, 473, 474, 476, 477, 479, 480, 482, 483, 484, 495, 498, 501, 502, 503, 504, 505, 507, 508, 511, 514, 519, 528, 539, 565, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 583, 586, 587, 596, 610, 611, 614, 617, 651, 652, 653, 656, 657, 659, 660, 664, 677, 690, 691, 692, 693, 703, 706, 714, 718, 719, 720, 721, 732, 734
- Autonomie collective, 99, 102, 195, 198

B

Branche, 17, 20, 24, 25, 38, 44, 50, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 105, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 128, 129, 131, 133, 152, 153, 154, 155, 159, 174, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 210, 216, 217, 222, 226, 228, 230, 231, 248, 249, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 263, 265, 267, 268, 291, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 310, 311, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 327, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 338, 339, 340, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 360, 363, 364, 366, 367, 368, 373, 375, 376, 386, 390, 392, 395, 404, 405, 407, 417, 431, 433, 436, 437, 442, 445, 447, 449, 451, 453, 456, 459, 469, 473, 474, 475, 476, 479, 480, 486, 490, 491, 498, 499, 501, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 512, 513, 515, 519, 521, 523, 526, 531, 552, 572, 573, 576, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 587, 602, 606, 609, 615, 616, 617, 651, 652, 655, 656, 657, 658, 661, 662, 664, 665, 666, 673, 674, 675, 677, 678, 680, 682, 683, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 695, 700, 706, 709, 710, 714, 721, 723, 724, 725, 729, 731, 732, 735, 736, 739, 741, 745, 746, 747

Branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, 17, 232, 333, 457, 508, 509, 518, 519, 541, 680, 702, 707, 713

C

Carence de la négociation collective, 93, 268, 301, 308, 313, 357, 366, 527, 736

CFDT, 29, 391, 423, 440, 547

CFE-CGC, 391, 430, 708

CFTC, 28, 142, 144, 391, 423, 440, 547

CGPME, 174, 332, 355, 359, 361, 364, 379, 383, 384, 386, 388, 389, 391, 393, 394, 414, 416, 420, 421, 422, 423, 431, 432, 440, 441, 482, 494, 499, 534, 540, 550, 558, 560, 564, 566, 569, 570, 638, 640, 708, 741

CGT, 28, 136, 144, 262, 285, 391, 423, 440, 443, 547

CGT-FO, 28, 144, 285

CNMCCA, 388, 414, 422, 593, 638, 639, 640

CNPF, 142, 144, 156, 165, 174, 195, 237, 244, 261, 262, 301, 306, 322, 334, 337, 354, 368, 384, 385, 386, 388, 389, 390, 489, 498, 500, 527, 708

CNPL, 537, 596, 614, 616

Concurrence, 25, 26, 41, 68, 84, 107, 108, 109, 115, 123, 129, 224, 346, 349, 442, 687, 724, 728

Contra legem, 737

Contrôle d'opportunité, 114, 727, 728

Contrôle de légalité, 112, 113, 118, 727, 737

Convention collective de branche, 83, 84, 89, 101, 332, 348, 470

Conventions collectives de sécurité sociale, 131, 148, 149, 237

Cotisations, 27, 28, 133, 141, 287, 400, 455, 462, 484, 502, 579, 585, 646, 721

CPME, 306, 313, 318, 387, 499, 506, 611, 616, 638, 644, 672, 704, 708

CPPNI, 349, 450

Critères de la représentativité, 17, 18, 28, 32, 49, 51, 57, 255, 380, 443, 445, 455, 457, 493, 519, 522, 609, 626, 656, 679, 683, 697, 700, 707, 721, 722, 747

CSE, 189, 459, 691, 719, 732

Cycle électoral, 407, 452, 453, 459

D

Démocratie politique, 21, 102, 162, 164, 193, 214, 718, 738

Démocratie sociale, 21, 51, 52, 55, 102, 133, 134, 161, 162, 163, 164, 170, 193, 206, 213, 233, 244, 285, 410, 441, 446, 453, 471, 503, 505, 528, 572, 573, 647, 696, 700, 718, 738, 750

Dialogue social, 18, 21, 55, 59, 61, 62, 63, 168, 194, 195, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 211, 213, 215, 246, 314, 350, 391, 418, 421, 422, 424, 429, 441, 443, 495, 511, 536, 538, 540, 545, 546, 547, 555, 558, 565, 571, 578, 579, 589, 590, 595, 608, 625, 629, 634, 644, 647, 649, 660, 684, 687, 689, 698, 700, 739, 743, 750

Dialogue social européen, 199

Droit conventionnel de la sécurité sociale, 140, 159

Droit d'opposition, 47, 48, 310, 479, 481, 497, 504, 505, 521, 578, 660, 664, 692, 716

Droit de la négociation collective, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 30, 37, 38, 45, 96, 102, 163, 217, 229, 270, 297, 305, 309, 311, 312, 322, 359, 422, 490, 514, 574, 575, 600, 700, 710, 713, 734, 739, 747, 749

Droit syndical, 15, 22, 29, 166, 173, 379, 488

Dualisme, 105

E

Economie sociale et solidaire, 306, 322, 415, 426, 517, 534, 542, 546, 547, 565, 582, 584,

590, 591, 592, 597, 598, 599, 603, 608, 613, 616, 618, 642, 658, 666, 670, 690, 710
 Effectifs, 28, 32, 400, 402, 403, 410, 411, 437, 439, 455, 463, 477, 503, 506, 508, 596, 611, 677, 704, 715, 720, 721
 Effet relatif, 16, 79, 103, 224, 231
 Elargissement, 22, 65, 93, 96, 111, 147, 150, 174, 187, 241, 259, 260, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 277, 280, 281, 301, 304, 305, 307, 311, 312, 313, 317, 319, 321, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 356, 366, 367, 368, 376, 417, 527, 571, 620, 621, 630, 643, 676, 697, 726, 730, 736
 Elections professionnelles, 30, 47, 54, 161, 407, 412, 452, 455, 718, 719
 Enquêtes de représentativité, 450, 453
Erga omnes, 23, 35, 46, 103, 375, 376, 521, 725
 Expérience, 28, 160, 442, 458, 468, 565
 Extension, 16, 24, 25, 33, 34, 35, 36, 37, 54, 55, 57, 68, 69, 70, 75, 76, 83, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 119, 120, 123, 124, 126, 128, 129, 130, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 174, 183, 184, 185, 186, 222, 224, 236, 241, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 272, 273, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 298, 300, 302, 303, 304, 307, 310, 311, 313, 315, 316, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 344, 346, 347, 349, 355, 356, 357, 361, 362, 364, 365, 367, 368, 376, 392, 394, 395, 397, 398, 402, 404, 405, 406, 419, 431, 433, 435, 442, 450, 452, 474, 479, 481, 483, 484, 485, 486, 488, 489, 490, 491, 492, 496, 497, 498, 504, 505, 514, 520, 522, 524, 525, 526, 528, 536, 537, 550, 552, 553, 564, 578, 597, 643, 656, 658, 660, 664, 666, 678, 692, 716, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 730, 731, 735, 736, 737, 748

F

FESAC, 610, 619, 624, 638, 639, 642, 644, 684, 687, 710
 Filière, 91, 96, 97, 98, 298, 345, 347
 Financement des organisations syndicales et patronales, 647, 695
 FNSEA, 318, 388, 414, 415, 422, 423, 431, 540, 541, 558, 559, 566, 567, 569, 571, 589, 590, 592, 593, 609, 617, 618, 619, 620, 624, 630, 635, 638, 639, 640, 642, 644, 682, 684, 686, 697, 698, 709, 710, 711

G

Garanties sociales, 36, 46, 150, 185, 187, 210, 224, 667

Groupement de branches, 125, 155, 256, 261, 264, 300, 303, 311, 526

H

Hors champ, 17, 18, 21, 25, 58, 210, 211, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 365, 367, 368, 378, 417, 425, 443, 445, 518, 531, 533, 546, 550, 556, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 566, 567, 568, 569, 570, 572, 575, 580, 581, 582, 583, 584, 587, 588, 589, 590, 609, 617, 618, 619, 622, 624, 625, 626, 627, 629, 631, 632, 636, 639, 643, 655, 660, 668, 669, 670, 671, 673, 674, 696, 697, 701, 703, 708, 734, 738, 739, 741, 743, 746, 748

I

Indépendance, 27, 28, 33, 410, 442, 455, 458, 461, 462, 565, 576
 Influence, 32, 33, 201, 259, 264, 283, 354, 380, 442, 455, 458, 459, 468, 484, 565, 576, 684, 688
Inter partes, 35, 376
 Interbranche, 301, 302, 303, 514, 551, 663, 706, 709
 Intérêts collectifs de la profession, 22
 Interprofession, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 58, 59, 63, 67, 127, 153, 155, 156, 160, 186, 210, 211, 216, 217, 219, 221, 223, 248, 249, 250, 254, 262, 268, 284, 292, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 311, 312, 313, 314, 315, 318, 320, 321, 322, 323, 335, 336, 337, 338, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 356, 357, 359, 365, 367, 368, 369, 371, 373, 375, 376, 377, 378, 380, 386, 406, 413, 417, 420, 429, 432, 436, 445, 475, 476, 507, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 522, 523, 525, 527, 528, 529, 531, 534, 535, 536, 537, 538, 542, 546, 547, 548, 550, 552, 553, 555, 558, 568, 572, 575, 585, 595, 597, 601, 603, 611, 613, 616, 618, 624, 625, 627, 629, 642, 643, 644, 650, 654, 663, 668, 672, 673, 680, 696, 697, 699, 700, 701, 703, 706, 707, 708, 709, 711, 714, 722, 732, 733, 734, 735, 737, 739, 741, 743, 745, 747, 748, 749

J

Juridicité, 100, 123, 298, 375

L

Label, 31, 382, 383, 395, 414, 511, 534
 Légitimité, 16, 20, 21, 26, 45, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 57, 161, 162, 170, 190, 213, 318, 376,

407, 412, 418, 419, 429, 433, 434, 437, 438,
441, 471, 579, 602, 647, 660, 674, 678, 686,
688, 689, 700, 718, 726, 732, 737
Liberté contractuelle, 33, 71, 179, 249, 252,
253, 283, 297, 300, 342, 404
Liberté d'adhésion, 22, 617
Liberté d'association, 501
Liberté de la négociation collective, 659
Liberté syndicale, 35, 82, 475, 481, 485, 501,
715
Loi de la profession, 24, 101, 106, 107, 112,
128, 346, 721
Loi négociée, 61, 168, 170, 171, 172, 179, 180,
184, 193, 199, 213, 235, 281, 418, 745

M

Majorité d'engagement, 48, 53, 161, 188, 732
Majorité d'opposition, 48, 188
MEDEF, 195, 262, 264, 306, 311, 312, 313,
315, 316, 317, 318, 322, 328, 332, 334, 355,
359, 361, 363, 364, 368, 379, 383, 385, 386,
391, 393, 394, 414, 416, 420, 421, 422, 423,
431, 440, 441, 480, 482, 494, 498, 499, 506,
534, 540, 550, 558, 564, 566, 569, 570, 611,
638, 640, 644, 672, 708, 717, 741
Mensualisation, 170, 174, 282
Multi-adhésion, 500, 501, 583

N

Négociation collective, 15, 26, 29, 31, 32, 36,
37, 38, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 51, 53,
56, 57, 59, 61, 67, 69, 70, 72, 73, 89, 97, 114,
128, 129, 131, 137, 144, 161, 163, 164, 165,
166, 167, 169, 170, 171, 177, 181, 183, 187,
193, 194, 195, 198, 202, 210, 215, 216, 219,
232, 233, 243, 247, 254, 266, 278, 286, 287,
288, 292, 294, 310, 311, 345, 351, 353, 358,
360, 375, 382, 387, 390, 404, 406, 412, 413,
414, 419, 420, 421, 424, 426, 429, 451, 454,
459, 468, 480, 481, 489, 492, 493, 497, 509,
520, 521, 535, 540, 550, 553, 554, 564, 565,
568, 575, 579, 613, 638, 640, 655, 658, 660,
662, 684, 689, 690, 701, 722, 731, 732, 739,
743, 745, 746, 747
Négociation dérogatoire, 41, 42, 43
Négociation multi-professionnelle, 658, 661,
664, 689, 691
Négociation nationale et interprofessionnelle,
17, 208, 210, 245, 251, 284, 295, 314, 371,
373, 413, 420, 422, 425, 518, 561, 621, 626,
630, 634, 670, 697, 747
Niveau national et interprofessionnel, 16, 17,
18, 19, 20, 50, 55, 56, 58, 142, 165, 166, 197,
208, 216, 239, 255, 284, 290, 301, 302, 303,

304, 314, 322, 323, 333, 352, 377, 378, 381,
383, 388, 389, 390, 391, 394, 395, 396, 407,
410, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420,
421, 423, 426, 427, 429, 435, 436, 437, 439,
440, 441, 443, 444, 445, 447, 449, 456, 459,
473, 475, 478, 496, 498, 499, 500, 501, 502,
503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511,
512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520,
522, 525, 526, 527, 528, 529, 531, 533, 534,
535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 546, 547,
548, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560,
561, 562, 563, 564, 567, 568, 569, 570, 573,
574, 575, 576, 579, 580, 582, 583, 584, 587,
591, 601, 605, 607, 611, 612, 613, 615, 617,
620, 622, 623, 626, 636, 639, 641, 642, 648,
651, 653, 656, 657, 658, 661, 671, 672, 673,
678, 679, 681, 686, 689, 691, 696, 697, 701,
702, 703, 704, 705, 706, 708, 709, 710, 711,
714, 718, 719, 721, 722, 723, 724, 726, 731,
733, 734, 735, 738, 739, 741, 743, 747, 748,
749

Niveau national et multi-professionnel, 56, 58,
531, 573, 574, 576, 578, 579, 580, 581, 582,
584, 585, 586, 587, 588, 593, 603, 611, 612,
613, 616, 617, 620, 621, 625, 629, 637, 638,
642, 650, 652, 653, 655, 656, 657, 658, 659,
660, 662, 678, 679, 681, 682, 683, 685, 686,
688, 689, 690, 691, 692, 695, 697, 700, 739

O

Organisations professionnelles d'employeurs,
17, 19, 56, 57, 79, 408, 410, 436, 437, 470,
477, 484, 494, 496, 497, 510, 529, 531, 538,
581, 582, 593, 608, 612, 613, 615, 626, 636,
639, 647, 651, 660, 664, 672, 693, 695, 714,
722, 723, 732
Organisations syndicales de salariés, 16, 17, 19,
53, 54, 55, 56, 136, 188, 208, 247, 255, 259,
290, 302, 310, 317, 323, 350, 354, 375, 377,
379, 382, 388, 392, 394, 396, 406, 408, 411,
419, 420, 421, 429, 430, 433, 435, 437, 439,
440, 441, 443, 447, 451, 455, 456, 495, 507,
517, 529, 533, 536, 540, 541, 554, 575, 605,
636, 639, 641, 642, 647, 651, 653, 657, 658,
659, 664, 679, 690, 691, 693, 694, 695, 702,
706, 718, 719, 720, 725, 731, 733

P

Paritarisme, 140, 163, 284, 285, 286, 287, 288,
289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 348,
350, 351, 352, 389, 413, 431, 520, 533, 536,
538, 565, 595, 625, 633, 635, 639, 644, 650,
651, 653, 655, 687, 694, 695, 700, 723, 727,
739

Partenaires sociaux, 20, 25, 41, 45, 48, 49, 50, 55, 75, 77, 85, 99, 102, 131, 135, 140, 144, 148, 152, 161, 162, 164, 165, 166, 168, 169, 171, 172, 173, 178, 179, 180, 182, 193, 194, 195, 198, 199, 201, 202, 203, 205, 207, 211, 214, 229, 232, 233, 234, 235, 238, 240, 243, 245, 247, 249, 251, 259, 273, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 294, 295, 317, 319, 351, 352, 353, 382, 423, 424, 426, 445, 451, 507, 508, 597, 604, 609, 621, 635, 636, 639, 641, 648, 675, 681, 694, 718, 725, 726, 727, 737, 738, 745, 746

Pluralisme, 22, 26, 27

Politique contractuelle, 45, 165, 166, 167, 169, 178, 182, 195, 215, 289, 385

Portée de la représentativité, 417, 431, 703, 733, 747

Position commune, 45, 196, 198, 199, 441, 471, 570

Pré-législation, 232, 239, 295, 418

Présomption irréfragable de représentativité, 30, 49, 51

Principe constitutionnel de participation, 38

Principe de concordance, 31, 33, 37, 51, 399, 406, 469, 515

Principe de participation, 179, 481

Profession, 22, 25, 38, 59, 68, 91, 96, 98, 107, 112, 122, 123, 129, 131, 145, 154, 155, 170, 193, 222, 255, 298, 299, 303, 337, 345, 485, 509, 710, 724

Professions libérales, 25, 269, 306, 314, 318, 337, 342, 358, 359, 362, 367, 379, 390, 410, 414, 420, 422, 423, 431, 492, 500, 534, 535, 536, 537, 541, 542, 550, 555, 559, 563, 564, 566, 582, 589, 590, 591, 592, 594, 595, 596, 597, 603, 610, 611, 612, 613, 614, 616, 618, 619, 669, 670, 690, 711

R

Reconnaissance mutuelle, 381, 382, 429, 433, 607

Refondation sociale, 195

Régimes de protection sociale, 15, 132, 185, 238, 244, 745

Régimes de protection sociale complémentaire, 132, 185, 238

Représentation patronale, 17, 20, 21, 57, 58, 59, 80, 375, 404, 434, 436, 457, 470, 478, 498, 534, 545, 558, 560, 564, 566, 568, 569, 570, 578, 582, 589, 590, 617, 619, 622, 623, 638, 669, 674, 688, 700, 701, 703, 707, 709, 714, 723, 741, 747, 749

Représentation salariale, 287, 375, 639, 723

Représentativité au niveau national et interprofessionnel, 18, 388, 395, 498, 505, 508, 512, 513, 519, 533, 574, 584, 616, 642, 701, 705, 736, 739, 749

Représentativité au niveau national et multi-professionnel, 17, 573, 584, 587, 612, 656, 683, 687, 695, 701

Représentativité démontrée, 29, 447, 739

Représentativité par affiliation, 29, 31

Représentativité présumée, 19, 29, 49, 54, 393, 399, 406, 447, 471, 557, 739

Respect des valeurs républicaines, 442, 455, 458, 460, 565, 576

Restructuration des branches professionnelles, 59, 85, 644, 658, 674, 676, 677, 678, 681, 684, 745

Retraites complémentaires, 138, 144, 146, 159, 160, 236, 290, 293

S

Secteur du spectacle vivant et enregistré, 591, 603, 608, 610, 669, 670, 685, 710

Secteur professionnel, 37, 93, 254, 259, 267, 601

Secteur territorial, 93, 259, 267, 340, 676

Sécurité sociale, 75, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 147, 149, 150, 161, 173, 238, 240, 244, 251, 271, 277, 280, 284, 288, 293, 313, 327, 328, 336, 358, 359, 572, 634, 645, 730, 745

Séparation des pouvoirs, 106, 323, 326, 329, 393, 398

Solidarité nationale, 15, 61, 63, 221, 240, 414, 745

Subsidiarité, 201, 226, 228, 666

Syndicats professionnels, 23, 358, 359, 485, 487, 493, 494, 496, 497, 691

T

Transparence financière, 411, 442, 455, 458, 462, 464, 484, 565, 576, 586, 645, 647

Transposition, 185, 210, 236, 246, 260, 280, 281, 282, 283, 284, 344, 349, 357, 361, 365, 425, 457, 471, 568, 571, 620, 623, 627, 630, 631, 632, 698, 699, 700, 726, 736, 737, 738, 746

U

U2P, 390, 483, 500, 539, 611, 612, 613, 614, 616, 638, 642, 644, 672, 716, 720

UDES, 546, 555, 565, 566, 567, 569, 570, 571, 589, 590, 592, 601, 603, 609, 617, 618, 620, 623, 624, 629, 630, 634, 635, 638, 639, 640,

642, 644, 657, 663, 665, 666, 684, 687, 695,
696, 697, 704, 707, 710, 711
UNAPL, 318, 332, 379, 390, 414, 415, 422,
423, 425, 431, 492, 510, 534, 535, 536, 537,
539, 540, 541, 553, 555, 557, 558, 559, 562,
566, 567, 569, 570, 571, 589, 590, 592, 596,
609, 611, 612, 613, 614, 616, 617, 618, 619,

620, 624, 630, 635, 638, 640, 645, 697, 698,
711
UPA, 306, 313, 318, 332, 355, 359, 361, 364,
379, 383, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 394,
414, 416, 420, 421, 422, 423, 431, 432, 441,
482, 534, 535, 536, 539, 540, 553, 557, 558,
560, 564, 566, 569, 570, 611, 613, 619, 638,
640, 708, 709, 713, 741

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	5
Sommaire	7
Liste des abréviations.....	9
INTRODUCTION.....	15
La consubstantialité des systèmes juridiques mobilisés.....	16
L'esprit et l'objet de notre recherche	18
Les intérêts du sujet.....	18
Une approche historique préalable : l'édification d'un droit de la représentativité marquée par l'évolution du droit conventionnel	21
Plan de l'étude.....	57
PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'INTERPROFESSION	61
TITRE I : UNE NOTION LIEE AU DEVELOPPEMENT DE LA NEGOCIATION INTERPROFESSIONNELLE.....	65
CHAPITRE I : Une négociation de branche « élargie ».....	67
Section 1. La branche, pivot de la négociation collective.....	67
§ 1. Les difficultés d'appréhension de la branche d'activité	68
A. Les méthodes d'identification éprouvées.....	69
1- La méthode analytique ou la conception libérale de la branche	69
2- La fixation autoritaire ou la conception stricte de la branche.....	70
B. La méthode d'identification retenue	71
1- La liberté des parties	72
2- Une liberté facteur de désordre	79
§ 2. Un essai de clarification	81
A. L'absence d'une définition légale de la branche.....	82
1- Une confusion législative entre la convention collective et la branche	82
2- Des ébauches de distinction	84
B. Les apports doctrinaux à la définition de la branche.....	89
1- Les débats sur l'opportunité d'une définition	89
2- L'étude de notions voisines	91
C. Approche synthétique de la notion de branche	98

1- La branche norme et la branche entité	98
2- La branche, fruit d'un construit social	99
Section 2. La consécration d'une conception « élastique » de la branche	100
§ 1. L'extension, vecteur de transformation de la convention collective	101
A. Le droit public au secours du droit privé	101
1- Les rapports entre norme privée et norme publique	101
2- La nature juridique de la convention collective étendue	104
B. L'élévation de la convention collective en loi de la profession	107
1- La finalité de l'extension	107
2- Les effets de l'extension	110
§ 2. L'extension, support de définition de la branche	112
A. Le contrôle ministériel préalable au prononcé de l'extension	113
1- Le contrôle d'opportunité	115
2- Le contrôle de légalité.....	116
B. La définition ministérielle de la branche	118
1- Les exclusions d'activité.....	120
2- Les critères d'identification de la branche	122
Conclusion du chapitre I	128
CHAPITRE II : Une négociation autonome	129
Section 1. L'essor de la négociation interprofessionnelle	130
§ 1. Une négociation « au-delà du travail ».....	131
A. L'émergence des régimes de protection sociale complémentaire.....	132
1- Une réaction aux régimes légaux de sécurité sociale.....	132
2- Les accords fondateurs.....	137
B. Une application subsidiaire du droit commun des conventions collectives....	148
1- Une conception restrictive de la convention collective de travail	152
2- Le statut juridique particulier de la convention collective de sécurité sociale	155
§ 2. Une négociation « légiférante ».....	160
A. Une négociation « prospective »	161
1- L'association des partenaires sociaux à la prise de décision publique	161
2- La mise en œuvre d'une « politique contractuelle »	165
B. Une négociation inaugurant de nouveaux rapports entre la loi et le contrat ...	167
1- Le concept de « loi négociée ».....	168

2- Les variantes de la loi négociée	172
Section 2. La négociation interprofessionnelle saisie par le droit du travail.....	182
§ 1. Une entrée progressive dans le Code du travail	183
A. L'application du droit des conventions collectives de travail à l'accord interprofessionnel.....	183
1- Un assouplissement des règles d'extension des conventions collectives de travail.....	184
2- Un statut mélangé à celui des conventions collectives de branche.....	186
B. L'identification d'un niveau de négociation « autonome ».....	187
1- Un régime dissocié de la convention collective de branche	188
2- Une place à part entière dans le Code du travail.....	190
§ 2. Une clarification des rapports entre l'accord national interprofessionnel et la loi	193
A. Les facteurs d'une institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi	194
1- La revendication d'une autonomie collective	194
2- L'influence du droit communautaire	199
3- Les recommandations nationales	202
B. La consécration de la négociation nationale interprofessionnelle « légiférante »	205
1- Le choix d'une méthode d'institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi.....	205
2- Le contenu et la portée du dispositif d'institutionnalisation des rapports entre l'ANI et la loi	208
Conclusion du chapitre II	216
Conclusion du titre I.....	217
TITRE II : UNE NOTION SUJETTE A DISCUSSION.....	219
CHAPITRE I : L'enjeu d'une définition de l'interprofession	221
Section 1. La vocation générale de la négociation interprofessionnelle	221
§ 1. La typologie des accords nationaux interprofessionnels	222
A. L'ANI autonome	223
1- Une normativité propre	223
2- Une portée limitée.....	228
B. L'ANI délégué.....	232
1- L'ANI pré-législatif	232
2- L'ANI post-législatif.....	236

3- Une portée par essence universelle	244
§ 2. Le champ d'application des accords nationaux interprofessionnels	245
A. La détermination du champ d'application territorial	245
1- Un champ national	245
2- Des champs restreints	249
B. La détermination du champ d'application professionnel	250
1- La définition du champ d'application professionnel	251
2- La vocation omni-branches de l'ANI	253
C. Les techniques juridiques au service du rayonnement de l'ANI.....	257
1- Les techniques « conventionnelles ».....	258
a) L'application volontaire	258
b) L'adhésion.....	259
2- Les techniques « réglementaires »	260
a) L'extension	260
b) L'élargissement	264
c) L'agrément	270
d) La transposition	280
3- En guise de bilan : l'imperfection des techniques juridiques d'expansion du champ de l'accord	283
Section 2. L'enjeu institutionnel d'une définition de l'interprofession.....	284
§ 1. Du paritarisme de négociation au paritarisme de gestion.....	284
A. La définition du paritarisme	285
1- Une définition composite	285
2- Une traduction juridique	286
B. L'incarnation du paritarisme : les instances issues de la négociation nationale interprofessionnelle.....	288
1- Un paritarisme pur	288
2- Une approche synthétique des instances paritaires issues de la négociation nationale interprofessionnelle	289
§ 2. Le paritarisme octroyé par la puissance publique	292
A. Un paritarisme de « participation ».....	292
B. Des modes d'intervention divers.....	293
Conclusion du chapitre I	295
CHAPITRE II : La recherche d'une définition de l'interprofession.....	297

Section 1. Les éléments d'une définition	297
§ 1. Une pluralité de professions	297
A. La réunion de plusieurs branches	298
1- La distinction entre la profession et l'interprofession.....	298
2- L'étendue de l'interprofession	299
B. La réunion de branches disparates	301
1- Un risque de confusion entre l'interprofession et l'interbranche.....	302
2- L'absence de déterminants économiques et sociaux communs	303
§ 2. Le débat sur l'unicité de l'interprofession	305
A. La conception pluraliste de la notion : la pluri-interprofession	305
1- La relativité des effets du contrat induisant la multiplicité.....	305
2- L'élargissement corroborant la multiplicité.....	307
B. La conception unitaire de la notion : la mono-interprofession.....	308
1- La thèse de la mono-interprofession liée à la détermination du champ d'application de l'ANI	308
2- La thèse de la mono-interprofession autonome	314
Section 2. Les limites des éléments de définition communément admis	320
§ 1. Les limites tenant à l'approche de l'interprofession au travers du champ d'application de l'ANI.....	321
A. Les limites tenant à l'apport de l'extension	321
1- Les limites professionnelles de l'extension de l'ANI	321
2- L'évolution du contrôle juridictionnel sur le champ d'application de l'accord étendu	323
B. Les limites tenant à l'apport de l'élargissement.....	335
1- L'absence présumée de limites professionnelles	335
2- Les exigences législatives	338
§ 2. L'examen d'autres voies.....	344
A. Les concepts écartés.....	344
1- L'approche économique.....	345
2- La notion d'interprofession en droit rural	346
B. L'approche institutionnelle	348
1- La distinction entre l'accord interprofessionnel et l'interprofession	348
2- L'apport du paritarisme de gestion	351
C. L'appréhension de l'interprofession au travers du « hors champ »	353

1- La notion de « hors champ »	353
a) La formation professionnelle, berceau du « hors champ »	353
b) La définition juridique du « hors champ »	355
2- Les contours du « hors champ »	357
a) L'inventaire des secteurs « hors champ »	358
b) La difficulté d'une approche exhaustive du « hors champ »	365
Conclusion du chapitre II	369
Conclusion du titre II	371
Conclusion de la première partie	373
DEUXIEME PARTIE : L'APPORT DE LA REFORME DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE A LA NOTION D'INTERPROFESSION	375
TITRE I : UNE CLARIFICATION DE LA REPRESENTATIVITE PATRONALE AU NIVEAU NATIONAL ET INTERPROFESSIONNEL	379
CHAPITRE I : Une clarification devenue nécessaire	381
Section 1. Un accès à la représentativité patronale peu encadré par le droit positif antérieur	381
§ 1. Une représentativité concédée	381
A. De la reconnaissance mutuelle au « label » de représentativité	382
B. Les organisations « labellisées »	383
1- Le MEDEF	383
2- La CGPME	386
3- L'UPA	387
§ 2. Une représentativité contestée	390
A. Des problèmes de frontière	390
B. Une contestation des branches	394
Section 2. Les facteurs d'une réforme	396
§ 1. Les facteurs généraux de la réforme de la représentativité patronale	396
A. Une régulation juridique croissante des questions liées à la représentativité patronale	396
1- Les voies de reconnaissance de la représentativité patronale	397
2- Les limites du système de reconnaissance de la représentativité patronale	398
B. L'incidence de la réforme de la représentativité syndicale	406
1- La modernisation opérée par la loi du 20 août 2008	406

2- Le constat d'une asymétrie entre les parties à la négociation collective	408
§ 2. Les facteurs spécifiques au niveau national et interprofessionnel.....	413
A. Les questions récurrentes	413
1- La composition des instances.....	413
2- Le champ d'application des ANI étendus	416
B. L'influence de la loi du 31 janvier 2007	418
1- Le besoin d'une légitimité renforcée	418
2- La désignation des acteurs	419
Conclusion du chapitre I	426
CHAPITRE II : Une clarification réalisée	429
Section 1. Les principes généraux encadrant la représentativité patronale	429
§ 1. Les sources de la réforme de la représentativité patronale	430
A. Les prémices d'une réforme.....	430
1- Une question effleurée dans certains rapports	430
2- Une investigation par la doctrine	434
B. Les travaux préparatoires	440
1- Les engagements politiques	440
2- La concertation préalable	441
3- Le rapport sur la réforme de la représentativité patronale	445
§ 2. Une volonté d'alignement avec la représentativité salariale	446
A. Des principes communs	447
1- Une représentativité montante	447
2- Une représentativité déterminée en amont.....	448
B. Un tronc commun de critères	455
1- Une liste commune	455
2- Une appréciation adaptée	457
§ 3. La prise en compte des particularités du monde patronal	470
A. La mesure de l'audience patronale.....	470
1- Le choix de l'adhésion	470
2- Contenu et modalités d'appréciation	473
B. La forme juridique des organisations patronales représentatives.....	484
1- Un débat ancien.....	485
2- Un débat quasiment refermé	493

Section 2. L'adaptation des règles de représentativité au niveau national et interprofessionnel	498
§ 1. La prise en compte des adhésions multiples.....	498
A. Une pratique patronale soulevant des difficultés	499
1- L'origine de la multi-adhésion.....	499
2- Une complexité particulière au niveau national et interprofessionnel	501
B. Le traitement spécifique des multi-adhésions au niveau national et interprofessionnel.....	502
1- Les solutions envisageables	502
2- La solution retenue.....	503
§ 2. L'exigence d'implantations multiples	507
A. La justification d'une implantation dans certains secteurs d'activité	507
1- Une délimitation du périmètre d'appréciation de la représentativité nationale et interprofessionnelle	507
2- Une marge de manœuvre	511
B. Les conséquences sur la définition de l'interprofession.....	513
1- La consécration d'une approche classique et unitaire de l'interprofession .	513
a) La pluralité et la diversité des champs représentés	513
b) L'unicité de la notion d'interprofession	515
c) Des exclusions	517
2- Une absence de précision sur la portée de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel.....	518
a) Une appréciation par échantillonnage de la représentativité au niveau national et interprofessionnel.....	518
b) Une absence d'universalité de la représentativité des organisations d'employeurs au niveau national et interprofessionnel	520
Conclusion du chapitre II	528
Conclusion du titre I.....	529
TITRE II : UNE REPRESENTATIVITE SPECIFIQUE POUR LES SECTEURS « HORS CHAMP »	531
CHAPITRE I : Une réponse aux limites de l'interprofession.....	533
Section 1. Les sources de la représentativité nationale et multi-professionnelle	533
§ 1. Un accès revendiqué à l'interprofession.....	534
A. L'action des professions libérales pour rejoindre l'interprofession.....	534
1- La reconnaissance d'une représentativité au niveau national	534

2- Un accès refusé au niveau national et interprofessionnel	535
a) Le rejet d'une interprofession des professions libérales.....	535
b) Le rejet d'une représentativité au niveau national et interprofessionnel..	539
B. L'action de l'économie sociale et solidaire pour rejoindre l'interprofession..	542
1- Une structuration syndicale tardive	542
2- Un accès refusé au niveau national et interprofessionnel	547
a) Le rejet d'une interprofession de l'économie sociale.....	547
b) Le rejet d'une représentativité au niveau national et interprofessionnel..	553
§ 2. La révélation d'un nouveau cercle de représentation patronale	555
A. Les voies d'une reconnaissance	556
1- Une préoccupation constante	556
2- Une première reconnaissance juridique des organisations d'employeurs « hors champ »	559
B. Une méthode consensuelle	563
1- Le pragmatisme du « hors champ »	564
2- La reconnaissance de la coexistence de plusieurs champs de représentation patronale au niveau national.....	566
3- Une « concertation » préalable	570
Section 2. La création de la représentativité nationale et multi-professionnelle.....	572
§ 1. Une représentativité spécifique	572
A. Un nouveau niveau de représentativité patronale	573
1- Une représentativité intermédiaire	573
2- Une représentativité patronale	574
B. Les critères de reconnaissance	576
1- L'application des critères généraux de la représentativité patronale	576
a) La reprise du tronc commun de critères	576
b) L'exclusion d'une mesure d'audience au niveau national et multi- professionnel.....	577
2- Des conditions particulières	580
a) Un critère spécifique d'adhésion	580
b) Un critère géographique supplémentaire.....	587
§ 2. Une représentativité restreinte	588
A. Un accès limité à la représentativité nationale et multi-professionnelle.....	588
1- Un cantonnement législatif	589

2- Les secteurs concernés	591
a) Les secteurs initiaux	592
i) Les activités agricoles.....	592
ii) Les professions libérales.....	594
iii) L'économie sociale et solidaire	597
b) Les modifications du périmètre de reconnaissance de la représentativité nationale et multi-professionnelle	603
i) La reconnaissance d'un quatrième champ multi-professionnel : le secteur du spectacle vivant et enregistré	603
ii) La sortie des professions libérales	610
B. Un objectif précis assigné à la représentativité nationale et multi-professionnelle	616
1- La réponse à la situation de certaines organisations	617
2- Une finalité limitée	619
Conclusion du chapitre I	623
CHAPITRE II : Une réponse inachevée aux limites de l'interprofession	625
Section 1. Une réponse incomplète aux limites de l'interprofession	625
§ 1. Une reconnaissance en demi-teinte du « hors champ »	625
A. Une participation atténuée au dialogue social national.....	626
1- Une réponse pratique à l'absence d'universalité de la négociation nationale et interprofessionnelle	626
2- Une réponse insuffisante.....	629
B. Une participation atténuée au paritarisme au niveau national.....	633
1- Une intégration erratique dans les instances de consultation et de concertation	634
2- Un accès restreint aux ressources financières du paritarisme	645
§ 2. Une reconnaissance parcellaire du « hors champ »	655
A. L'absence de reconnaissance d'un niveau de négociation collective	655
1- Une négociation « oubliée »	655
2- Un besoin de clarification de la nature et du régime juridique des accords multi-professionnels	659
B. Les « oubliés » du « hors champ »	668
1- La confusion entre le « hors champ » et le « multi-professionnel »	668
2- Les secteurs exclus du périmètre de reconnaissance de la représentativité multi-professionnelle.....	670

Section 2. L'interprofession : une notion à refonder.....	673
§ 1. Un scénario de consolidation.....	674
A. La nécessité de prendre en compte l'impact de la restructuration des branches professionnelles.....	674
1- Des dispositifs complémentaires.....	674
2- L'incidence de la restructuration des branches sur la représentativité au niveau national	678
a) L'incidence de la restructuration des branches sur l'existence des organisations représentatives au niveau national.....	679
i) Au niveau national et interprofessionnel	679
ii) Au niveau national et multi-professionnel	681
b) L'incidence de la restructuration des branches sur la légitimité des organisations représentatives au niveau national.....	686
B. Une évolution du régime de la représentativité multi-professionnelle	689
1- Des prérogatives renforcées	689
a) La reconnaissance d'une véritable fonction conventionnelle.....	689
b) La reconnaissance d'une fonction organique pleine et entière	693
i) Une intégration cohérente au sein des instances paritaires nationales ..	693
ii) Une égalité d'accès aux ressources financières légales.....	695
2- Une place réaménagée dans le dialogue social national	696
a) Une révision de l'article L. 2152-3 du Code du travail.....	697
b) Un aménagement de l'article L. 1 du Code du travail	698
§ 2. Un scénario de refonte	700
A. De nouvelles modalités de détermination de la représentativité au niveau national et interprofessionnel	701
1- Dépasser la conception classique de l'interprofession.....	701
a) Un critère devenu obsolète	702
b) Un critère renouvelé.....	705
2- Reconnaître l'existence d'organisations patronales catégorielles au niveau national et interprofessionnel	707
3- Réintroduire l'élection comme mode de sélection des organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel	714
B. Une traduction effective en droit de la négociation collective.....	722
1- Réexaminer les effets juridiques attachés à la représentativité patronale en droit de la négociation collective	722

a) La représentativité patronale comme condition de la capacité à négocier	723
b) De l'utilité de l'extension ?	725
c) Des conditions de validité de l'accord renforcées	731
2- Reconnaître la portée universelle de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel	733
a) Une capacité à représenter l'ensemble des branches professionnelles	734
b) Une capacité à engager toutes les branches professionnelles	735
Conclusion du chapitre II	739
Conclusion du titre II	741
Conclusion de la deuxième partie	743
CONCLUSION	745
Bibliographie	751
Dictionnaires et encyclopédies	751
Ouvrages généraux, manuels et traités	751
Ouvrages spécialisés, thèses et mémoires	751
Articles	754
Contributions aux mélanges et actes de colloques	785
Notes, observations, avis et conclusions de jurisprudence	787
Jurisprudence française	787
Jurisprudence étrangère	801
Textes législatifs, réglementaires et textes internationaux	801
Textes conventionnels	815
Rapports, études, travaux et avis	820
Jurisclasseurs, encyclopédies juridiques et répertoires	828
Sites internet	829
Index	831
Table des matières	837

Résumé

La notion d'interprofession est un concept essentiel mais peu étudié du droit de la négociation collective. Cette notion, qui n'est pas légalement définie, renvoie au champ d'application des accords conclus au niveau national et interprofessionnel, qui en s'insérant dans le processus d'élaboration et d'application de la loi devraient réunir l'ensemble des secteurs d'activité. Elle souligne la problématique de l'identification et de la capacité d'engagement des parties à l'accord, qui se verront confier un véritable rôle de pré-législateur ou de substitut du pouvoir réglementaire, ainsi que des prérogatives exorbitantes dans la conduite des politiques publiques au travers de leur participation à de nombreuses instances de gestion et de consultation. Ce travail d'identification peut s'appuyer sur les règles de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs au niveau national, qui ont été définies par la loi du 5 mars 2014. Nos travaux consistent ainsi à examiner la réponse apportée par la loi de 2014 à la définition de l'interprofession. En réservant la représentativité au niveau national et interprofessionnel aux confédérations patronales représentant les secteurs traditionnels de l'économie, le législateur livre en creux une définition de l'interprofession mais il souligne, dans le même temps, qu'elle n'est pas universelle. Afin de répondre aux limites de cette dernière, le législateur crée en parallèle une représentativité multi-professionnelle pour des organisations représentant certains secteurs « hors champ », confirmant que l'interprofession est unique mais qu'elle ne réunit pas tous les secteurs. Or, cette réponse n'est pas satisfaisante en ce qu'elle ne vise que certains secteurs et multiplie les champs de la représentation patronale au niveau national. Un examen des prérogatives attachées à ce nouveau niveau de représentativité et des questions induites confirme par ailleurs que cette réponse est inachevée. Nos propositions consistent dès lors à revoir les règles de la représentativité au niveau national et à leur conférer une véritable traduction en droit de la négociation collective afin de permettre à l'interprofession de réunir l'ensemble des secteurs d'activité et de garantir en cela un dialogue social plus universel.

Mots-clés

Représentativité - organisations patronales - interprofession - multi-profession.